



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Berazategui

“Prisión preventiva, posibles conflictos entre su eficacia y la presunción de inocencia.”

Tutor: Dr. Gabriel Ervar De Benedetto

Alumno: Weigandt Federico Luis

Título a obtener: Abogado

Teléfono: 011 69019275

E-mail: fedewg123@gmail.com

Buenos Aires, febrero 2022

ÍNDICE

SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TESIS	5
ACEPTACIÓN DE TUTORÍA	6
RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL.....	7
NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS	8
PROYECTO DE TRABAJO FINAL.....	9
Título comercial:	9
Título académico:.....	9
Resumen:.....	9
Palabras claves:	9
Áreas temáticas	9
Preguntas problema.....	9
Metodologías.....	10
Hipótesis.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPITULO 1: LA PRISION PREVENTIVA Y SUS ANTECEDENTES HISTORICOS.....	14
Antiguo Egipto:.....	14
Derecho Hebreo:	15
Antigua Grecia:	17
Roma:	18
Alta edad media	20
Baja edad media	22
Edad Moderna	23
Argentina:.....	27
CAPITULO 2: CONCEPTUALIZACIÓN.....	30
Características	39
Principios	41
Principio de excepcionalidad	41
Principio de subsidiariedad.....	42
Principio de proporcionalidad.....	43
Principio de provisionalidad	44

CAPITULO 3: DERECHO COMPARADO	46
México:	46
Perú	48
Paraguay	51
España	54
Francia.....	57
Capítulo 4: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	61
Constitución Nacional.....	61
Jurisprudencia y Doctrina: CSJN y CIDH, Tratados, Convenciones, reglamento de la ONU	62
Capítulo 5: PROBLEMÁTICAS SOBRE LA PRISION PREVENTIVA Y SUS POSIBLES ALTERNATIVAS	76
Desarrollo de problemáticas	76
Posibles soluciones al problema y medidas alternativas.	88
☐ Suspensión de juicio a prueba	89
☐ La Condena condicional.....	91
☐ Sustitución de pena.....	91
☐ Prisión domiciliaria	91
☐ Extinción de la pena por conciliación en delitos patrimoniales	91
☐ Aplicación de criterios de oportunidad en caso de hechos insignificantes	92
☐ Resolución alternativa de conflictos.....	92
Conclusión.....	96
GLOSARIO Y ABREVIATURAS	98
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES	98
Fuentes Legislativas.....	98
Internacionales	99
Fuentes bibliográficas	99
Fuentes web.....	102
Anexo I	104
Anexo 2	114
Anexo 3	125

Agradecimientos:

A Dios.

A mis padres, Luis y Lorena, quienes me instruyeron con buenos valores para llegar a ser quien soy hoy en día, me dieron lo mejor de ellos y me apoyaron incondicionalmente en cada paso de mi vida y de esta carrera.

A mis tutores, el Dr. Luis Damián Forlani, por ser un ejemplo de excelencia como profesional y como docente, quien me guio en parte de la redacción de este trabajo hasta sus últimos días, como así también le agradezco al Dr Gabriel Ervar De Benedetto, por acompañarme con su tutoría para poder finalizarlo, y dar este último gran paso en mi carrera.

A aquellos compañeros, ahora colegas, con quienes compartí momentos inolvidables, que hicieron este camino mucho más grato y especial.

A aquellos profesores apasionados por la enseñanza, que me enseñaron mucho más que leyes. A la Universidad Abierta Interamericana, lugar donde pude crecer a nivel personal y académico.

A todos los que estuvieron de una forma u otra me alentaron a seguir adelante y perseguir mis sueños, para hoy llegar a ser Abogado.

Weigandt Federico Luis

SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TESIS

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2021.

Estimado Dr. Ervar Gabriel Benedetto

Me dirijo a usted por medio de la presente a fin de solicitarle su ayuda como tutor para la confección de mi trabajo final. El título del mismo será: *“Prisión preventiva posibles conflictos entre su eficacia y la presunción de inocencia”*.

Asimismo, declaro conocer expresamente los recaudos dispuestos por el Resolución C.S. N° 5379/19 U.A.I. para la confección de trabajos finales, y asumo la responsabilidad de desempeñar el desarrollo del presente trabajo de investigación conforme las pautas metodológicas dispuestas por mi tutor siendo las mismas de tipo orientativas; como así también bajo la experticia adquirida como alumno en el marco de las materias dictadas por la Universidad Abierta Interamericana.

Declaro bajo juramento que el trabajo de investigación a confeccionar resultará pura y exclusivamente obra intelectual de quien suscribe, asumiendo la responsabilidad civil y/o Penal de la autoría intelectual de la obra a desarrollar, liberando al Dr. Ervar Gabriel Benedetto de cualquier consecuencia jurídica devenida del presente trabajo.

Saludos cordiales.

Federico Luis Weigandt

D.N.I.: 41.389.520

Legajo 5181.



Weigandt Federico Luis

ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2021.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

Dr. Marcos Córdoba.

S _____ / _____ D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. Que tengo el agrado de aceptar desempeñarme como tutor del Trabajo Final del alumno Federico Luis Weigandt D.N.I.:41.389.520, Legajo 5181.

Toda vez que la producción integral del presente trabajo resultará exclusiva propiedad intelectual del tesista y siendo el carácter de las instrucciones realizadas por el abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación no asumo responsabilidad Penal y/o civil por la presente obra.

Declaro conocer la reglamentación e instructivos vigentes.

Sin otro particular, saluda a Ud. Atte.

Dr. Ervar Gabriel Benedetto

Correo: ervar_gabriel@outlook.com

RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL

Reserva de tema para trabajo final UAI

Recibidos x



Federico weigandt <fedewg123@gmail.com>

21 abr 2021, 13:57



para Marilina.Miceli ▾

Buenos días mi nombre es Federico Luis Weigandt DNI: 41.389.520, estoy cursando el último año de la carrera de abogacía en UAI sede Berazategui. Me comunico con usted para decirle que mi trabajo final va a consistir en el análisis de la figura procesal Prision Preventiva, en el cual se va a plantear su eficacia, la presunción de inocencia, también se buscarán ciertas alternativas o soluciones a inconvenientes que genere su aplicación, la investigación no solo será a nivel federal sino más específicamente en la provincia de Buenos Aires.

Siendo el tema perteneciente al derecho penal, me comuniqué con el Dr. Luis Damián Forlani y accedió ser mi tutor, por lo que ese asunto ya está resuelto.

saludos cordiales, espero su respuesta.



Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar>

21 abr 2021, 14:00



para mí ▾

Tema registrado. Atte

De: Federico weigandt <fedewg123@gmail.com>

Enviado el: miércoles, 21 de abril de 2021 1:58 p. m.

Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

Asunto: Reserva de tema para trabajo final UAI

NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS

Buenos Aires, 20 enero de 2022

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana

Dr. Marcos Córdoba.

S _____ / _____ D:

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico al Sr. Decano que el alumno Federico Luis Weigandt ha confeccionado el Trabajo Final titulado, “*Prisión preventiva posibles conflictos entre su eficacia y la presunción de inocencia*”, bajo mi supervisión.

Considero que el trabajo merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

Toda vez que la producción integral del presente trabajo resulta de exclusiva propiedad intelectual del tesista y siendo el carácter de las instrucciones realizadas por el abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación no asumo responsabilidad Penal y/o civil por la presente obra.

Sin otro particular, saluda a Ud. Atte.

Dr. Ervar Gabriel Benedetto

Correo: ervar_gabriel@outlook.com

PROYECTO DE TRABAJO FINAL

Título comercial:

Prisión preventiva, posibles conflictos entre su eficacia y la presunción de inocencia.

Título académico:

Análisis de la figura procesal prisión preventiva, su régimen y eficacia de aplicación, funcionabilidad procesal de la medida dentro de la república argentina, antecedentes históricos, planteos de inconstitucionalidad.

Resumen:

Este trabajo abarcará la eficacia y la presunción de inocencia sobre la prisión preventiva, también se tomará en cuenta todos los antecedentes históricos desde el momento de su origen por lo que este proyecto de investigación, estará centrado en dar soluciones o elaborar distintos métodos como para detectar aquellos inconvenientes que surgen al momento de su aplicación.

La investigación se llevará a cabo no sólo a nivel federal si no que se centrará en la Provincia de Buenos Aires.

Palabras claves:

Prisión Preventiva, Constitución Nacional, Derecho Penal, Proceso Penal, Tratados Internacionales, Presunción de inocencia, Pre pena, Estado, Sociedad, Buenos Aires.

Áreas temáticas

- Derecho Penal
- Derecho Constitucional
- Derecho Procesal Penal

Preguntas problema

¿Cuándo, cómo, y por qué, se implementó la prisión preventiva?

¿La prisión preventiva es efectiva, hasta qué punto? ¿Por qué? ¿Cuál es objetivo que persigue?

Weigandt Federico Luis

¿Se daña el debido proceso establecido en el artículo 18 de la Constitución nacional?

¿A la prisión preventiva se la considera como una pre pena?

¿Los años que el sujeto este bajo prisión preventiva se descuentan al momento de que se dicte una sentencia?

¿La prisión preventiva es una medida preventiva o castigo anticipado?

Metodologías

Para realizar la investigación se utilizarán los métodos explicativo, deductivo y cualitativo.

Hipótesis

Hipótesis principal:

La prisión preventiva daña garantías constitucionales como el debido proceso regulado en la Constitución nacional art 18.

Hipótesis secundarias:

Existe relación directa entre prisión preventiva como medida cautelar y la vulneración del principio de presunción de inocencia del imputado.

La vulneración del principio de presunción de inocencia del imputado en razón a la prisión preventiva es inconstitucional.

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es aquella medida cautelar que cuenta con cierto carácter excepcional, y sólo debe de ser aplicada en situaciones que puedan alterar al proceso, como es en los casos de entorpecimiento de la causa o peligro de fuga. Esta medida, se da por medio de un juez, que es aquel, que dispone la privación de su libertad ambulatoria, siempre que esté vinculado a las situaciones que mencionamos previamente, hasta que llegue el momento de su juicio.

La importancia del estudio de esta medida se da, ya que su uso ha sido un problema histórico no sólo en nuestro país, justamente por esta razón, consideramos que es un tema central dentro del estado democrático, porque genera la incerteza sobre la legitimidad de la justicia Penal y como así también entre los fallos judiciales. Por ello, analizaremos la doctrina en cuestión, con bibliografía y fallos pertinentes, sin dejar de lado las Garantías Constitucionales, el rol que cumplen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es hasta el día de hoy una de las instituciones procesales que ha recibido una gran lista de críticas porque, siempre se utiliza durante el curso de un proceso Penal, en el que se encuentra un acusado, sin que exista una sentencia judicial condenatoria firme, y tiene como fin, el poder prevenir eventuales acciones que puedan dañar a terceros, o también que puede afectar a la marcha del proceso. No debería de ser la regla básica ni la principal, por lo que no se debería utilizar de una forma aleatoria, sino que, en todo caso, se debe aplicar cuando no haya otra vía o remedio procesal que sea menos gravoso.

También hay que destacar, que sólo debería de ser utilizada para resguardar la averiguación de la verdad, y la aplicación de la Ley Penal. Por ello, consideramos que los únicos requisitos válidos para poder imponerla son, el entorpecimiento de la investigación, y el peligro de fuga, siempre que hayan sido probados. De este modo, la detención tendría carácter excepcional y su aplicación no puede ser más gravosa, ni tampoco durar más, que la propia pena.

Algo muy importante, que no hay que dejar de lado, es el rol del Estado para evitar la aplicación de la prisión preventiva, porque, en realidad es este el que tiene el deber de jerarquizar las normas constitucionales por encima de las procesales, por lo que, no se la podrá utilizar como medida principal de política criminal. Siguiendo con este deber o rol que tiene el Estado, se controlaría aquellas normas procesales en lo que se refiere a la

prisión preventiva, y deberían de ser declaradas inconstitucionales, por estar en contradicción con lo dispuesto por la Constitución, en lo que se refiere a los derechos y garantías que tutelan la libertad durante el proceso, como la presunción de inocencia y el debido proceso, hasta que una sentencia definitiva declare su culpabilidad.

Por estas razones, en la investigación abarcaremos la prisión preventiva, analizando la regulación actual, tomando una posición crítica frente a la misma, y también analizando el cómo y el porqué de su aplicación. A raíz de esto se abordó una metodología de investigación de tipo explicativo, deductivo, porque con ello se apuntó a poder hacer una exposición del fenómeno sobre esta medida, mediante la determinación de sus rasgos generales, y posteriormente el análisis de cada uno de ellos.

Principalmente, en el trabajo, comenzaremos con una breve introducción al tema dando conceptos que creemos que serán claves para el desarrollo del mismo. También trataremos el derecho a la libertad, el debido proceso, antecedentes históricos abarcando autores como Foucault. Como uno de los pilares principales vamos a tener a la presunción de inocencia y la eficacia que tiene esta medida, por lo que daremos algunos datos actuales relacionados con la población carcelaria de la Provincia de Buenos aires.

El objetivo de la investigación, tratara sobre los temas que fuimos desarrollando en esta introducción, desde el primer momento lo que vamos a hacer es plantear la inconstitucionalidad de la prisión preventiva, por ir en contra del artículo 18 de la Constitución Nacional referido al debido proceso, también se darán algunas alternativas para que se pueda respetar en principio, la libertad, la presunción de inocencia y todas las garantías del imputado, siguiendo al pie lo regulado en nuestra Constitución Nacional.

Es hasta el día de hoy, que tenemos una línea muy delgada existente entre el principio de inocencia, y la necesidad de llegar a la verdad, por esto, decimos que existe un inconveniente sobre estos dos fundamentos principales, que chocan en todo momento, y la razón de este choque está dado por la petición de la sociedad, que es la que realmente exige una mayor seguridad y un castigo más duro para el acusado.

El único resultado al que se llega es el encarcelamiento preventivo, por que busca satisfacer, responder o cubrir otros fines, en los cuales se demuestra cómo se le da a la sociedad una sensación de que, imponiendo la prisión preventiva, se van a solucionar todos los problemas o en todo caso reducirlos, y como consecuencia de estos casos se podría decir que, esta es una de las razones por las cuales se da el uso abusivo de la prisión preventiva.

Por último, hay que mencionar que el Poder Judicial debería garantizar un adecuado control de la legitimidad de las detenciones y hacer cumplir como corresponde, tanto la medida procesal que fue abarcada en este trabajo como también, todas las garantías procesales que tiene un sujeto durante la detención y el proceso Penal.

CAPITULO 1: LA PRISION PREVENTIVA Y SUS ANTECEDENTES HISTORICOS.

Sobre los sucesos históricos de esta medida procesal, hay que saber que debido a que en épocas antiguas la sociedad sólo tenía una mentalidad dirigida hacia la venganza privada, no se encuentra muchos antecedentes históricos de la propia prisión preventiva, ni de la prisión como la conocemos hoy en día. El derecho Penal se ejercía de forma primitiva, y se creía que la sanción acarreaba un castigo de fuerzas sobrenaturales o divinas. Esto desencadena, en plantear como fuentes principales del derecho antiguo a, la Ley Divina y la Ley del Hombre, y se veía reflejado, al momento de que se generaba una sanción, que contaba con penas atroces como matar, quemar, lapidar entre otras.

Es decir, que la mayoría de las civilizaciones tenían de base, por ejemplo, la Ley del Talión, lo que nos demuestra que hasta el día de hoy hubo un gran progreso social y un majestuoso avance en las penas más comunes, como lo era la muerte. Sin más que hablar comencemos con las civilizaciones más importantes de la historia y poco a poco a demostrar el avance que se ha logrado con respecto del derecho Penal y de las propias medidas procesales que abarca este trabajo final.

Antiguo Egipto:

Las cárceles como nosotros las entendemos hoy en día, no existieron en el antiguo Egipto, no se pensaba en ellas, como lugares de reclusión, buscando la posterior reinserción de los delincuentes en la sociedad. De hecho, esta idea es muy reciente en el tiempo. Algo que, si es comprobable, es que, existieron instituciones con alguna función similar a una cárcel como es el caso del reclusorio. La finalidad de este era algo difusa y no hay una definición en específico más que reprimir, controlar o someter a un sujeto. Sólo se conocen dos procesos de la antigüedad, ya que no existe ningún archivo en especial para poder verificar la existencia sobre el funcionamiento específico de las prisiones, como también la existencia de la figura de la prisión preventiva hace más de 2000 años.

El encarcelamiento se efectuaba en los centros penitenciarios o se confiaba la custodia a los particulares. Con respecto a la reclusión, era muy básica y en la mayoría de los casos incluía trabajos forzados en las canteras de granito, donde las condiciones de

los penados eran malas. Se conoce que dentro de la época de Horemheb (último faraón de la XVIII Dinastía Egipcia 1323 a 1295 A. C), como pena se daban las deportaciones, estas podían ser hacia la frontera oriental, o hacia el Sinaí. Se debía tener cierta prudencia, ya que, al día de hoy, en los pocos textos que sobrevivieron a lo largo de los siglos, era algo dudosa la procedencia de la pena, porque, todos los castigos en los textos religiosos, o legales eran demasiado fuertes, como para que realmente fueran efectivas, por eso se tendría que considerar que estas penas tenían una finalidad disuasoria.

La pena capital, no era su regla principal, ya que no se aplicaba en todos los casos, y consistía en: el empalamiento utilizado por Merenptah (el cuarto faraón de la dinastía XIX de Egipto 1213 A.C. y 1203 A.C), se utilizaba, por ejemplo, la pena de muerte incinerando a un sujeto por lo que tenía un carácter más simbólico que real; el suicidio más bien era considerado como un favor del faraón que únicamente era otorgado a los condenados de alto rango o los selectos por él. Pero el peor castigo que podía llegar a existir para un egipcio estaba relacionado con la falsificación de su nombre, nombrar al reo con apodos desagradables era una forma de hacerle desagradable su estadía de la vida en el más allá. Entonces, cambiar el nombre, deportar al reo, exiliarlo o privarlo de una ceremonia o entierro digno eran penas muy duras y que también humillaban y herían el orgullo de cualquier sujeto egipcio.

La práctica de la justicia Penal, no era justa y tampoco favorecía a los más humildes, en un principio la justicia estaba en un plano de igualdad para todos, pero la confianza en el derecho y sus procedimientos estaba firme en la mentalidad egipcia, hasta los más relegados a nivel social tenían la esperanza de que la justicia alguna vez estuviese de su lado. La sociedad utilizaba el sistema legal sin miedo, por lo que podemos decir que reflejaba una imagen positiva del sistema dentro de su ordenamiento jurídico.

Derecho Hebreo:

Es uno de los tantos que no se encuentra precedentes, lo que sí se puede mencionar sobre los hebreos y según los rabinos la cárcel tenía dos funciones: una de ellas; era asegurar al delincuente con el fin de que esté no pudiera fugarse y así poder llegar al proceso y ser juzgado, la otra función era la de constituir una sanción o un verdadero tipo de pena.

Si alguien resultaba condenado y luego aparecía una prueba nueva, posibilitaba realizar un nuevo juicio y quizás el acusado era absuelto, también había una distancia entre el tribunal que juzgaba, y el lugar en el que se ejecutaba la pena de muerte, para dar chances al imputado de que aparecieran nuevos testigos que pudieran hacer variar su suerte, por lo que debía haber dos testigos de cargo y debían ser coincidentes en lo principal. Si alguno de los dos testigos no coincidía en lo principal, no se podía llegar al fallo de condena.

Para todos los delitos, que vayan en contra de la divinidad, como sería el caso de la idolatría y hechicería, al que lo cometiese se lo iba a juzgar por el sistema normativo que Jehová brindo a través de Moisés, en cual preveía el castigo más grave para estos delitos, y no sólo se penaba con la muerte del que había caído en idolatría, sino también de todo su grupo, incluso podía acarrear a todo su pueblo. Como consecuencia, en esos delitos se debilitó el garantismo y se permitió penar a los actos preparatorios, previos a la ejecución de la conducta típica pero también, se previó la posibilidad de que un agente provocador dialogara con el sospechado de idolatría para que anunciara que iba a cometerla, y así, ya era condenado. Algo para destacar sobre este sistema hebreo, es que se comenzó a tratar el principio de legalidad, para que si alguien resultase condenado debía haber una ley escrita, estricta y previa. Asimismo, dentro de este principio de legalidad desarrollaron tanto la tipicidad objetiva como subjetiva.

Según Pastoret *“el hombre que había cometido un delito era indigno de vivir en sociedad, y por ello se lo encerraba en un calabozo estrecho para que el delincuente no pudiera extenderse, manteniéndose sólo con agua hasta su extrema debilidad y flaqueza, signos que anunciaban su muerte próxima”*¹.

La Biblia hace mención a esta doble función de la cárcel. *“La ley rabínica procuró introducir normas humanitarias. Una Mishna disponía que si un sujeto había sido condenado dos veces a la pena de fuego (hoguera) se le pusiese en prisión y se le diese de comer cebada hasta que le estallara el vientre. Esto es una prueba de que para la ley talmúdica como para la bíblica la prisión era un castigo que se aplicaba preferentemente a los reincidentes”*².

¹ MARQUES DE PASTORET. (1946). *Moisés como legislador y moralista*. Buenos aires. Ed M.gleizer. pág. 261.

² GOLSTEIN, MATEO. (1948). *El derecho hebreo a través de la biblia y el talmud*. Buenos aires. Ed Atalaya. Pag.148 – 149.

Antigua Grecia:

Referido a la historia jurídica del derecho antiguo griego, no se encuentra un registro sobre el uso o funcionamiento de la prisión preventiva, esto se debe a que, en ese tiempo, la cultura jurídica griega fundamentó su idea sobre la dignidad humana en la identidad del cuerpo físico con el concepto persona, lo cual estimuló una práctica en el Proceso Penal de un respeto absoluto a la libertad del imputado.

“en Grecia, donde desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal, la justicia Penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos Penales, nunca llegó a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquélla por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación”³

Los griegos fueron los que innovaron y quienes pudieron separar el fundamento religioso y darle un contenido político a la pena. Un dato relevante, es que Platón en una de sus obras propone las dos ideas históricas de la institución carcelaria: y ve a la prisión como una pena y también se refiere a la prisión como medida preventiva. Desde ese momento en Grecia surgió este tipo de prevención sobre los ciudadanos, pero más adelante veremos cómo evoluciona esta teoría hasta nuestros días. También sostenía que cada tribunal debía tener su cárcel propia, para que aquellos que delinquían fuesen encerrados de por vida, incluso propuso que estas, fueran construidas en tres tipos de cárceles: una dentro de la plaza del mercado, a la cual denominaba como (la cárcel para custodia), otra dentro de la ciudad, a la que denominaba (la casa de corrección) y la última dentro de la región más sombría, desierta e inhabitable a la que denomino (el lugar de suplicio). En la antigua Grecia la cárcel era un medio para prevenir la fuga de los acusados.

Al margen de las anteriores, había otros tipos de cárceles para los que no pagaban los impuestos, es decir aquellos que debían al Estado. Los que perjudicaban a un

³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JESUS. (1981). ***La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado***. México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. México. Universidad Nacional Autónoma de México Pág.18 – 19.

comerciante o a un propietario de buques y no abonaban las deudas, debían quedar en la cárcel hasta tanto cumpliesen con sus pagos.

Roma:

“En tiempos remotos el castigo se encuentra vinculado con lo divino, consistiendo en la expulsión o segregación del culpable del núcleo social al que pertenecía, en razón de su ofensa a los dioses; pero más adelante, con la evolución y el crecimiento de roma, la punición pierde el tinte religioso y deja paso a la idea de que debe perseguir al delincuente, que debe padecer similar daño al producido a la víctima”⁴

En el Derecho Romano, las cárceles eran empleadas para recluir a los condenados donde éstos debían cumplir obligatoriamente con sus penas. En un primer momento el Derecho Romano de la República permitió a los jueces Penales poder acordar una especie de prisión preventiva en forma discreta, el problema surgió cuando empieza su uso abusivo, por lo que se tomó la decisión de dictar algunas regulaciones y sanciones para poder contrarrestarla, el Derecho Romano ya tenía maduras para resolver esos inconvenientes, por lo que podían recurrir al contenido en la Ley de las Doce Tablas, y la atención al principio de igualdad de oportunidades, como también la libertad del acusado dentro del transcurso de la causa Penal, comenzó a recibir un notable respeto, que terminó proscribiendo la prisión preventiva en la mayoría de casos, decretándose esta medida solamente contra delitos en relación a la seguridad del Estado, a las capturas en flagrancia, y a los reos confesos.

“A diferencia del periodo republicano, las cárceles y los lugares de encarcelamiento de roma se dispersaron por toda la ciudad con la llegada el nuevo orden político inaugurado por augusto. Este hecho se debe a la instalación de diferentes puntos de la urbe de los destacamentos de las fuerzas de seguridad militares (cohortes pretorianas) y paramilitares (cohortes urbanas y vigiles). Además, también interviene la pérdida de la importancia de la zona noroeste del foro romano en el desarrollo de las actividades políticas, administrativas y, sobre todo, judiciales; fenómeno que se inicia la de los últimos años de la república. Así lo indica la desaparición del comicio, la construcción de los tribunales pretorios, de los distintos foros imperiales o las

⁴ COSTA, JOSE CARLOS. (2007). **Manual de derecho público y privado**. Buenos aires. Ed Lexisnexis.pág.562.

instalaciones de la prefectura de la urbe. Sin embargo, la antigua prisión romana sigue cumpliendo su función, incluso hasta el siglo IV".⁵

El Derecho Romano en la etapa del Imperio; con respecto a las penas privativas de la libertad que eran asignadas, se las calificaba en: la esclavitud de por vida, el trabajo en las minas y la obligación de luchar con las fieras en los circos o arenas. A partir del año 320 D.C. todo cambio, en la Constitución Imperial de Constantino, y es en donde se encuentra la primera reforma carcelaria, donde se ordena en ella la separación de los sexos en las prisiones, se prohíben los rigores inútiles, se declaró la obligación del Estado de mantener a los presos pobres, por último, se dispuso que en toda prisión haya un patio amplio para que los presos puedan disfrutar del aire libre.

Durante varios siglos, la prisión fue un recinto donde se cumplía la detención preventiva de los reos. La normativa romana fue cambiando, pero con el tiempo, se empezaron a utilizar penas más duras por lo que cambio la manera de tratar a los detenidos, y con este fin se utilizaron edificios que fueron construidos para otro tipo de objetivos, como los castillos, fortalezas, conventos abandonados, torres que ofrecían máxima seguridad y desolación a los reclusos que estaban encerrados en ellos.

Con el paso del tiempo dentro de la etapa del Imperio surgieron variantes de la prisión preventiva, y se clasificaba de tres formas: *in carcelum*, donde el acusado de delito grave se enviaba a la cárcel pública; *militi traditio*, la libertad del acusado era responsabilidad de un militar, por lo general era anciano; y *custodia libera*, donde el acusado estaba en custodia de un particular, quien daba una fianza por él. Por tanto, durante el Imperio Romano la libertad provisional era la regla general, usando la prisión preventiva sólo en casos de reos ausentes; y prohibiendo su práctica como pena anticipada; exigiendo para decretarla en delitos graves, evidencias concretas.

Entonces en la cultura romana observamos la grandeza de haber logrado gran perfección en el tema de la prisión preventiva. Cabe resaltar, que las cárceles de Roma tenían fines coactivos, para poder hacer efectiva las obligaciones de carácter civil y delitos, constituyéndose así en un lugar de aseguramiento preventivo, era un medio para mantener seguros a los acusados mientras se instruía el proceso y una condición jurídica indispensable para la ejecución de la pena.

⁵ SOFIA TORRALAS, TOVAR. (2003). *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*. Madrid. Ed Csic. Pág. 112.

En resumen, tanto en Grecia como en Roma, la pena no tenía el fin de recluir al delincuente como consecuencia de la aplicación de la pena o sanción, sino que por el contrario su finalidad era únicamente asegurarlas. Tiempo más tarde en Roma aparece el cristianismo, se fortalece y se introducen cambios sustantivos en la sanción de los delitos, se universalizan las celdas y se recurre a los Monasterios para el encarcelamiento. Pero la prisión en sí mismo seguía sin ser la pena, sino sólo un escarmiento. Las penas eran mucho más rigurosas, como la pena de muerte, la mutilación, trabajos forzados en las minas o la deportación y el destierro.

Alta edad media

La Edad Media comienza con el siglo V marcada por la caída del Imperio Romano de occidente, y después con la inquisición que se marcó en el siglo XII, en adelante. Las invasiones de los bárbaros trajeron costumbres penales diferentes, que confrontaban los principios del derecho del Imperio romano.

Con respecto al derecho germánico las Leyes Bárbaras, fueron incorporadas luego de la caída del imperio romano por lo que los reyes germanos dejaron que subsista la legislación imperial anterior a su nuevo mandato, ósea que la misma continuó aplicándose, pero sólo de forma exclusiva a sus súbditos romanos. En relación al derecho germánico, para poder regular todas las relaciones entre bárbaros, lo que hicieron fue sólo mantener las antiguas costumbres que tenían las tribus las cuales eran fijadas por escrito en codificaciones. Los códigos bárbaros entonces eran los encargados de fijar a lo que se llamaba el precio del hombre, y en germano significaba (*wergeld*). Lo que regulaban estos códigos, era la configuración sobre la muerte de un hombre, si se podía producir una indemnización, y según la condición social de la víctima dependiendo si era un noble, un hombre libre o esclavo, se le asignaba la misma o en todo caso se enfrentaban ante la (ordalía). También se establecía el precio que debía pagarse por las mutilaciones, y la tarifa oscilaba según se tratase de una mano, de un pie, de un ojo, etc.

Un factor muy interesante fue que, creían que cada hombre debía de ser juzgado de acuerdo con la ley de su país de origen, de modo que a un visigodo residente entre los francos se le aplicaba la Ley de los Visigodos (eran una rama de los pueblos godos, pertenecientes a los pueblos germánicos orientales) y no la de la región que habitaba.

Claros ejemplos de lo mencionado anteriormente, es referido a la familia de la víctima, que eran los que portaban con el deber de vengarla, ejerciendo el castigando por su propia mano al culpable. Como solución a esto y también para evitar las querellas y venganzas sangrientas, lo que se propuso fue, obligar al ofensor o a sus familiares a pagar a la víctima o en todo caso a sus parientes una indemnización que se calculaba mediante la gravedad del daño ocasionado.

“en materia Penal, el derecho romano atribuyó a ciertos funcionarios la obligación de enjuiciar a los culpables, comprobar su delito y aplicarles, en representación de la sociedad, el castigo correspondiente. Los bárbaros, en cambio, consideraban que los delitos cometidos contra particulares no afectaban el interés de la sociedad, sino solamente el de la familia perjudicada⁶”.

Otro ejemplo es la declaración testimonial que sucedía cuando un hombre libre acusaba a otro de un crimen, entonces lo que hacía el acusado para poder justificar la acción era, presentar una cierta cantidad de hombres que sean de condición honorable y que estos afirmasen, bajo juramento, que era inocente. También se acostumbraba a realizar un duelo entre el acusado y el acusador, el que ganara este duelo sería el que tenga la verdad absoluta. El problema surge cuando los acusados eran hombres de condición inferior como lo era un esclavo, lo que se hacía en ese entonces era que se juzgaba su inocencia o culpabilidad de acuerdo con el resultado del procedimiento llamado (ordalías) o en todo caso juicios de Dios.

El proceso consistía básicamente, en obligar al acusado a extraer un anillo del fondo de un cubo lleno de agua en punto de ebullición. Otra ordalía era tener en sus manos un hierro que antes había pasado por una forja y era puesto al rojo. La condición para llegar a la verdad era solamente, si el acusado que fue sometido, una vez pasado tres días del proceso, las heridas cicatrizaban, se le consideraba en todo caso inocente. De lo contrario, era culpable.

Este derecho germánico entonces no tenía un sistema jurídico claro, sino que era muy rustico y primitivo, bajo las ideas y de las costumbres mantenidas por los barbaros, esto ya se denota, en su sistema penal, porque tenía como pena principal, la venganza del ofendido contra su ofensor, lo que generaba a su vez, que no se haga uso de la prisión

⁶SECCO ELLAURI, OSCAR. (1939). *Historia universal de la edad media*. Buenos aires. Ed.kapeluz. pag.27.

para que aquel que había cometido un delito, y así este sea sometido a un proceso o en todo caso a recibir una pena por el daño causado.

Baja edad media

Con la llegada del Derecho Canónico y con su gran avance en la región europea, se asentó como la base del derecho, pero hay que recordar que comenzó siendo un simple ordenamiento disciplinario, pero va creciendo paulatinamente y su jurisdicción se extiende por razón de las personas y por razón de la materia. Llegando a ser un completo y complejo sistema de derecho positivo.

“con la imposición de la ortodoxia cristiana se consagra la victoria de la colectividad sobre el individuo, y se fundara la intolerancia como una necesidad institucional en nombre de Dios, cobrando la teología una importancia alarmante que degeneró en que la religión tiende a hacerse sabía, la fórmula impone su tiranía puesto que sólo puede haber una fe, así como una iglesia. La iglesia enseñaba lo que había de bueno y de malo en todas las actividades del hombre”⁷

Lo más relevante es que la religión era la base de toda la justicia, hasta de los procesos Penales, para juzgar se utilizaba la Ley Mosaica proveniente de Moisés. Esta ley era un Código que contenía ciertas obligaciones y prohibiciones, y además contemplaba, todos los deberes que tenía una persona, los cuales ocupaban el primer lugar y luego los derechos que estaban en un segundo plano; estos sólo generaban consideraciones, no generaban obligaciones con respecto al otro, por lo que todos los delitos son pecados, así como todos los pecados son delitos. El pecado tenía correlatividad al delito, como una especie de Ley Divina Positiva, el delito se encontraba persuadido por aspectos religiosos y morales, no tanto en materia física. La pena buscaba restaurar aquel orden divino que fue perturbado.

Con respecto a lo que se entendía como lo antijurídico en materia Penal, se daba en que todo delito era una corrupción que se generaba dentro de la conciencia del delincuente, la cual generaba una lesión al prójimo y a Dios, y con esto calificaban al delito como un tipo de ofensa que se puede calificar de 3 maneras posibles: Delicta eclesiástica: Atenta contra el derecho divino. Delicta mere secularia: Lesiona tan sólo el

⁷ GOMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. (2012). ***Derecho Penal en la Edad Media***. Colombia. Ed. Universidad del Externado de Colombia. pág. 81.

orden humano y se pena por el poder laico. Delicta mixta: Violan tanto una esfera como la otra y son penados por ambos poderes.

Es decir, que entre las penas podemos citar, ya sea la internación en monasterios, la reclusión en celdas, las penitencias públicas y la excomunión. Estos aportes fundamentales, son el énfasis en el aspecto subjetivo del delito, es decir, la intención y la humanización de represión penal con instituciones que protegen al individuo.

En síntesis, lo que pretendía el Derecho Canónico era “*tener aprisionadas las conciencias en la ignorancia*”⁸ para tener una sociedad tranquila, que no cometan delitos, porque se enfrentarían con la divinidad, la cual era representada por los Clérigos, sacerdotes hasta en su momento con el sumo Pontífice, el cual es la representación de Dios en la tierra y no había nadie más importante que él, ni nadie que se niegue a cumplir o en todo caso critique su normativa.

Edad Moderna

Con el paso del tiempo, llegando aproximadamente al siglo XVI se descuidó el castigo en las cárceles para la rehabilitación del reo y su reincorporación a la sociedad, se fomentó como castigo el suplicio que es equivalente al castigo del cuerpo donde el dolor no es complemento de la pena, sino que constituye la pena misma.

*“El suplicio descansa sobre todo en un arte cuantitativo del sufrimiento. Pero hay más: esta producción está sometida a reglas. El suplicio pone en correlación el tipo de perjuicio corporal, la calidad, la intensidad, la duración de los sufrimientos con la gravedad del delito, la persona del delincuente y la categoría de sus víctimas. Existe un código jurídico del dolor; la pena, cuando es suplicante, no cae al azar o de una vez sobre el cuerpo, sino que está calculada de acuerdo con reglas escrupulosas: número de latigazos, emplazamiento del hierro al rojo, duración de la agonía en la hoguera o en la rueda (el tribunal decide si procede estrangular inmediatamente al paciente en vez de dejarlo morir, y al cabo de cuánto tiempo ha de intervenir este gesto de compasión), tipo de mutilación que imponer (mano cortada, labios o lengua taladrados)”*⁹.

⁸ VIDAL, CESAR. (2004). **Grandes procesos de la inquisición seis relatos prohibidos**. Barcelona. Ed planeta. Pag 474.

⁹ MICHEL, FOUCAULT. (2002). **vigilar y castigar**. Buenos aires. Ed siglo XXI. Pag 33.

Lo que verdaderamente se buscaba, era que el supliciado no muera en paz si no que se debía demostrar su culpa de esta forma, para que todos la comprueben y sepan lo que sucedería si no cumplían con las reglas. La muerte era un sufrimiento por parte del acusado, la celda donde padeció detenido era horripilante y descuidada todos estos factores no tenían que ser secretos sino públicos.

Lo que se intentó fue, crear cárceles en forma prudente, para poder poner fin a la tortura, que se sufría a raíz del suplicio. Pero el puntapié inicial se produjo recién en las postrimerías (se las consideraba como a las últimas cuatro etapas por las que debe pasar el humano como es la muerte, el juicio final, el infierno o la gloria eterna, bajo la religión católica) que nacen a fines del siglo XV y principios del siglo XVI.

*“Las formas que acogió la sanción Penal en esta fase, en orden cronológico, fueron: las galeras, los presidios, la deportación y los establecimientos correccionales, entre otras. La finalidad retribucionista prevaleció a lo largo del siglo XVIII en los llamados establecimientos correccionales: instituciones de transición entre la aristocracia y la burguesía. El nombre les fue dado del primer establecimiento que existió en Londres hacia 1552 la “House of Correction” (Casa de Corrección) y aunque fue creada en el siglo XVI su principal objetivo era el aprovechamiento del trabajo de los reclusos. Fue hasta 1595, en Ámsterdam, que se reprodujeron centros similares: Rasphuys y Spinnhyes en 1597. En el primero se albergaba a mendigos o delincuentes jóvenes; en el segundo a mujeres, vagos y mendigos”.*¹⁰

En el siglo XVII; en Francia las penas eran de tipo corporales y se cumplían en lugares destinados a las ejecuciones de las mismas. A finales de este siglo nace La Ordenanza criminal de 1670; la cual consistía que el encargado de las cárceles debía visitar y verificar en qué condiciones estaba el preso, además de mantener las reglas carcelarias. La Revolución Francesa de 1789 fue la encargada de modificar el estado y régimen de las cárceles disponiendo así la construcción de la prisión para encausados. También incluía en ella, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la cual se encontraba basada en los principios del Derecho Romano. Décadas después fue creado el Código de Instrucción Criminal en 1808, este introdujo la detención preventiva hoy conocida como prisión preventiva. Esta medida sólo podía ser decretada por decisión de un juzgador, y permitía en todo caso mantener la libertad provisional bajo caución,

¹⁰ RUBIO HERNANDEZ, HERILINDA ENRIQUEZ. (2012). *La Prisión Reseña Histórica y Conceptual*. [file:///C:/Users/pc/Downloads/DialnetBreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pc/Downloads/DialnetBreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20(1).pdf) (visitado el 10/05/2021).

que consistía en que el acusado cumpla con sus obligaciones, si no, ante el incumplimiento de estas se incurriría en la pena, destacando que el reo estuviera acusado por delitos que tengan de castigo una pena correccional. Finalmente, fue Napoleón Bonaparte el encargado de implantar en Francia el sistema celular.

*“Este sistema celular funcionaba alrededor de dos ideas: a.- Evitar la corrupción de las prisiones, de modo que se pervirtieran o corrompieran unos a otros; y b.- Generar el arrepentimiento de los detenidos mediante la meditación. Esta teoría, asentada en una concepción religiosa, no se acomoda a los planteamientos más elementales de los patrones psicológicos humanos, donde la sociabilidad es un factor de todo punto esencial”.*¹¹

*“El encarcelamiento como castigo al delito es un concepto relativamente moderno. Entre la Edad Media y el siglo XVIII el delito se condenaba con sentencias de muerte, mutilación, flagelación, destierro y con multas. Rara vez se encarcelaba para castigar el crimen. La prisión se empleaba, mayormente, como un —centro de detención‖ de acusados en lo que eran juzgados y de convictos en espera de sentencia, tanto en Europa occidental como en el Nuevo Mundo. A veces, también para detener deudores y prisioneros políticos”*¹²

En Italia entre el Siglo XVII – XVIII, el Proceso Penal era totalmente inquisitivo, recordemos que el mismo se caracterizaba por tener una acusación secreta, procedimiento llevado a cabo por escrito, y no contradictorio. La situación procesal del reo era siempre en situación de inferioridad, mayormente por qué, había escasos recursos defensivos que puedan ser utilizados frente a un sistema de pruebas legales y presunciones que permitían probar casi cualquier acusación contra él. Para lograr la confesión, que en su momento era la más importante entre todas las pruebas, se hacía uso de la tortura; por lo que el reo obligado reconocía su culpabilidad, y si no lo hacía se autorizaba nuevamente la aplicación de la tortura, hasta lograrla.

Los jueces al momento de juzgar, tenían un margen de discrecionalidad para aplicar la Ley Penal, en su mayoría los textos legales, no estaban definidos en forma precisa los tipos penales, sino que dejaban a criterio del juez decidir e imponer la pena

¹¹ MIQUELARENA MERITELLO, ALEJANDRO. (2013). *Las Cárceles y sus orígenes* <http://www.pensamientoPenal.com.ar/system/files/2013/08/doctrina37067.pdf> (visitado 13/05/2021).

¹² GARCIA RODRIGUEZ, FRANCISCO JOSE. (2016). *Objetivos e instrumentalidades de la prisión en la evolución del derecho Penal de España y de sus colonias de ultramar* <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-ObjetivosEInstrumentalidadesDeLaPrisionEnLaEvoluci-5785486.pdf> (visitado 15/05/2021).

basándose en la doctrina legal, para que se pudiera lograr la interpretación sobre los casos penados y extenderlos a los supuestos que no estuvieron previstos por el legislador, según qué tan particular sea el caso, lo mismo sucedía al momento de analizar los agravantes y atenuantes del delito.

Algo que no hay que dejar de lado en esta etapa de la historia, es que, con el libro de los delitos y las penas redactado por César Beccaria, se constituye una base en el Derecho Penal contemporáneo, porque sustenta las principales ideas del liberalismo penal que se manifiesta en toda Europa occidental. Beccaria resulto ser alguien destacado en su época en materias relacionadas con filosofía y Derecho Penal en el cual pone fin al sistema inquisitivo. En esta obra, se critica la sanción con pena de muerte y las torturas sobre los acusados, por lo que se perfila la prevención como fin real de la pena, y así también forma las bases de varios de los principios Penales de la época contemporánea, como, por ejemplo, el debido proceso, principio de legalidad etc.

*“La importancia del libro de Beccaria es manifiesta, toda vez que en un breve espacio de tiempo se publica en 22 idiomas. En la Francia prerrevolucionaria, marcó un antes y un después. Sería interesante poder determinar hasta qué punto influyó el Tratado de los delitos y las penas en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, del 26 de agosto de 1789. En los artículos seis, siete y ocho⁵ pueden vislumbrarse algunos de los principios y garantías de orden procesal enunciados por Beccaria veinticinco años antes. La influencia no se manifestó solamente en los documentos jurídicos emanados al calor de la Revolución francesa, sino que caló de manera profunda en los hombres que impartían la justicia, y que asumieron una actitud ante el delito y la pena diferente a la sostenida durante siglos”.*¹³

En España durante el siglo XVII y XVIII, con relación a las cárceles, se implementó la separación de hombres y mujeres en las celdas, se mejoraron las mismas, y algo que no sucedía habitualmente, se permitieron las visitas. Dentro de la legislación española se denominó presidio, a una forma de cumplimiento de las condenas de privativas de libertad, la cual diferencia de la pena de prisión común, por ser de mayor gravedad.

Nuevamente en la historia surge la prisión provisional o preventiva, esta sólo se utilizaba en caso de deudas y para poder asegurar a la al deudor en caso de que exista un

¹³ LEYVA ESTUPIÑAN, MANUEL ALBERTO. (2015) La ***influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno*** <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-LaInfluenciaDeBeccariaEnElDerechoPenalModerno-5682960.pdf> (visitado 23/05/2021).

Proceso Penal en su contra. Se reguló en las ordenanzas que se incluían en el Código de Comercio español del siglo XIX y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algo muy similar sucede en Alemania, que fue otro país que se dio el uso de esta detención provisional y también la prisión por deudas. Esta figura logró subsistir varias décadas desde el siglo XVIII, y se extingue aproximadamente a fines del siglo XIX; pero esta medida tuvo efectos retroactivos, que brindó el beneficio a las personas que estaban detenidas con anterioridad a su promulgación.

Argentina:

Dejando Europa atrás, en las últimas décadas del siglo XIX y entrando al siglo XX, se dio una corriente de gran inmigración hacia América latina, uno de los países más afectados fue Argentina, la cual incremento a gran escala su población. Como consecuencia de la inmigración se tuvieron que tomar medidas estrictas para reformar el sistema Penal, el cual no estaba preparado para soportar la gran carga ocupacional que generó este acontecimiento. Entonces, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires decidió implementar un programa de reforma integral del sistema penal, que buscaba tener más seguridad jurídica durante los procesos y agilizarlos para hacerlos más eficaces desde el primer momento, también se buscó eliminar aquellos errores que cometían los jueces al interpretar la norma que no era muy clara, algo que sucedía a menudo al no tener un código de procedimientos en materia penal.

La primera aplicación de esta figura en nuestro país se da a partir del año 1873, la Constitución Provincial de Buenos Aires fue la que determinó que sólo sería aplicable en los casos de existir alguna prueba de culpabilidad y cuando el delito imputado mereciera pena corporal aflictiva. Esta prisión preventiva debía tener una duración superior a dos años. Si el reo se encontraba por debajo de esos límites, posibilitaba la eximición de prisión, qué pueda responder a los daños y perjuicios ocasionados.

“La legislación no introdujo límite temporal para el cese de la prisión preventiva, tampoco computó de manera equitativa su duración. El proyecto del código Penal de Carlos Tejedor, sancionado en el año 1877 como código Provincial, fijó que, vencidos los primeros seis meses de privación de la libertad, la pena impuesta se disminuirá proporcionalmente a la detención indebidamente sufrida. Lo lesiva que era esta medida se evidencia una vez más en el código Penal Nacional sancionado en 1886, si bien este corpus determinó que debía descontarse la prisión preventiva sufrida desde el primer día

de detención, fijó, en cambio, que si la pena fuera de presidio debía computarse a razón de 3 días sufridos en prisión preventiva por uno de esa pena; si fuera de penitenciaría 2 de prisión preventiva por un día de esa pena; uno de prisión preventiva por uno de la misma pena y en caso de arresto dos días por uno de prisión preventiva sufrida.”¹⁴

Hay que tener en cuenta que desde estos tiempos remotos la prisión preventiva no se usó para el fin que fue concebido, si no que fue utilizado como una especie de pena anticipada, y en la mayoría de los casos se la aplicaba de esta forma, porque los procedimientos referidos a materia penal eran muy lentos. Con la llegada de las reformas del Código Penal a inicios del siglo XX y durante el transcurso de este, lo que se buscó fue, excluir la libertad del reo acusado, por que seguían delinquir durante el proceso, lo que género que esta medida procesal fuera cobrando más fuerza en el tiempo, para poder combatir la delincuencia además de terminar con la criminalidad basándose en los principios y los medios del propio derecho Penal.

Durante el transcurso del siglo XX y a comienzos del siglo XXI, la prisión preventiva se siguió utilizando en todos los códigos Penales de argentina, pero como toda medida, tuvo su punto de inflexión a mediados del año 1994 adonde nace la Ley 24.390 conocida como la Ley 2X1; que indicaba que, pasados los primeros dos años de prisión preventiva sin condena, se debían computar dobles los días de detención y tenía como objetivo reducir la población carcelaria, que en su mayoría estaban afectados a la prisión preventiva y sin condena firme. Esta ley estableció un sistema de compensación para aquellas personas que hubieran resultado condenadas, pero que, su juicio no se hubiera realizado en el plazo razonable, debiendo permanecer detenidas sin saber el resultado de la acusación.

La ley era una necesidad, por lo menciono en el párrafo anterior, y se creía que era una forma de evitar esto, pero en realidad no tuvo éxito debido a las contradicciones que siguió generando hasta el 2001, y lo más grave de esta decisión es que hasta se pudo beneficiar a los presos de la junta militar del último golpe de Estado de 1976. Se deroga y sufre cambios a raíz del nacimiento de la Ley 25.430, que regulaba que la prisión preventiva, no podría superar los dos años, sin que se haya dictado sentencia y 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, por lo que se podría prorrogar un

¹⁴ SEDEILLAN, GISELA. (2012) ***Las razones de la amplia procedencia de la prisión preventiva a fines del siglo XIX.*** <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-LasRazonesDeLaAmpliaProcedenciaDeLaPrisionPreventi-5403103.pdf> (visitado 29/05/2021).

Weigandt Federico Luis

año más, siempre a partir de una resolución fundada, la cual debía de comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor. Finalmente, el conflicto se soluciona en el año 2017; donde el Congreso de la Nación, sanciona la Ley 27.362 disponiendo la inaplicabilidad del cómputo del 2x1, en lo crímenes referidos a la lesa humanidad.

CAPITULO 2: CONCEPTUALIZACIÓN

Para comenzar con este capítulo, empezaremos a abordar en forma de conceptualización a la prisión preventiva. Para esto hay que tener en cuenta de donde proviene su significado; por ello separaremos por un lado prisión, que en latín se denomina (*carcerem*), y por otro, preventiva, que se denomina (*praecaventur*)

Carcer o *carcerem* proviene de *carceri* qué es un edificio con rejas en donde se ponen a los detenidos. tiene raíz en *cancri* que se lo denomina (barrotes). en latín no se designa necesariamente una prisión o un calabozo a los detenidos, sino que se refiere a recintos separados por rejas. *Praecaventur* proviene del verbo prevenir, como no se conocía a esta medida por este nombre antiguamente, aunque podemos vincularla con la prevención que se tenía con el sujeto hasta que se tome una decisión sobre él.

Para explayarnos sobre la temática, corresponde realizar algunas consideraciones preliminares sobre el significado, fundamentación y naturaleza del instituto de la Prisión Preventiva, como así también las consecuencias de las medidas de coerción personal y los fines del proceso, que serán fundamentales para comprender el verdadero sentido que posee esta herramienta procesal.

Pero fuera de la prisión preventiva, la verdadera naturaleza de las medidas de coerción personal contra el imputado, son de carácter cautelar, porque no tienen un fin en sí, recordemos que no son penas, sino que son medios especiales que, tienden a evitar los peligros que podrían llegar a obstaculizar la consecución de los fines del proceso. De este modo se protege y se busca alcanzar, el descubrimiento de la verdad y también, la actuación y aplicación de la ley. lo que, hasta hoy, constituye la mejor justificación, aunque se discute si éste es suficiente fundamento frente al principio de inocencia, cuyo origen histórico fue el de evitar que la prisión preventiva fuese utilizada como pena “Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”¹⁵

¹⁵ *Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, 1789, art. 9.

También se puede recurrir a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue incorporada por nuestro país, en la reforma de la Constitución Nacional de 1994, a través del art. 75 inc. 22. La convención en su artículo 7° Inc. 5°, dice que *"Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso."*¹⁶, por lo que este artículo se desprende de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, aunque establece expresamente que la coerción debe tener una extensión por un plazo razonable, e impone un límite que tiene un contenido discrecional para que todos los Estados adheridos, puedan establecer un parámetro de tiempo considerable destinado, a poder limitar la duración de esta medida referida a la restricción de la libertad ambulatoria, en relación a aquellos aprehendidos que se encuentran, esperando la realización del juicio y su consecuente sentencia.

Como vimos en el capítulo anterior, la prisión preventiva, fue regulada e interpretada de diversas formas a lo largo de historia, la definición más actual la tenemos por ejemplo en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires:

"Art. 312. - El Juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando:

1°) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el Juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional.

2°) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319.¹⁷"

Otro artículo que no hay que dejar de lado es el artículo 280 del Código Procesal Penal de Nación el cual regula: *"La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.*

¹⁶ **Convención Americana sobre Derechos Humanos.** (Pacto de San José de Costa Rica) artículo 7° Inc. 5.

¹⁷ **Código Procesal Penal Provincia de Buenos Aires.** (2018). Artículo 312.

El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en la que se les comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde serán conducidos y el Juez que intervendrá”¹⁸.

Entonces cuando nos referimos a la prisión preventiva hay que saber que, es aquella medida cautelar que cuenta con cierto carácter excepcional, y debe de ser aplicada en situaciones que sean de necesidad extrema, como es en los casos de entorpecimiento de la causa o peligro de fuga. Esta medida, se da por medio de un juez, que es aquel, que dispone la privación de su libertad ambulatoria, siempre que esté vinculado a las situaciones que mencionamos, hasta que llegue el momento de su juicio.

Ciertos autores, brindan definiciones sobre esta medida, algunos de ellos, presuponen que la prisión preventiva no debería de aplicarse, por ir en contra de principios constitucionales como es el caso de la presunción de inocencia, debido proceso etc.; otros están de acuerdo con su aplicación, pero creen que sería pertinente modificar esta medida procesal.

Tomas Jofre menciona que: *“se explica que en el pasado la prisión preventiva fuese una medida de seguridad, porque, producida la condena, era muy difícil la ejecución si el acusado se fugaba. La extradición no se conocía así, las vías de comunicación eran escasas y el telégrafo no había hecho su aparición...*

Es natural que mientras se recibe declaración al acusado, y en los primeros momentos la medida puede ser útil; llevada más lejos... constituye un ataque a la civilización.”¹⁹.

Cafferata Norese se refiere a la prisión preventiva como: *“La prisión preventiva es el estado de privación de la libertad ambulatoria, dispuesta por un órgano judicial, después de la declaración del imputado, cuando se le atribuye, con grado de probabilidad, la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad por la cual no proceda condena condicional o, procediendo, existan vehementes indicios de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación (Balcarce).*

¹⁸ **Código Procesal Penal de la Nación Argentina.** Artículo 280.

¹⁹ JOFRE, TOMAS. (1941). **Manual de procedimientos.** Tomo II. Ed la ley. Buenos Aires. pág. 202.

Se cumple en un establecimiento del Estado o excepcionalmente, en una residencia particular”²⁰.

Este autor también nos menciona que existen dos concepciones doctrinarias sobre la prisión preventiva, que son, la corriente sustantivista y, la procesalista. En la sustantivista se confunden el encarcelamiento durante el proceso con la pena o la medida de seguridad del Derecho Penal, y le atribuyen el cumplimiento de funciones propias de aquellas basándose, en las características personales del imputado y la gravedad del delito. La procesalista es la que busca custodiar los fines del proceso para que pueda cumplir su función instrumental de afianzar la justicia, la cual se vincula con el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires al establecer la procedencia de la medida cuando el imputado que tratara de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación arts. 157 y 171 del CPPBA

“Artículo 157. Procedencia La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos:

1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito.

2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308°, o se hubiera negado a prestarla.

3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe Penalmente responsable del hecho.

4- Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171° para denegar la excarcelación”²¹.

“Artículo 171. Denegatoria. En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148.

El Juez podrá considerar que concurren esos extremos cuando, en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.

²⁰ CAFFERATA, NORES JOSÉ. (2012) **Manual de Derecho Procesal Penal**. Córdoba. Ed Advocus. Universidad nacional de Córdoba. pág. 491

²¹ **Código Procesal Penal Provincia de Buenos Aires**, Art. 157.

A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2º párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado.”²²

Eugenio Raúl Zaffaroni llega a la siguiente conclusión: *“La prisión no está relacionada con la cantidad de pena, ni al momento de determinar aquel castigo cuantificable durante el proceso Penal, ni durante su ejecución formal tras haber obtenido una sentencia firme. Contrariamente, está exclusivamente limitada a un saber meramente formal de la ley. En el primero, reduciendo ese tiempo de prisión preventiva en “computárselo” a la pena, asimilando el tiempo de prisión al meramente cronológico, y en el segundo, reduciendo ese tiempo de prisión a una ficción que lo concibe legalmente como evolutivo, bajo el sistema de regímenes progresivos, exigiendo en los condenados adecuados guarismos de conducta y concepto que la persona debe alcanzar y el pronóstico positivo que debe conseguir de la misma institución carcelaria”.*²³

Además, Zaffaroni, plantea que en la sociedad hay una cierta impaciencia y mayormente se busca la venganza por parte de los familiares de las víctimas de la tragedia, también es un autor que reconoce que tiene una opinión contraria a la prisión preventiva, y él es uno de los que sostienen que la propia medida se trata de una especie de pena anticipada, pero también analiza que no se puede eliminar, por que quedaría un vacío legal, en simples palabras da a entender que la prisión preventiva es aplicada porque no existe otra solución que sea más benigna para el reo. También da datos interesantes en los cuales menciona que, cada cinco presos, cuatro están con prisión preventiva, sin una sentencia efectiva. Algo a destacar es que señala que, ningún país de Sudamérica ha logrado suprimirla, de modo que no existe una alternativa o un remplazo que tenga una efectividad verídica para la medida. Por lo que sería siempre el mismo círculo, el cual tiene como regla general, lesionar el principio de inocencia estipulado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en función de una necesidad que no puede ser evitada.

²² Ibidem art. 171.

²³ ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. (2013). *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena.* <file:///C:/Users/pc/Desktop/tesis%202/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf> (visitado el 20/06/2021).

Antiguos autores como Beccaria se refieren a la prisión preventiva como “*una especie de pena*”²⁴ y se puede destacar la problemática entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, en la cual no hace falta renunciar ni a una ni a la otra, pero siempre hay que admitir que la prisión preventiva encuentra sus límites fijados por la presunción de inocencia, pero en realidad, este autor fue mucho más allá que lo mencionado, porque afirmó que una pena anticipada vulneraba el principio de inocencia y, al mismo tiempo, justificó que en algunos casos se recurriera al encarcelamiento preventivo, al cual le reconocía sin rodeos el carácter de pena anticipada.

*“La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena. La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero en el delito, las amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros semejantes, son pruebas suficientes para encarcelar un ciudadano; pero estas penas deben establecerse por la ley, no por los jueces, cuyos decretos siempre se oponen a la libertad política, cuando no son proposiciones particulares de una máxima general existente en el código”*²⁵.

Ferrajoli menciona que la propia prisión preventiva “*al momento de aplicarse esta gravosa medida coercitiva, lo que se está poniendo en juego son dos fuerzas que se contraponen: la eficacia del proceso Penal y las garantías constitucionales. El Estado tiene el deber de investigar y perseguir los hechos delictivos que llegan a su conocimiento; si este poder fuera ilimitado, estaríamos frente a un Estado totalitario*”²⁶. Básicamente el autor nos trata de decir que, en un Estado de Derecho, el poder punitivo tiene que tener una limitación mediante leyes claras y precisas, y va a ser el Poder Legislativo quien tenga el rol de brindar los supuestos dentro de los procedimientos judiciales, en donde se puede perseguir y juzgar a las personas que se presuma su culpabilidad, investigándolas y luego llevándolas a juicio. Cuando no se pueda ejecutar un proceso, por meras acciones del imputado, el legislador faculta a detener al sospechoso

²⁴ BECCARIA, CESARE. (2015). *De los Delitos y de las Penas*. universidad Carlos III. Madrid. pág. 46.

²⁵ Ibidem pág. 62,63.

²⁶ FERRAJOLI, LUIGI. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal*. Ed. Trotta. Madrid. pág. 24.

preventivamente para asegurar estos objetivos. Nuevamente se repite el mismo paradigma, para dictar la prisión preventiva debe haber un mínimo de prueba que fundamente, con un cierto grado de probabilidad la posible actuación del imputado como autor o partícipe, y la existencia de un peligro de fuga, que justifique el dictado de la misma.

Gustavo Aboso expresa en su código comentado que la prisión preventiva “*es una medida cautelar de carácter personal que implica la pérdida de la libertad ambulatoria durante una parte o la totalidad del proceso Penal. Ella presupone la ausencia de una sentencia condenatoria firme dictado en el proceso que motivó dicha medida cautelar y se muestra en tensión con el principio de inocencia. Las leyes procesales Penales establecen por lo general las hipótesis bajo las cuales es procedente el dictado de una medida cautelar tan grave. El peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación aparecen registrados como pautas genéricas de procedencia del encarcelamiento preventivo*”²⁷. Lo que nos da a entender este autor es que, sería razonable y justo que todo el tiempo de detención que sufre el condenado durante el desarrollo del proceso bajo prisión preventiva, sea computado junto con el tiempo restante que prevé la pena porque es sabido que la libertad del imputado durante la tramitación del Proceso Penal es la regla, mientras que la privación es su excepción.

Siguiendo la línea de Gustavo Aboso, Eduardo Jauchen expresa, “*si todo habitante sólo puede ser privado de la libertad en virtud de una condena previo juicio en el que se determine su culpabilidad, sería irracional establecer antes de la condena un encarcelamiento que fuese más gravoso que la eventual e hipotética pena cuando aún se presume su inocencia. Lo que tiene mera naturaleza cautelar no puede ser de mayor entidad que aquello que tiene como fin asegurar*”²⁸.

Al igual que Ferrajoli, Maier dice que “*la prisión preventiva tiene un fin estrictamente procesal, esto es: asegurar los fines que persigue el proceso ante el peligro de fuga o entorpecimiento del mismo por parte del imputado*”²⁹. Pero también se refiere a el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo el cual surge de la combinación entre el derecho a la libertad ambulatoria del art. 14 de la Constitución Nacional y la

²⁷ ABOSO, GUSTAVO. (2002). **Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado y con jurisprudencia**. Editorial "b de F". Buenos Aires. pág. 452.

²⁸ JAUCHEN, EDUARDO. (2005). **Derechos del imputado**. Ed Rubinza Culzoni. Santa Fe. Pág. 276.

²⁹ MAIER, JULIO. (2016). **Derecho Procesal Penal**. Tomo I Fundamentos. Buenos Aires. Pág. 514.

prohibición de aplicar una pena que va en contra de ese derecho, antes de la imposición de una condena firme, por lo que la posibilidad jurídica de restringir la libertad preventivamente del sujeto perseguido penalmente, es reducida, a los casos en los que exista la necesidad de proteger los fines que persigue el proceso, y sólo cuando no se pueda satisfacer el mismo fin mediante la utilización de una medida menos lesiva de los derechos del imputado. Por lo que resultaría ser inconstitucional y perjudicial, ya que su uso desmedido no resolvería en ningún sentido la inseguridad jurídica, y, en muchos casos su aplicación no sólo es desmedida, sino también errónea por una equivocada interpretación del juez o tribunal de los presupuestos establecidos, generando sensación de injusticia a quien se le ha aplicado.

A esto citando nuevamente a Julio Maier menciona que, *“si el derecho Penal actual problematiza la privación de libertad como reacción frente al comportamiento desviado, con cuánta más razón el derecho procesal Penal debe cuestionarla, como medio de evitar la frustración de los fines del procedimiento si, como declama, la persona a quien se aplica es reputada aún inocente hasta que una sentencia firme la declare culpable y la someta a una pena”*³⁰

Otro autor que vincula la prisión preventiva con la inconstitucionalidad es Bovino Alberto que menciona: *“la constitucionalidad de la prisión preventiva se ve seriamente vulnerada cuando es utilizada directamente como una pena anticipada, de forma tal que sella fatalmente al estado de inocencia. En consecuencia, se dice que el principio de inocencia es el principio de principios en materia de encarcelamiento preventivo”*³¹.

Recordemos que cuando hablamos de inconstitucionalidad en materia de la prisión preventiva, siempre volvemos al mismo ejemplo, el artículo 18 de la Constitución Nacional el cual regula el debido proceso y dice que: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la*

³⁰ MAIER, JULIO, citado en, ABOSO GUSTAVO. (2018). **Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado y con jurisprudencia.** Editorial " b de F".Buenos Aires. Pag 452.

³¹ BOVINO, ALBERTO. (2009). **Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734.** Editorial Juris. Rosario. pág. 230.

correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice."³² Este artículo, es en el que se basan tanto Bovino como Maier para llegar a la conclusión de que, la prisión preventiva a veces se la puede llegar a considerar abusiva, y además en algunos casos por ir en contra de la Constitución Nacional lo cual conlleva un tinte de inconstitucionalidad de la medida procesal.

Cabe aclarar que también, referido al párrafo anterior, no hay que dejar de lado al principio de inocencia, el cual es un verdadero *status de iuri* del que gozan no sólo los imputados de un delito, sino todos los habitantes de la Nación. En pocas palabras quiere decir que una persona es inocente hasta que una sentencia judicial declare lo contrario, o sea que la sentencia judicial tiene que destruir el estado de inocencia que a toda persona le reconoce la Constitución Nacional, expresamente, no se encuentra consagrado en la misma, básicamente se lo puede deducir del propio principio de legalidad que proviene de la primera parte del artículo 18. A esto Claria Olmedo "*el estado de inocencia es una garantía de la seguridad jurídica para los individuos. Las medidas de coerción son garantías para la eficaz realización del orden jurídico*"³³

El reconocimiento del principio se produce por haber cometido un delito, por lo que se llega a la conclusión de que se presume inocente, hasta que se pueda demostrar la culpabilidad en una sentencia condenatoria. Lo que sucede, es que la presunción de inocencia; no impide que en el proceso se adopten algunas medidas cautelares con respecto a la situación del detenido. El mejor ejemplo es el de la prisión preventiva o también, un embargo de bienes cuando la ley lo autorice. Con esta idea sigue el artículo 280 del Código Procesal de nación que citamos, el cual busca concretar el mandato constitucional de inocencia; tratando de evitar la privación de la libertad, que se convierte en la misma pena, por eso las medidas cautelares se basan en sospechas contra el

³² **Constitución de la Nación Argentina.** Artículo 18.

³³ CLARIA OLMEDO, JORGE. (1966). **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Ed Ediar. Buenos Aires. Tomo v. pág. 211.

perseguido, pero el encarcelamiento corresponde al hecho en sí, como también a la responsabilidad y solamente puede ser establecido en una sentencia.

Las posturas que se encuentran bajo la justificación constitucional de la mencionada prisión preventiva, recibieron en los últimos años numerosas oposiciones. Alejandro Carrió es quién mejor pudo exponer aquellos fundamentos sobre constitucionalidad de la prisión preventiva, este autor en una de sus narraciones "*la libertad durante el proceso Penal y la Constitución Nacional*"³⁴ sostiene que los derechos y todas las garantías que son enunciados en la Constitución Nacional de ningún modo pueden ser interpretados como atribuciones o facultades para el Estado, siendo sus únicos destinatarios los particulares, por eso nunca una facultad estatal, podría originarse mediante una normativa que esté en contra de la Constitución, la propia norma es la que limita el poder del Estado, y por lo tanto, tiende a limitar aquellas facultades para ejercer el arresto, imponiéndole por ejemplo, la necesidad de contar con una orden escrita emanada por una autoridad competente. Por eso, ese resto no puede ser equiparado a la prisión preventiva, por diversos motivos que no hacen más que respaldar la postura del autor que acabamos de resaltar.

Características

A raíz de todo lo mencionado y también para cerrar el concepto de prisión preventiva abordaremos las características y principios que debe tener esta medida para que pueda llevarse a cabo. Entonces podemos caracterizarla como una medida de coerción procesal con los siguientes caracteres:

- Cautelar, porque al no tener un fin en sí misma, y al ser una medida procesal, lo que se busca es que la investigación prospere y se llegue a la verdad.
- Provisional, por que rige siempre que subsista el peligro de obstaculización del proceso o peligro de fuga, debiendo esta provisionalidad cesar una vez desaparecidas las razones que justifiquen su dictado.
- Interpretación restrictiva, ya que sólo puede ser autorizada si no existe otra medida posible.

³⁴ CARRIO, ALEJANDRO. (1988). *La libertad durante el proceso Penal y la Constitución nacional*. Ed Abelado Perrot. Buenos aires. Pag 41 y sigs.

- Proporcionada, en relación a la pena posible en expectativa.
- Fundada, ya que ese peligro procesal debe ser demostrado, y no puede ser una mera sospecha.

Básicamente estas características son esenciales para garantizar aquellos derechos, que podrían llegar a ser vulnerados, y así protegerlos, creando un límite de tiempo, restringiendo el poder del Estado al aplicar límites dirigidos a la libertad del imputado. A esto Cafferata Norez dice: *“la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*³⁵

Referido a la provisionalidad hay que resaltar a Mariano La Rosa que al respecto expresa, *“el mencionado riesgo debe ser apreciado de modo objetivo y no con la mera invocación, ya que se debe probar que existe un real riesgo en el tiempo de espera de la sentencia respecto a obtener un resultado final efectivo con la misma. Debe verificarse que el daño temido se transforma en daño efectivo. Tales acontecimientos, si se registraran efectivamente ocasionarían directamente la frustración del objeto del proceso; por lo tanto, es lícito obviar la espera y dispensar de la certidumbre absoluta acerca de que la actuación normal del derecho llegará tarde. Es decir que, conforme al principio rector de las medidas de coerción, sólo si se acredita simultáneamente la probabilidad de condena y el riesgo de la frustración de los fines del proceso será procedente la imposición de una coerción cautelar”*³⁶

Citando a Alejandro carrillo, relaciona estas características en conjunto con el art. 18 de nuestra Constitución Nacional diciendo que: *“La conclusión que se desprende es que solamente puede ser declarado culpable, sólo después de un juicio, el cual haya seguido todas las prescripciones del debido proceso”*³⁷. No hay que dejar de mencionar, que tenemos un factor muy importante en materia de derecho y esta es la sociedad, que se ve afectada por el hecho delictivo cometido por el imputado, y la misma tiene el derecho a

³⁵ CAFFERATA, NORES JOSE. (2000). **Proceso Penal y Derecho Humanos**. CELS Editores del Puerto. Bs. As. pág. 219.

³⁶ LA ROSA, MARIANO. Citado en JORGE BACLINI. (2009) **Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734**. Edit. Juris. Rosario. pág. 242.

³⁷ CARRIO, ALEJANDRO. (1988). **La libertad durante el proceso Penal y la Constitución Nacional, una relación cambiante y difícil**. Editorial Abeledo-Perrot. Bs. As. pág. 13.

exigirle al Estado que, por intermedio del órgano judicial, utilice todos sus esfuerzos para lograr la averiguación de la verdad jurídica, de los hechos delictivos, y que condene al responsable de los mismos, tal y como se desprende del principio de afianzar la justicia que contiene el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional.

Principios

Principio de excepcionalidad: Se trata de un principio en materia Penal, que parte de la idea de la prisión cautelar como *última ratio*, ya que la regla es, que aquella persona acusada Penalmente pueda transitar el proceso en libertad, hasta que una condena firme declare que ésta es culpable. Este principio es muy importante, y parte del sentido en el que las medidas cautelares surgen, como una consecuencia que proviene de la necesidad social y además de que la propia ley sustantiva se materialice, para que los delitos no queden impunes. La prisión preventiva básicamente se persigue para poder asegurar los fines del proceso, pero sólo logra tener legitimidad como una medida restrictiva de los derechos fundamentales, cuando constituya el único medio que es idóneo para poder alcanzar ese objetivo.

A esto Cafferata Nores dice que: *“En el sistema jurídico argentino hoy se admite la posibilidad excepcional...de privar al imputado de su libertad durante el proceso, sólo cuando sea absolutamente indispensable (es decir, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia, pero menos gravosa) para asegurar alguna medida de investigación y la actuación de la ley Penal, legitimándola únicamente como una medida cautelar de esos fines del proceso”*³⁸. Hay que resaltar se vuelven muy importantes los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional del artículo 75 inc. 22, los cuales establecen una regulación en la cual la prisión preventiva no debe ser la regla general, sin embargo, su libertad se podrá ver condicionada a garantías que aseguren la comparecencia del imputado a diferentes actos procesales.

Sergi Natalia se refiere a este principio diciendo lo siguiente: *“el encarcelamiento preventivo debe, entonces, ser absolutamente imprescindible para evitar los peligros procesales, no podrá ser aplicado si los peligros para los fines del proceso ya*

³⁸ CAFFERATA, NORES JOSE. (2006). *La Entidad de la Amenaza Penal emanada del delito atribuido, ¿Justifica por sí sola la imposición del Encarcelamiento del Imputado durante el proceso?, en Ejercicio Concreto del Poder Penal*. Ed. Mediterránea. Córdoba. pág. 37.

demostrados pueden ser neutralizados por medidas de aseguramiento menos cruentas”³⁹, entonces este principio implica, que las personas no deban pagar el costo que se ocasiona por que el Estado no pueda garantizar la seguridad de los llamados peligros procesales, por lo que debería ser este, el que debe acreditar que no existe ningún otro medio menos lesivo para poder neutralizarlos.

Principio de subsidiariedad: este principio tiene una vinculación con el anterior, por que determina que, ante la verificación de que exista posibilidades concretas que puedan llegar a frustrar el proceso, se pueda acudir a cualquiera de los instrumentos cautelares que brinda el propio sistema penal para el aseguramiento de sus fines, y bajo ningún punto de vista se puede recurrir a una medida de carácter cautelar, que sea más extrema y este contemplada en la ley, obviamente sin antes haber analizado la procedencia de alguna otra que resulte menos lesiva sobre los derechos del imputado y además que posea capacidad suficiente para contrarrestar el peligro que se busca evitar.

Referido a este principio podemos citar a Solemine Marcelo que en sus obras dice que el: *“Principio de subsidiariedad aporta un criterio de racionalidad para seleccionar los casos excepcionales en los que se debe aplicar la prisión preventiva este principio consagrado en el plano internacional supone que debe escogerse una medida coercitiva aplicable aquella que entre todas las idóneas previstas para neutralizar el riesgo procesal y resulta el par la menos gravosa e intrusiva posible”*⁴⁰

Y el mismo autor expresa: *“El poder estatal únicamente se permite y tolera de modo provisional como concesión excepcional, impuesta por la necesidad, como ultima ratio para administrar justicia, aspecto que supone su carácter subsidiario, de modo tal que no basta probar que el encierro cautelar resulta idóneo para asegurar la realización de la ley sustantiva, sino que éste no es sustituible por otros modos de intervención estatal menos intensos, de menor gravedad para el sometido a proceso”*⁴¹.

³⁹ SERGI, NATALIA. (2001). *Límites temporales a la prisión preventiva, Nueva Doctrina Penal*. Ed. Del Puerto. Buenos Aires. pág. 113.

⁴⁰ SOLIMINE, MARCELO. (2004). *La interpretación de las normas excarcelarias del código procesal Penal de nación. La polémica desatada por fallos antitéticos*. [file:///C:/Users/pc/Desktop/Prisi%C3%B3n%20Preventiva%20\(Solimine\).pdf](file:///C:/Users/pc/Desktop/Prisi%C3%B3n%20Preventiva%20(Solimine).pdf) (visitado el día 10/07/2021).

⁴¹ SOLIMINE, MARCELO. (1998). *Libertad bajo caución y situación procesal en el Código Procesal Penal de la Nación*. Ed. Depalma, Buenos Aires. págs. 9 y 10.

Principio de proporcionalidad, se refiere a la pena que se espera y a la duración del proceso, por lo que bajo este principio se debería de tomar la medida más benigna sobre la pena que corresponda al hecho tipificado, la prisión preventiva no procedería cuando la pena en expectativa, no sea una pena que suponga la privación de la libertad (el principio de subsidiariedad), en cuanto a que se deberá buscar la aplicación de medidas menos gravosas para lograr el correcto avance del procedimiento judicial, dejando a la privación de la libertad como la última opción. Entonces, obliga por un lado a respetar el sacrificio de los intereses individuales y derechos del imputado, y, por otro lado, trata de asegurar, la importancia del derecho estatal *ius puniendi*. En este contexto reviste mayor relevancia la tutela del principio constitucional de inocencia, del derecho a gozar de libertad durante el Proceso Penal hasta el dictado de sentencia firme de condena y la garantía del juicio previo, frente al interés estatal en la persecución de un ilícito penal.

A esto Francesco Canelutti dice que: *“Es un error grave (...) el de creer que la función de la pena consiste en suprimir el delito, pues tal idea conduce a un perpetuo aumento de las escalas Penales, al verificarse que no obstante la gravedad alcanzada por algunas de ellas, los hombres siguen delinquiendo (...) Un derecho Penal civilizado es un derecho en el cual existen una serie de penas cuya gravedad es proporcional a la escala de valores que defiende. Además, y por fortuna, un derecho Penal eficaz no parece ser el más severo, sino aquel que en sus valoraciones guarda un mayor ajuste con los valores sociales realmente vigentes en un pueblo dado y en un momento dado”*⁴²

En este caso tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegaron a la misma conclusión, si no hay proporcionalidad, la medida es arbitraria. Por qué en la prisión preventiva se requiere de un juicio de proporcionalidad, a raíz de que se debe contar con todos los elementos de convicción para dictarla y cada hecho que se investiga es fundamental. Cuando hablamos de la proporcionalidad, no se podrá recurrir a la prisión, como medida cautelar, cuando la pena que este prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad, ni tampoco cuando las circunstancias del caso permitan. Igualmente se deberá considerar, si, en todo caso, de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria.

⁴² CARNELUTTI, FRANCESCO. (1947). *El problema de la pena*. Ed Ejea. Buenos Aires. pág. 40.

Principio de provisionalidad: este principio Exige que la restricción de la libertad que sea impuesta a quien tenga carácter jurídico de inocente, se ajuste a la necesidad de su aplicación. Esto quiere decir que, una medida de tanta gravedad como es la prisión preventiva, que limita la libertad, en función de su naturaleza de carácter cautelar, sólo tendrá un punto de apoyo legal en el caso de que se mantengan las razones que sustentaron su aplicación. Y si se llegara a dar el caso de que desaparecieran los motivos que le dieron origen a la misma, se deberá liberar al imputado.

Refiriéndonos al principio de provisionalidad podríamos relacionarlo con la presunción de inocencia, el cual se podrá denegar cuando se imponga el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación el cual regula: *“Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”*⁴³.

Siguiendo con esta idea, Vélez Mariconde da un punto de vista bastante similar con el artículo 319 diciendo que: *“La excarcelación permite evitar o hacer cesar la prisión preventiva cuando el procesado suministra a cambio de su persona una garantía económica de caución real o personal de que cumplir a las obligaciones que el Juez le imponga residir en un lugar determinado comparecer oportunamente ante el tribunal etcétera o simplemente lo promete caución juratoria”*⁴⁴. Pero también podemos entender que se puede eximir a una persona de carga o de culpa de la prisión, como una modalidad de excarcelación, que sería tendiente a poder evitarla, de que se prive a una persona de su libertad, y cuando fuese posible, recuperarla, reinsertarla en la sociedad posteriormente por vía de la excarcelación.

Citando a Goldschmidt él se refiere, a que estos principios en general: *“Son las reglas que reglamentan esta tan particular forma de coerción personal, las que nos permiten conocer cuál es el grado de despotismo y arbitrariedad contenido en un determinado sistema Penal, o, por el contrario, cuán respetuoso es el aparato Penal de*

⁴³ **Código Procesal Penal de la Nación**. ARTICULO 319.

⁴⁴ VELEZ MARICONDE, ALFREDO. (1986). **Derecho Procesal Penal**. Tomo II. Editorial Lerner. Córdoba. Pag 512.

un Estado de los derechos humanos de sus habitantes”⁴⁵. El autor sostiene que el Proceso Penal de un Estado, funcionaria como una balanza de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución y lo ha tratado como un verdadero buscador de equilibrio de ella. Existe en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país un consenso unánime que se basa en sostener, que el encarcelamiento preventivo de una persona, no puede tener una duración indefinida sin arribar a un juicio definitivo respecto de la imputación levantada en su contra, a riesgo de invertir el sentido del principio de inocencia y su pena de incurrir en una pena anticipada constitucionalmente prohibida.

Como síntesis, se puede mencionar a Neuman que en su obra cita a Foucault diciendo que: “...*Foucault ha demostrado que, desde su aparición, las prisiones intentan solucionar la política de seguridad del Estado, pero sólo sirven para meter más personas dentro de ellas para que nada se solucione. Sin perjuicio de volver sobre el tema, lo reduciría a una suerte de disonancia musical: recuperación, reeducación, readaptación, resocialización, rehabilitación, reinserción, implican un re sostenido que deviene en un si menor... Y aún otro re: resignación*”⁴⁶

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, JAMES. (1961). **Problemas Jurídicos y Políticas del Proceso Penal**. Tomo II. Editorial Ejea. Buenos Aires. pág. 109 y sigs.

⁴⁶ NEUMAN, ELIAS. (2007). **La Prisión Procesal**. Editorial Ciudad Argentina. Buenos aires. Pag 14

CAPITULO 3: DERECHO COMPARADO

México:

Con la llegada de la reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia Penal, del año 2008 y con la modificación del artículo 16, toma una fuerte importancia, la figura del juez como parte del Poder Judicial, ya que a este se le otorga ciertas facultades para poder resolver sobre la aplicación de las medidas cautelares. Algo a mencionar es que, en realidad la vigencia de esta reforma surge en 2014, con el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano, que homologó, el proceso en todos los Estados que integran la Federación de este país, y buscaba hacer más eficientes las funciones de procuración y administración de la justicia penal.

Este código, estableció, alternativas a la prisión preventiva, con el objeto de garantizar la conclusión y el éxito del Proceso Penal. Sin embargo, esta debería ser la última medida cautelar que tenga que aplicarse para lograr estos dos propósitos, siempre que no afecten los derechos fundamentales como el de presunción de inocencia y la libertad ambulatoria. Además, esta normativa codificada, contempló la posibilidad de que el resto de las medidas cautelares puedan conectarse entre sí para asegurar el proceso, y así evitando que se aplique de forma directa la prisión preventiva.

El artículo 19 de la Constitución de México regula: *“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El Juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”*⁴⁷

⁴⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Art 19.

Entonces, la regla general se da cuando el Juez ordena la prisión preventiva la cual se deberá tratar con relación a los delitos catalogados en el artículo de la Constitución ya mencionado, y por supuesto que también los correlacionados del Código Nacional de Procedimientos Penales y las demás leyes secundarias aplicables, sin importar que de esta manera sea afectada la presunción de su inocencia, además de que se produzcan violaciones de otros derechos fundamentales de la persona, como su libertad y su garantía de seguridad jurídica, razón por la que el Estado no puede olvidar que cualquier persona vinculada a un proceso por cualquier delito que se vincule a esta medida cautelar, por que cabe recordar que forma parte de la sociedad a la cual se pretende proteger.

A esto Carbonell destaca que: *“cabe señalar que —de acuerdo con la nueva redacción constitucional— esa medida precautoria solamente podrá decretarse cuando sea solicitada por el Ministerio Público cuando se reúnan los siguientes requisitos:*

a) Cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.

b) Cuando otras medidas no permitan asegurar el desarrollo de la investigación.

c) Cuando otras medidas no permitan garantizar la protección de la víctima o víctimas, de los testigos o de la comunidad.

d) Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. De esos cuatro puntos quizá el más chocante sea el último, puesto que sanciona (precautoriamente) la reincidencia o al menos la doble sujeción a proceso, con independencia del tipo de delito de que se trata, siempre que sea doloso. Se trata de una disposición a todas luces desproporcionada, que además se puede prestar a que el Ministerio Público enderece dos acusaciones contra una misma persona para lograr que se decrete la prisión preventiva. Consideramos que una interpretación correcta debería aplicar la cuarta circunstancia solamente si se presenta, adicionalmente, alguna de las tres primeras. De esa forma, se racionalizaría y se pondría en su justa dimensión el uso de la prisión preventiva”⁴⁸.

Un problema que surgió a raíz de la reforma constitucional, fue que se incumple artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual regula que *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se*

⁴⁸ CARBONELL, MIGUEL. *Algunos aspectos de la audiencia inicial en el código nacional de procedimientos Penales*. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v52n156/2448-4873-bmdc-52-156-1693.pdf> (visitado el 8/9/2021)

pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”⁴⁹. Se puede apreciar claramente que afecta a los principios de excepcionalidad y presunción de inocencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que, sólo puede aplicarse excepcionalmente y en aquellos casos en que resulte proporcional al hecho cometido.

La conclusión a la que se puede llegar, con respecto a este país es que la Constitución mexicana, plantea la posibilidad de revertir la concentración del poder estatal en el órgano legislativo a través de la función del Juez de control, ya que, es éste quien lleva a cabo la vinculación a proceso de todo acusado y a quien corresponde la facultad de imponer medidas cautelares.

Por eso cuando el Juez aplica automáticamente el contenido de la normativa, estaría utilizando el método de interpretación literal. Pero creemos que, si optara por un método de interpretación sistemático, tendría la posibilidad de argumentar sólidamente, por qué no es ajustado a derecho, a decretar la prisión preventiva aun cuando se trate de un delito catalogado dentro del artículo 19 de la Constitución, esto bajo los principios de progresividad de los Derechos Humanos y la presunción de inocencia, atendiendo a todas aquellas circunstancias específicas del caso concreto, y así se puede amortiguar los roces del ejercicio del poder público con los derechos fundamentales de los gobernados. Entonces, al optar por un método de interpretación literal, el Juez de control interviene lo regulado en la constitución, además de omitir su función esencial de ejercer los frenos y contrapesos necesarios para evitar conculcar el goce efectivo de los derechos fundamentales. a través del ejercicio del poder público, y en el momento de aplicar una medida cautelar tan grave, dice Daniel Pastor: “*En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho*”.⁵⁰

Perú

En Perú en el año 2006 se inició un proceso de reforma procesal penal a través de la implementación de un nuevo Código Procesal Penal, aprobado en 2004, cuya entrada en vigor se da en 2006, de forma progresiva hasta el día de hoy en sus diferentes

⁴⁹ ***Declaración Universal de Derechos Humanos***. artículo 11.1

⁵⁰ PASTOR, DANIEL. (2007). ***La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones***. Jurista Editores. Lima. Pag.154.

jurisdicciones. Dentro de esta reforma hubo numerosos cambios en materia de justicia Penal, que estaban centrados a encontrar el equilibrio entre la eficiencia procesal, y el respeto hacia las garantías constitucionales.

Lo que más se destacó de esta reforma, es el reemplazo del modelo inquisitivo por el modelo acusatorio, algo muy similar al Código Procesal Penal argentino, ya que se establece en mayor medida, el uso de la oralidad como garantía principal del proceso, para la obtención y el procesamiento de la información para adoptar decisiones jurisdiccionales.

“El nuevo modelo procesal Penal reconoce la gravedad de la medida y establece exigencias que garanticen que se respetarán los derechos del ciudadano antes de arriesgarse a recluirlo por ser sindicado como posible autor de un delito. Su aplicación debe ser excepcional, puesto que el imputado mantiene su estatus de inocente mientras no se demuestre judicialmente lo contrario; en tanto “inocente”, no se puede vulnerar sus derechos fundamentales. Sin embargo, la necesidad de convivencia pacífica y la fundada posibilidad de que él sea el autor del delito y que muy probablemente evadirá la justicia, huyendo de las investigaciones en curso o perjudicando las mismas (eliminando material probatorio, v. gr.), hacen imperiosa la necesidad de mantener al sujeto bajo custodia, separado de la sociedad, para asegurar los fines de la investigación”⁵¹.

También se separaron las funciones de investigación entre la policía y la fiscalía, por lo que, ahora es el fiscal quien dirige la investigación durante el Proceso, y trabaja en conjunto con la policía nacional, quien provee la investigación, estableciendo que la defensa ejerza un rol activo con su presencia en todas las instancias del procedimiento.

Con respecto a la prisión preventiva, el Ministerio Público es quien la puede solicitar únicamente, cuando considere que la información es suficiente y al mismo tiempo que se encuentra vincula a la persona imputada con la comisión de un delito, y es necesario contrarrestar un importante grado de riesgo de que se fugue o manipule la investigación. Entonces, el imputado, será el acusado de haber cometido un delito y en su defecto, será detenido por la policía. después de la comisión del delito, el fiscal de turno se acerca a tomarle declaración. En esos casos declarará lo que considere más conveniente

⁵¹ RODRIGUEZ HURTADO, MARIO PABLO. (2012). *Manual de la investigación preparatoria del proceso Penal común*. Ediciones Nova Print S.A.C. Perú. Pag.92.

o lo que la autoridad del momento pueda extraerle sin contar con algún tipo de consejo legal.

Para imponerse prisión preventiva en Perú, el fiscal debe probar la concurrencia de tres requisitos: el primero es tener motivos razonables para creer que el imputado ha cometido un acto delictivo; segundo requisito es que este delito, si debe ser castigado, conlleve como pena a más de cuatro años de prisión; y por último que sea razonable interferir si existe un peligro real de fuga o intente manipular la investigación judicial.

En la audiencia frente a un juez de investigación preparatoria, tanto el fiscal como el Juez motivarán y justificarán los supuestos materiales y de cautela necesarios para poder imponer la prisión preventiva al imputado, la tarea del abogado defensor es básicamente refutar, pero en ningún momento se cuestionará durante la audiencia si la captura del imputado, fue llevada a cabo siguiendo las garantías de un debido proceso, incluyendo si se le comunicaron sus derechos de defensa. Por eso existe la necesidad de un plazo específico de prisión preventiva a imponerse, y es fundamental porque en este caso no puede extenderse más de nueve meses para los casos ordinarios.

El elemento más importante para la imposición de una medida cautelar, se ve reflejado en el peligro de fuga, esto es, bajo la mínima posibilidad de que el imputado se fugue de la justicia y evada así la responsabilidad de afrontar el Proceso Penal. Además, cabe aclarar que la extensión o gravedad de la posible pena por el delito, no tendrá mayor importancia en la decisión sobre peligro de fuga.

La prisión preventiva suele ser interpretada durante el juicio oral como un indicio o evidencia adicional respecto de la culpabilidad del imputado. En efecto, la imposición de la prisión preventiva puede surtir un efecto perjudicial en la objetividad y decisión del juez de condena. Cuando esto ocurre el carácter instrumental se pierde y se convierte en un catalizador de condenas.

Por eso la aplicación de la prisión preventiva en el Perú sufrió rotundos cambios a partir de la implementación del código procesal, del año 2006, en el cual van a ser los fiscales quienes estén utilizando una gran discrecionalidad para solicitar la imposición de la misma. También es probable que el Juez la decrete sin más. Igualmente es positivo que se cumpla con los plazos máximos establecidos, en especial, la obligación de presentar al

imputado frente a un juez prontamente. Lo que más se resalta es el hecho de que el marco legal peruano respeta completamente el principio de discrecionalidad del juez, y no imponga prisión preventiva de forma obligatoria a cierta calidad de delitos.

Por último, en este país apreciamos la preocupación de cómo en las audiencias, es verdaderamente complicado que se cuestione la legalidad de la detención del delincuente, como así también, la necesidad de imponer el plazo máximo de 9 meses de prisión como regla general. Y como reemplazo a la misma se puede tomar otra medida menos gravosa como, por ejemplo: “*La comparecencia es una medida alternativa a la prisión preventiva*”⁵². La comparecencia busca asegurar la concurrencia del imputado al proceso en casos de delitos leves o cuando no exista peligrosidad procesal. Por lo que su imposición implica un conjunto de restricciones según el nivel de peligrosidad procesal, sin utilizar la mencionada prisión preventiva.

Paraguay

En julio de 2019 se dictó la Ley 6.350/19, que modificó el artículo 245 del Código Procesal Penal, el cual legisla sobre las medidas alternativas a la prisión preventiva. Años antes a esta reforma, si un caso Penal, llegaba a reunir los presupuestos para que al imputado se le aplique la prisión preventiva, los jueces tenían un cierto grado de discrecionalidad para determinar si correspondía aplicar la misma. Esto llevó a que en muchos casos se produzca el abuso, que era respaldado por la prudencia de evitar el peligro de fuga o la obstrucción de la justicia durante todo el Proceso, a su vez repercutió en un aumento muy fuerte de prisioneros dentro de las cárceles de Paraguay.

Con la modificación, la consecuencia se da, cuando se dé un peligro de fuga o de obstrucción de la causa, y en algunos casos aislados, la justicia penal puede evitar la prisión preventiva aplicando otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, por eso será el Juez de oficio, quien está obligado a imponer una alternativa, con lo cual la prisión preventiva queda suspendida.

⁵² BARONA VILAR, SILVIA. (1988). *Prisión provisional y medidas alternativas*. ED Bosch. Barcelona. pág. 230.

Entre las medidas alternativas se pueden encontrar, el arresto domiciliario, que puede darse en su domicilio o en otro como el de un familiar, puede llegar a tener vigilancia total o parcial, pero siempre debe haber un control efectivo del cumplimiento de esta, tratando de que no afecte la intimidad o la privacidad del imputado. Otra alternativa que puede haber en este país, es la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o algún funcionario, para que emita informes diarios al Juzgado, también este imputado podría presentarse ante otra autoridad designada por este, como una comisaría.

La modificación de 2019, al día de hoy permite que estas medidas alternativas se puedan mantener hasta el fin del Proceso Penal. Anteriormente cesaban de pleno derecho a los dos años, y si en ese plazo no se iniciaban las audiencias inmediatamente, si no que se dictaba la prisión preventiva. En síntesis, en Paraguay, la prisión preventiva tiene carácter provisional, por lo que debe durar sólo el tiempo imprescindible para alcanzar sus fines y mientras sigan existiendo los motivos por los cuales se aplicó. Un problema que se ve con frecuencia es la duración excesiva.

La similitud que se puede ver entre Paraguay y la República Argentina en su ordenamiento interno; que también cuenta con el principio de proporcionalidad, el cual es otro límite a la aplicación de la coerción personal, este limita o en todo caso intenta impedir que se produzca efectos más graves que la legítima reacción del Estado en caso de condena.

“En lo referente a la duración de la prisión preventiva, el problema aparece como consecuencia de la excesiva dilación de los Procesos Penales, ya que en la práctica en muchos casos los órganos competentes se ven imposibilitados de cumplir con los plazos establecidos en la legislación vigente, debido al gran número de causas Penales, el sobrecargo de trabajo y el insuficiente número de tribunales encargados del juzgamiento de los Procesos”⁵³

Concretamente, en la legislación paraguaya existen tres parámetros para determinar la duración máxima de la prisión preventiva. La primera de ellas, es la que se establece en la Constitución Nacional y se refiere al plazo de la pena mínima prevista

⁵³ EDWARDS, CARLOS ENRIQUE. (1995). **Plazos de la prisión preventiva**. Editorial Astrea. Buenos Aires. Pág. 3.

para cada hecho punible, en ese sentido, la duración de la medida cautelar, depende de la calificación provisoria del hecho punible en el auto respectivo.

“Artículo 19: la prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo”⁵⁴.

De acuerdo con la Constitución, no puede superar el tiempo de la pena mínima prevista para el delito que constituye el objeto del proceso. Este plazo, puede tener una duración mínima de seis meses para delitos leves, sin embargo, podría extenderse a cinco años, si se tiene en cuenta la pena mínima para algunos delitos graves, como es el caso del homicidio, y su expectativa de pena privativa de libertad es de cinco a treinta años. Otra opción posible es cuando se establece como tiempo límite de duración de la prisión preventiva al plazo de duración del proceso y este será el que se extiende desde el primer acto del procedimiento, hasta la finalización del mismo. Por último, el Código Procesal Penal claramente dispone, que *“la prisión preventiva en ningún caso podrá durar más de dos años”⁵⁵.*

Ante la falta de claridad de los plazos, se da lugar a serias confusiones y contradicciones al momento de determinar la duración máxima. Por lo que la duración de la prisión preventiva puede variar de acuerdo a los parámetros mencionados, así provocando la excesiva duración de una medida cautelar tan compleja.

En concreto, la Corte Suprema de Justicia paraguaya es quien tendrá la facultad para determinar la duración de la prisión preventiva. Teniendo en cuenta primero, la pena mínima prevista por la ley para cada hecho punible que eventualmente pudiera atribuirse al imputado, y luego se tiene que intentar que el condicionamiento utilizado no exceda el plazo fijado por el Código de Procedimientos Penales, para la terminación del mismo, por último, que se trate de cumplir el plazo, que es de dos años.

⁵⁴ *Constitución Nacional del Paraguay del año 1.992*. Artículo 19.

⁵⁵ *Código Procesal Penal Paraguayo, Ley N° 1.286/98*. Artículo 236.

España

La prisión preventiva o más conocida como prisión provisional en España, busca, “*garantizar que el Proceso no se vea obstaculizado, interrumpido o demorado de alguna forma*”⁵⁶. En caso de que se encuentre ante la presunta comisión de un delito, y que, no se asuma que el procesado sea culpable del mismo, genera un debate de diferentes posturas, en las que se contraponen como en la mayoría de todas las legislaciones analizadas, la presunción de inocencia como parte de los derechos y garantías individuales, y otra a los fines de la prisión preventiva como parte del ejercicio punitivo del Estado.

Por esto, analizaremos esta figura desde el punto de vista del derecho interno español. La cual está regulada por la Ley de enjuiciamiento criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de setiembre de 1882, el cual brinda en el artículo 503 que podrá ser decretada la prisión preventiva cuando se cumpla una serie de requisitos por ejemplo: “*Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes Penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso*”⁵⁷

Por eso, es importante mencionar que, esta ley se refiere a la prisión preventiva como prisión provisional lo que claramente es un sinónimo de la misma, esta, podrá ser decretada por un juez o magistrado cuando objetivamente sea necesaria, y cuando, no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

Por otro lado, hay que remarcar que se establecen presupuestos para la aplicación de la prisión provisional, como, que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionados con una pena, y que cuente con un plazo máximo que sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con una pena privativa de libertad de duración inferior, si el investigado tuviere antecedentes Penales, y no hayan

⁵⁶ LOSA AVALOS, CINTIA. (2013). *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP*. http://perso.unifr.ch/derechoPenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf. (visitado el 20/09/2021)

⁵⁷ *Real Decreto de 14 de setiembre de 1882*. artículo 503 inc. 1.

sido cancelados ni sean susceptibles de cancelación, o en todo caso que sean derivados de condena por delito doloso.

Otros motivos pueden ser que, aparezcan en la causa motivos suficientes como para creer responsable a aquel que sea considerado como autor del delito o contra quien se haya de dictar la sentencia de prisión. Por último y no menos importante, la prisión provisional se utilizara para perseguir al imputado y así asegurar la presencia en el Proceso judicial, cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga, y así poder evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el juicio, siempre y cuando que exista un peligro fundado y concreto, o se podría dar el caso de que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, por lo que en este último podemos ver una diferencia con respecto a la lista de países que desarrollamos.

Algo a tener en cuenta, que no sucede en la práctica y diferencia a España del resto de los países que fueron desarrollados, es que la propia Constitución Política española, en su artículo 106, regula el control judicial de la administración, señalando que las personas tendrán derecho a ser indemnizadas por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos cuando esta lesión sea consecuencia del mal funcionamiento de los servicios públicos, o sea una mala aplicación del derecho. En el artículo 121 se especifica la indemnización cuando exista algún error judicial: *“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”*⁵⁸.

La Ley Orgánica del Poder Judicial complementa esta norma y establece que sólo se tendrá derecho a una indemnización si la absolución fue producto de la inexistencia del hecho imputado. Con respecto a esto, el Tribunal Europeo de DDHH indica a España la distinción de dos tipos de absueltos de una prisión provisional, sea por inexistencia del hecho imputado y por falta de pruebas lo que contradice al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre

⁵⁸ **Constitución Española 1978.** Artículo 121

el fundamento de cualquier acusación en materia Penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el Proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”⁵⁹

Para finalizar con este país, cabe mencionar que en la prisión provisional se puede conceder una prórroga, la cual no podrá exceder de un año si el delito tuviera una pena privativa de libertad de límites superiores referidos a los plazos, o igual o inferior a 3 años, tampoco podrá excederse de 2 años si la pena privativa de libertad para el delito fuera superior a 3 años. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado para evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas relevantes para el enjuiciamiento, la prórroga no podrá superar los 6 meses.

⁵⁹ **Convenio Europeo de Derechos Humanos.** Artículo 6

La libertad por el transcurso de los plazos, no va a impedir que se vuelva a acordar si se da el caso que el investigado dejara de comparecer al llamamiento judicial. Para el cómputo de los plazos anteriores, se tiene en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o en prisión provisional por la misma causa. Si al recaer sentencia en el Proceso, esta fuese recurrida, podrá prorrogarse la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, hay que hacer constar que el tiempo de prisión provisional será descontado de la pena total que debe cumplir el procesado una vez haya Sentencia Judicial firme.

Francia

Lo primero que tenemos que tener en cuenta, en Francia, son los requisitos de fondo ya que es necesario que el delito sea punible aproximadamente por 3 años de prisión o más, esto según lo regulado en el Código de Procedimientos Penales de Francia.

El artículo 143-1 dice: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 137, la prisión preventiva sólo podrá ordenarse o prolongarse en uno de los casos que se enumeran a continuación:*

1 ° El imputado incurre en sanción Penal;

2 ° El imputado incurre en pena correccional de duración igual o superior a tres años de prisión.

*También podrá ordenarse la prisión preventiva en las condiciones previstas en el artículo 141-2 cuando el imputado eluda voluntariamente las obligaciones de revisión judicial o de arresto domiciliario con vigilancia electrónica.”*⁶⁰

Además, con la actualización de las leyes en el país, se tuvo como objetivo, reforzar el carácter excepcional de la prisión preventiva, por eso debe dictarse cuando, se busque conservar pruebas fundamentales para el desarrollo del proceso, como así también para evitar las amenazas a futuros testigos, evitar acuerdos clandestinos fuera de la ley, evitar la fuga del acusado y resguardarlo durante el Proceso, mantener el orden público, etc.

⁶⁰ *Code de Procédure Pénale*. artículo 143-1

En estos últimos años se crea con las reformas legislativas, el Juez de libertades y prisión también denominado como JLP, es aquel que acuerda o rechaza la prisión provisional, a petición de un juez de instrucción penal. El JLP responde al pedido después de brindar una audiencia y de debatir ciertas circunstancias, como por ejemplo, por un lado, tenemos a la acusación de la fiscalía por el delito ocasionado por el actor, como también todas aquellas observaciones del mismo que realice su abogado defensor, algo que puede suceder es que pueden llegar a solicitar un plazo para preparar la defensa, y en todo caso la audiencia se aplaza hasta 4 días como plazo máximo, en los cuales el inculcado permanecerá encarcelado. Luego de este plazo, se estará a completa disposición del JLP para que tome la decisión de dejar en libertad al acusado o que quede bajo los efectos de la prisión provisional.

En relación a los plazos de privación de la libertad en Francia, hay que recurrir a la Convención Europea de DDHH, que en su artículo 5 regula:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”⁶¹

Un dato muy interesante es que Francia, después de haber sido condenada por el Tribunal Europeo de DDHH tuvo que cambiar su legislación penal muy minuciosamente, por esto se tomó la decisión de modificar los plazos separando los delitos menores y comunes de los crímenes, ya sean femicidios, homicidios, robo, extorsión etc.

En materia criminal, el imputado no puede ser detenido bajo prisión provisional por un plazo mayor a un año sin procedimiento previo, excepto que, el JLP, emita una orden de prórroga cada 6 meses. En casos especiales, no podrá exceder de 2 años, si la pena del crimen es menor a 20 años. Y será de 3 años cuando la pena del crimen sea mayor a 20 años. Para considerar que la prisión provisional supere los 3 años deben ser catalogados como delitos graves o gravísimos, como es el caso de, del terrorismo de Estado, tenencia o narcotráfico de estupefacientes o que alteren el orden público en territorio Nacional.

Con relación a los delitos nos encontramos con que, la prisión provisional no podrá superar el plazo de 4 meses, si a el acusado se le puede imponer una pena de no

⁶¹ **Convenio Europeo de Derechos Humanos.** Artículo 5

más de 5 años y ya haya sido condenado por un delito común, el cual contaría con una pena superior a 1 año. En los demás casos, nuevamente se encuentra la figura del JLP y este es el encargado de emitir una prórroga cada 4 meses y por un máximo de 1 año, y 2 años para asociaciones ilícitas.

Cuando las investigaciones realizadas por un juez de instrucción deban continuar, y la liberación de los imputados sea un riesgo para la sociedad o para el mismo Proceso, la Junta de instrucción, a petición por escrito al JLP, puede extender el plazo de manera excepcional de 4 meses sólo por una vez. En conclusión, esta medida puede tener como duración máxima el plazo de 28 meses para los delitos comunes y 56 meses para los crímenes que acarren una cierta gravedad.

En síntesis, se puede decir que, luego de un proceso de reforma procesal Penal, en México, Perú, Paraguay y Argentina, el plazo de la prisión preventiva es de 2 años. Aunque en el caso de México, los Estados sin reforma cuentan con un plazo legal de 1 año. Sin embargo, se ha interpretado que este derecho es renunciable en beneficio del derecho de defensa, por lo que no existe un parámetro de plazo razonable. En Perú la situación varía de acuerdo con la complejidad del caso. En principio no debe durar más de 9 meses, sin embargo, para procesos complejos el límite es de 18 meses y cabe la posibilidad de prolongar la prisión preventiva hasta 36 meses como máximo. Y otra virtud que se aprecia en este caso, es lo que sucede en Francia y en España, ya que para aplicarla se utiliza un sistema mucho más complicado mayormente a las penas que se le podrían asignar a un delito y es de ahí que se desprenden los plazos, por eso es casi imposible que se designe la medida de forma arbitraria contra el acusado.

Capítulo 4: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Constitución Nacional

Las excepciones a la libertad, ya no son las mismas que a inicios o mediados del siglo pasado, medidas como la prisión preventiva son las que operaron como una entrada a justificaciones basadas en la prevención, y sólo eran aplicables cuando la pena ya ha sido impuesta. Desde la Constitución de 1853 siempre se tuvo en mira la libertad como garantía y objetivo primordial para las próximas redacciones o modificaciones de la misma. De tal manera, se puede dar el ejemplo del artículo 14 consagra el derecho a la libertad, en su modalidad ambulatoria, cuando menciona lo siguiente: *“todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.”*⁶²

La Constitución Nacional es clara y precisa, poniendo al derecho a la libertad en un rango superior y contando con la finalidad de asegurar este derecho, se reglamentan normas como las de excarcelación. Pero, justifica el encarcelamiento durante la tramitación del proceso, en el artículo 18 dispone que nadie puede ser arrestado sino en virtud de una orden estricta de autoridad competente, o sea que, si el imputado con su conducta puede entorpecer los fines del proceso, se podía desprender que la prisión preventiva no se trata de una sanción en sí, sino que se trataría de una solución que busca asegurar los fines del Proceso Penal. Entonces, la prisión preventiva tendría una finalidad estrictamente procesal, debiéndose aplicar en casos extremos y nunca como un anticipo de pena por el delito que se le atribuye al imputado. Hay que recordar que se trata de una excepción, porque todo imputado debe de gozar con la presunción de inocencia, la cual permanece hasta que se produzca el dictado de una sentencia condenatoria.

En estos casos nos referimos a la limitación de la libertad de una persona que para la ley en ese momento es inocente. Por lo que habría que tener en cuenta, desde un primer lugar, la imposición como la prolongación del plazo de la prisión preventiva, y es en estos casos que se plantean muchas oportunidades la inconstitucionalidad de ella, ya que, todo imputado tiene a su favor la presunción de inocencia, la cual se encuentra respaldada por nuestra Constitución Nacional, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos

⁶² *Constitución de la Nación Argentina*. artículo 14.

Humanos, de los que Argentina es parte, desde la reforma del año 1994. como consecuencia y derivación del principio, también el imputado tiene el derecho a permanecer en libertad durante el Proceso, hasta que no se dé una sentencia firme de condena, que pueda llegar a declarar su culpabilidad o en todo caso que se le imponga una pena.

Se entiende que los juristas encontraron en el artículo 18 de la Constitución Nacional; el fundamento de la prisión preventiva, el cual menciona que: “*Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden estricta de autoridad competente*”⁶³. Entonces tanto el arresto, como la detención o la prisión preventiva, son aquellos modos con los que las leyes procesales, realmente habilitan para que los jueces hagan efectivo el sometimiento del imputado al Proceso Penal, por lo que, en ese sentido, se encontraría un impedimento para el uso arbitrario de estas medidas de coerción, ya que la Constitución Nacional es la que verdaderamente establece que debe haber un debido proceso previo a la aplicación de estas.

El autor Raúl Washington Ábalos en alusión a la Suprema Corte de Mendoza; el 6 de mayo de 1957, transcribió: “*los derechos del hombre son primarios porque emergen de la capacidad natural de la criatura humana; son inviolables porque su idea es indiscernible de la justicia y del interés que la sociedad tiene en que se ejerciten normalmente; son inalienables, porque el hombre no puede desprenderse de su condición de hombre, son imprescriptibles, porque el hombre no puede ni renegar de ellos ni abdicar de ellos, ni perderlos, ni recibirlos porque son de otra naturaleza y constituyen su esencia como ser humano; y, son finalmente, innatos, porque nacen con el individuo y terminan con el individuo*”.⁶⁴

Jurisprudencia y Doctrina: CSJN y CIDH, Tratados, Convenciones, reglamento de la ONU

Por otro lado, la CSJN un año más tarde, en Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus, planteo que:

“*es verosímil presumir que en el ánimo de los Constituyentes de 1853 las garantías constitucionales tuvieron, como inmediata finalidad, la protección de los*

⁶³ **Constitución de la Nación.** art 18.

⁶⁴ ABALOS, RAUL WASHINGTON. (1993). **Derecho Procesal Penal.** Ediciones Jurídicas de Cuyo. pág. 136.

*derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo, sólo e inerte, no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los Constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y aún eternos, "la protección de la libertad"*⁶⁵.

Como consecuencia de lo expuesto, al Estado le cabe la obligación de respetar el derecho a la libertad de toda persona jurídicamente inocente y, en ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Nápoli, Érika E. y otros" del 22/12/1998 destacó:

*"...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-)" y 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)"*⁶⁶.

También, en la causa "Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros. s/ Usurpación" del 10/10/1996, se ha dicho:

"que en razón del respeto a la libertad individual y a la libre posición de los bienes de quien goza de una presunción de inocencia por no haberse dictado sentencia condenatoria, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar personal o real que se otorgan al juez de instrucción, deben adoptarse con la mayor medida que el caso exija, respetando fundamentalmente el carácter provisional de la medida y observando que su imposición sea indispensable y necesaria para satisfacer -con sacrificio provisorio del interés individual- el interés público".-

"que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el Proceso y antes de la sentencia definitiva, son de interpretación y aplicación restrictiva, a fin de no desnaturalizar la garantía del art. 18 CN según la cual todas las personas gozan de la presunción de inocencia hasta tanto una sentencia final dictada con autoridad de cosa

⁶⁵ CSJN. *Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus*. 5 de septiembre de 1958.

⁶⁶ CSJN, *Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C. P.* 22 de diciembre de 1998.

juzgada no la destruya declarando su responsabilidad Penal" (Fallos 314:1091; JA 1991-IV-253).⁶⁷

Una postura que encontramos y es muy clara, es la de Carlos Creus, el cual en una de sus obras menciona lo siguiente:

“el encarcelamiento preventivo encuentra fundamento en la Constitución Nacional, en el principio de que los derechos reconocidos no son absolutos, sino que deben ser reglamentados con la 18 finalidad de armonizar el interés particular por la libertad con el interés del Estado por la conclusión del proceso”.

*“la Constitución Nacional, desde su Preámbulo (“...y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra prosperidad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.”), hasta su art. 18 (“ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden estricta de autoridad competente”), otorga a la libertad ambulatoria una tutela privilegiada”*⁶⁸. De lo mencionado se desprende aquello que le corresponde a todo imputado que este detenido bajo prisión preventiva, como es el caso del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Si no se cumple esta condición, debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de la continuidad del Proceso Penal según lo regulado en el art. 7.5 de la Convención Americana sobre los DDHH. La imposición, el mantenimiento y, o la prolongación de la prisión preventiva del imputado choca en la mayoría de las veces con estos derechos y garantías constitucionales.

Mas allá de las practicas que se realicen referidas a su aplicación, requiere una mención especial, debido a su uso desmedido y a la duración excesiva que presenta en la mayoría de los casos, lo que se puede decir con cierta claridad, es que hay una gran cantidad de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires, y estos son presos sin una condena firme. Por esto cabe aclarar que la aplicación de esta es un tanto excesiva, llegando al punto de que la población carcelaria se excede en número a los establecimientos penitenciarios, los cuales los deberían alojar.

⁶⁷ CSJN. *Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros. s/ Usurpación*. 10 de octubre de 1996.

⁶⁸ CREUS, CARLOS. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Ed. Astrea, pág. 256.

A raíz de esta idea nos podemos encontrar con un desorden en los plazos razonables que son aplicables a este tipo de encarcelamiento y todas las limitaciones temporales las cuales se desprenden del artículo 18 de nuestra constitución Nacional, del ya mencionado art 7.5 de la convención americana de derechos humanos y de la Ley N°25.430

Hay que aclarar que existe en la doctrina y jurisprudencia una especie de limitación sobre este último tema, y regula que la prisión preventiva no puede tener una duración indefinida sin un juicio definitivo respecto a la imputación en su contra, por supuesto que se tiene el riesgo de invertir el sentido o significado del principio de inocencia y también de incurrir en una pena anticipada que esta constitucionalmente prohibido. Esto se da así de acuerdo con lo establecido con el art. 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica dispone expresamente que toda persona detenida tiene derecho "*a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el Proceso*".⁶⁹

Muchas veces se planteó y discutió en la jurisprudencia Nacional e Internacional la determinación de ese plazo razonable que a veces se cree que es inexistente. En este punto en concreto hay que resaltar que, en la República Argentina, los legisladores argentinos en la búsqueda de reglamentar el artículo 7.5 de la CADH, dictaron la Ley 24.390 en el año 1994 que estableció este plazo razonable en dos años, y sólo prorrogables por un año por razones de excepción evidente complejidad de la causa o cantidad de delitos atribuidos, al cabo de este plazo correspondía disponer la libertad, sin perjuicio de la continuación del proceso.

Paralelamente, los códigos procesales provinciales establecieron límites en igual sentido. Posteriormente esta ley fue modificada por la Ley N.º 25.430 la cual en su artículo 1 impone lo siguiente:

"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

⁶⁹ **Pacto de San José de Costa Rica.** art. 7.5.

*comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor".*⁷⁰

En este artículo se aprecian los plazos máximos de duración, y se puede apreciar el porqué de un encarcelamiento preventivo puede llegar a tornarse irrazonable en un lapso temporal menor, según las particularidades de cada caso en concreto. Sólo con este sentido parecería correcto el plazo razonable de duración, pero al mismo tiempo no puede traducirse a priori en una cantidad de tiempo determinado.

A esto la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el Fallo: "Estévez, José Luis", donde interpretan que:

*"...a pesar de los categóricos términos de la Ley 24.390, el a quo ha apelado, sin más ni más, a los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio." (voto de los Jueces Fayt y Petracchi), para posteriormente y en la misma inteligencia señalar el Dr. Bossert que "...la ley ha dispuesto ... un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado - sin remisión explícita a otras normas - a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley" por lo que limitar el alcance de la Ley 24.390 a una mera repetición de la normativa procesal implica "...apartarse irrazonablemente del citado principio de interpretación de las garantías constitucionales".*⁷¹

En la jurisprudencia Internacional nos encontramos con el fallo "Bayarri v. Argentina", en este se menciona cuando la ley establece un límite temporal máximo para la detención de un imputado, resulta claro que la misma no podrá exceder dicho plazo.

"El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el Proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del Proceso mediante este tipo de medida cautelar".

⁷⁰ **Ley N° 25.430** artículo 1.

⁷¹CSJN, **Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación -causa N° 33.769**, Buenos Aires, 3 de octubre de 1997.

*“Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante, lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado (supra párr. 72)”.*⁷²

Un ejemplo de prolongación del plazo de prisión preventiva lo podemos apreciar en el fallo que emite la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal “FABIANO, Facundo Juan Manuel s/ Ley 24.390”:

“Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de La Plata resolvió prorrogar la prisión preventiva de Facundo Juan Manuel Fabiano, por el término de seis (6) meses a partir del 16 de mayo de 2020.

II. Que en atención al control que en la materia incumbe a esta Cámara Federal de Casación Penal, el Tribunal Oral mencionado elevó las presentes actuaciones.

III. Corrida la vista al señor fiscal general ante esta Cámara consideró que debe ser homologada la resolución que prorroga la prisión preventiva del imputado.

IV. En la resolución sometida a control, los jueces de la instancia anterior refirieron que el imputado se encuentra requerido a juicio por considerarlo prima facie Penalmente responsable del delito de privación ilegítima de la libertad agravada por ser perpetrado con violencia y amenazas, en concurso ideal con el delito de robo mediante el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y haberse perpetrado en poblado y en banda, los que concurren materialmente con el delito de extorsión.

Asimismo, indicaron que el tiempo transcurrido “...encuentra fundamento en las características del sumario (...), intrínsecamente conectadas con la gravedad y complejidad de los hechos que conforman el objeto procesal del ‘sub examine’”

⁷² CIDH, *Bayarri V. Argentina, excepción preliminar fondo de reparaciones y costas*, 3 de octubre de 2008.

sin perjuicio del tiempo de detención cumplido por el nombrado (Fabiano) en el Proceso, el estado actual que atraviesan las actuaciones en tanto se encuentra designada la audiencia de comienzo del debate para el 02 de septiembre del corriente año, en el cual aquél será juzgado por los hechos que se le atribuyeron resultando este acontecimiento un elemento más que deberá aunarse a los que ya fueron ponderados con anterioridad para justificar la continuidad del encierro preventivo del imputado”.

V. En virtud de que la prórroga de prisión preventiva oportunamente dispuesta, se encuentra debidamente fundada en datos objetivos de la causa, justificando el plazo de prórroga en las razones indicadas en la ley 24.390, corresponde que la misma sea homologada (en este sentido conforme art. 1 y 2 de la Ley 24.390 y arts. 210, inciso K, 221 y 222 del C.P.P.F., implementado en este punto por el art. 1 de la Resolución 2/19 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal B.O: 13/11/19). ”⁷³

Se puede apreciar la labor de la justicia penal en tratar de resguardar el Proceso y realizar esta prolongación sobre el plazo, y vemos que se funda justamente sobre la peligrosidad, y con la gravedad y complejidad de los hechos del imputado, el cual se encuentra requerido a juicio por considerarlo responsable del delito de privación ilegítima de la libertad agravada, además por ser perpetrado con violencia y amenazas, en concurso ideal con el delito de robo mediante el uso de arma de fuego, en conclusión por todas estas razones a lo largo del proceso de investigación prolongaron de forma ineludible el trámite del proceso.

Con respecto al principio de inocencia, hay diferentes expresiones de la jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se puede dar el ejemplo en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, ya que la corte estimó que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, porque considera que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

⁷³ Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. **Fabiano, Facundo Juan Manuel s/ Ley 24.390**. 16 de mayo de 2020.

En el artículo 8.2 de la Convención se regula lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”⁷⁴

Claramente este artículo nos indica, la obligación que tienen los Estados de no restringir la libertad del acusado, más allá de aquellos límites que son necesarios para asegurar el Proceso Penal, recordando que la prisión preventiva es una medida cautelar, y no de carácter punitiva.

No hay que dejar de mencionar que teniendo en cuenta el orden Internacional sobre los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regulan que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, haciendo alusión al artículo 9.3, el cual dice:

“9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción Penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones

⁷⁴ **Convención Interamericana Sobre DDHH.** Artículo 8.2.

judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”⁷⁵

En el caso de que estos artículos se incumplan, se estaría dando lugar a una injusticia al privar de la libertad a una persona, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado. Se podría decir que en todo caso sería exactamente lo mismo que una pena anticipada sin sentencia firme, lo cual está en contra de los principios generales del derecho, que son universalmente reconocidos.

Un fallo muy interesante para plantear es el de López Álvarez vs. Honduras, en él, la CIDH afirma que la prisión preventiva es la medida más grave que se puede aplicar a un imputado, como una excepción a la regla de la libertad durante el Proceso Penal. El fundamento de la Corte se basa en que la prisión preventiva siempre debe de estar limitada por los principios consagrados por las Constituciones Nacionales de los países adheridos a los Tratados Internacionales, como lo son: el principio de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, los cuales son necesarios para mantener el equilibrio en una sociedad de carácter democrático. Entonces al ser la más severa que se puede imponer al imputado, debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad Penal.

Por eso el Juez menciona que se *“debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón”*⁷⁶, estableciendo un medio de control idóneo para evitar arbitrariedades mediante la revisión judicial sin demoras.

Para ejercer un control de forma más eficiente se necesita de un juicio de proporcionalidad y además contar con los elementos de convicción para dictarla, sumándole a esto, todos los hechos que se investigan *“Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”* y cualquier utilización que exceda los fines procesales y el plazo razonable para garantizarlos, torna a la prisión preventiva en una pena.

El Tribunal Interamericano de Derechos Humanos considera que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva porque *“Se infringe la Convención*

⁷⁵ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, artículo 9.3.

⁷⁶ CIDH, **caso López Álvarez vs. Honduras**, 1 de febrero de 2006.

cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena” (CIDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1 de febrero de 2006).

En el caso Argüelles vs. Argentina, podemos apreciar como la CIDH destaca que la regla general debe ser la libertad del imputado, mientras se resuelve su responsabilidad Penal, en el delito en el cual se lo presume como actor, invocando el principio de inocencia y también debe recibir por parte del Estado un trato acorde a su situación, a raíz de que no se encuentra condenado. La Corte, en el fallo, hace mención a que existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido; más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

“Este Tribunal ha señalado que la razonabilidad del plazo debe apreciarse en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

La jurisprudencia reiterada ha considerado cuatro aspectos para determinar, el cumplimiento de esta regla: la complejidad del asunto; la conducta de las autoridades; la actividad procesal del interesado, y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el Proceso.

En el presente caso, se deben tomar como fechas para determinar el plazo razonable bajo la óptica de la competencia del Tribunal el 5 de septiembre de 1984, fecha de ratificación de la Convención Americana y reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, hasta el 28 de abril de 1998, fecha en que la Corte Suprema de Justicia rechazó los recursos de queja por la denegación del recurso extraordinario.

La Corte estima que, durante la tramitación del proceso en sede interna, tanto las autoridades judiciales como las defensas de las presuntas víctimas realizaron numerosas acciones que de forma clara representaron una dilatación en la tramitación en la causa. Sin embargo, la Corte considera que de la prueba aportada se desprende que el Proceso no representó un recurso simple y efectivo para determinar los derechos de las víctimas involucradas.

Finalmente, la Corte ha dicho que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

En el presente caso la Corte ya determinó que la prisión preventiva de los acusados excedió el plazo razonable. En relación a lo anterior, el Tribunal considera que efectivamente durante el período en que los acusados estuvieron detenidos preventivamente, era exigible del Estado una mayor diligencia en la investigación y tramitación del caso, de modo a no generar un perjuicio desproporcionado a su libertad.”⁷⁷.

Lo más destacable de este fallo fue que se declaró culpable al Estado de haber incurrido en una falta de razonabilidad del plazo en el juzgamiento de los procesados, en violación del artículo 8.1 de la Convención, además de ser responsable por la violación del derecho a la libertad personal y por la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Por último, siguiendo estos lineamientos tenemos al fallo Barreto Leiva vs. Venezuela, que es fundamental para entender cómo se destaca la aplicación de la prisión preventiva, como medida cautelar, no punitiva, y toma el carácter de excepcional, debido a su severidad, resguardando las finalidades procesales en el caso concreto. A partir de la exposición de los diferentes casos que se han dado en este capítulo, puede notarse la aplicación en cada momento del principio de presunción de inocencia como pilar principal de la garantía judicial durante el Proceso.

En la actualidad vemos como estas garantías constitucionales, no se están respetando, lo que genera casualmente que se desvirtúe la aplicación mediante un uso abusivo de ésta, y se aplica a gran escala, para proteger la seguridad ante las demandas sociales. Además, en su dictado sistemático ante penas eventuales, toma protagonismo el sustancialismo, por la posición no adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, lo que

⁷⁷ CIDH, *caso Argüelles vs. Argentina*, 20 de noviembre de 2014.

genera que se vulnere la presunción inocencia por estas razones, y tiene como consecuencia la aplicación de una pena anticipada.

Algo a tener en cuenta, es que existe un control muy exigente, pero no puede evaluarse en abstracto, ni a través de la elaboración de tesis sustancialistas como se mencionó en el párrafo anterior, porque esto obviamente vulnera el principio de inocencia.

En este sentido la disposición de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) que tienen como finalidad principal, fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal con respecto al tratamiento del delincuente y, además, promover entre estos el sentido de su responsabilidad.

Estas reglas son aplicadas a todas las personas sometidas a acusación, ya sea un juicio o un cumplimiento de una sentencia, sin discriminación alguna, buscan evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión. Y serán utilizadas de acuerdo al principio de la mínima intervención, con el respeto de la dignidad humana. Claramente se aprecia que sólo podrá recurrir a la prisión preventiva como último recurso, según la Organización de Naciones Unidas, en las Reglas de la Tokio art. 6.1, 6.2 y 6.3.

“La prisión preventiva como último recurso 6.1 En el procedimiento Penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.”⁷⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que, para restringir el derecho a la libertad personal a través de la prisión preventiva:

⁷⁸ ONU, *Reglas de Tokio 1990*. Artículo 6.1, 6.2, 6.3.

“Deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado (...) sólo se puede fundamentar (...) en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia.

Al respecto, la Corte nota que la orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hace mención a la necesidad de dictar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva porque existen indicios suficientes, que persuadan a un observador objetivo, de que éste va a impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia.

En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención. Del mismo modo, se afectó su derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado (...). Finalmente, el Tribunal declara que el Estado incumplió su obligación consagrada en el artículo 2 de la Convención, puesto que su ley interna no establecía garantías suficientes al derecho a la libertad personal, ya que permitía el encarcelamiento de comprobarse únicamente “indicios de culpabilidad”, sin establecer que, además, es necesario que la medida busque un fin legítimo.

Del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludiré la acción de la justicia (...). La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad Penal.

La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada (...). El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte declara que el Estado violó los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, en cuanto la prisión preventiva del señor Barreto Leiva excedió los límites de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad a los que debió estar sujeta. Todo lo cual constituyó, además, una violación del derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.”⁷⁹

Sin embargo, una vez con indicios ya verificados, la privación de la libertad del imputado no puede depender de aquellos fines preventivos, ya sean generales especiales atribuibles a la pena, si no que ese fin debe ser legítimo, por eso en este fallo al igual que en, caso Argüelles vs. Argentina, la Corte dispone una reparación a cargo del Estado, diciendo que se le brinde a Barreto Leiva por parte del Estado, la facultad de recurrir a la sentencia y revisar en su totalidad el fallo condenatorio al que hace referencia la Sentencia emitida.

La Corte menciona que, si el juzgador decide que la condena estuvo ajustada a Derecho, no debería de imponer ninguna pena adicional a la víctima. Pero si el juzgador decide que Barreto Leiva es inocente o que la condena no se ajustó a Derecho, va a tener que disponer reparación que puedan considerarse adecuadas por el tiempo que el sujeto estuvo privado de su libertad, y por todos los perjuicios que le fueron causados.

Para cerrar con el capítulo se puede mencionar la regla de excepcionalidad de la prisión preventiva, la cual otorga la posibilidad de utilizar medios menos gravosos para garantizar los fines procesales, una vez aplicada la medida, y siempre que está se torne arbitraria, deberá cesar inmediatamente.

⁷⁹ CIDH, *fallo Barreto Leiva vs Venezuela*, 17 de noviembre de 2009.

Capítulo 5: PROBLEMÁTICAS SOBRE LA PRISION PREVENTIVA Y SUS POSIBLES ALTERNATIVAS

Desarrollo de problemáticas

El uso injustificado de la prisión preventiva es un problema histórico con una gran trascendencia en nuestro país desde el siglo XX. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su momento sostuvo que, el Estado argentino incumplía su normativa sobre Derechos Humanos por no respetar los estándares Internacionales que habilitan la aplicación del uso de la privación de la libertad. Los límites y alcances que tiene su aplicación, son parte de interminables discusiones, por eso, nos referimos a la interpretación que pudo realizar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Cámara Nacional de Casación Penal. Considerando que son las máximas autoridades jurisdiccionales e interpretativas en materia constitucional, incluyendo los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En forma muy resumida y a grandes rasgos, puede decirse que la prisión preventiva sólo se justifica en la medida en que tenga fines procesales, esto se da cuando se pretenda resguardar la averiguación de la verdad y la aplicación de la Ley Penal. Por ello, los únicos requisitos válidos para imponerla son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, que, por supuesto que deben ser probados en el caso concreto, y así, la detención adquiere carácter excepcional; lo que genera que esta obligación se aplique tanto para el Poder Legislativo, como para el judicial. Por supuesto que, esto no puede durar más que la propia pena, porque debe existir una sospecha relevante sobre el imputado y contar con carácter provisional, sólo será legítima mientras se mantengan sus presupuestos de justificación.

Por último, el Poder Judicial debe garantizar un adecuado control de la legitimidad de las detenciones. Pero contrariamente a estos principios, nos encontramos con las lógicas del funcionamiento del sistema Penal argentino, que se asientan casi como regla general, el utilizar la prisión preventiva por mucho tiempo sobre los acusados, generando una especie de pre pena, mientras que el sistema judicial se encarga de procesar el caso para llevarlo a juicio. Aunque desde hace algunos años, se vinieron planteando ciertos precedentes judiciales, en los cuales se han sostenido que la prisión preventiva debía dejar de ser la regla general en materia de aplicación de la Ley Penal.

Como mencionamos previamente, la prisión preventiva se debería usar con un fin cautelar y en casos específicos. Lamentablemente, no es así, estamos muy lejos de la realidad. Debido al desequilibrio que existe entre el principio de inocencia y la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad, por eso, en estos casos parece debilitarse este fundamento, dándole una mayor atención a la sociedad con el pedido de mayor seguridad y castigo sobre aquel que consumo un delito. Como consecuencia, nos encontramos con la aplicación excesiva de la misma, que es generada por tendencias a responder por otros fines. Y de esta forma apreciamos como se proporciona a la ciudadanía la sensación de que tienen un poco más de seguridad, solamente con la imposición de una prisión preventiva, lo cual es totalmente erróneo, ya que se cree que, con su aplicación se solucionan todos los demás problemas o por lo menos se reduce la tensión social.

Hay que saber, que el sistema Penal en la mayoría de las veces, siente inseguridad de que se manifieste una rebeldía a nivel procesal, lo que puede ocasionar que la justicia la llegue a interpretar como un supuesto de peligro de fuga. Consideramos que es imprescindible tener en cuenta que la libertad, es un derecho fundamental y necesario, y no un derecho accesorio o una garantía que ofrece un beneficio, si se llega a un razonamiento sobre esto, no sería la regla obligatoria el detener siempre a un sujeto para investigar su situación, porque a su vez se podrían aplicar alternativas a la prisión preventiva, así evitando su abuso.

Otro problema que se da a menudo y cuenta con cierta gravedad, es con respecto a su abuso, porque, es el efecto asegurado sobre el imputado. Este una vez que ingresa dentro del sistema, tiene muy pocas chances de salir de él y como secuela, en la mayoría de casos quedan atados a los antecedentes, que les genera complicaciones en su vida de diario, además queda con una condición social en la cual es estigmatizado por más simple que haya sido el delito.

“La costumbre de utilizar conceptos jurídicos indeterminados por parte de los operadores el derecho no es sino, una forma de ocultar el abuso del derecho en clara violación de garantías constitucionales, violentando el derecho de defensa ante la prueba y ante el Proceso mismo; la carga probatoria denota estrategias muy diferentes cuando se conoce los “testigos” además de ser una regla a seguir.”

“En este caso, la normativa procesal establece un fin, el cual es la verdad, sin embargo, al no definir ni indicar qué se debe entender por tal, se debe ajustar el significado mediante las reglas que el propio sistema establece a efectos de

interpretación de las normas, sea las reglas de la sana crítica. La proyección de una idea de verdad, resultante del proceso en el cual se llegue a conocer lo que sucedió y quién lo realizó, lo cual en algún momento se veía como una garantía del acusado, pronto transformó en la legitimación de mayores abusos de los derechos fundamentales e incluso hoy en día es un serio problema en las garantías mínimas de la imparcialidad del juzgador y del derecho del defensa de todo procesado”⁸⁰

Por otro lado, nos encontramos que la prisión preventiva con el paso del tiempo desde que se promulgo su ley, ha sufrido muchos cambios, a raíz de estas modificaciones se produjeron ciertas arbitrariedades utilizándola como pena anticipada, y de esta forma fueron afectados varios derechos, entre ellos la libertad y la presunción de inocencia que goza el imputado hasta tanto no se declare su culpabilidad bajo sentencia firme.

Justamente en relación al párrafo anterior, cabe mencionar al derecho de libertad ambulatoria, el cual es mencionado en el preámbulo y los artículos 14, 18, 19, 31, 33 y 75 inciso 22, de la Constitución Nacional, como así también en el preámbulo y los artículos 10, 11, 16, 19, 20 inciso 1º, 21 y 22 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Como ya sabemos se pueden dar dos excepciones a este derecho durante el procedimiento Penal, y estos son; la detención y la prisión preventiva las cuales están previstas en los artículos 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 16 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Mientras que a la garantía del principio o estado de inocencia podemos encontrarla en los artículos 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en los artículos XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 inciso 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La presunción de inocencia acompaña a la persona durante todo el Proceso hasta la sentencia. Por lo tanto, hay que ser cuidadosos de no vulnerar la libertad durante el procedimiento, ya que puede que se convierta en una condena anticipada. Es por ello que hay que advertir las restricciones que imponen las normas superiores, y por supuesto que también, atender a las garantías procesales e individuales que disponen considerando la

⁸⁰ ACEVEDO, MIGUEL ZAMORA. (2014). *La búsqueda de la verdad en el proceso Penal*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf> (visitado el 2 de noviembre de 2021).

interpretación realizada por los más altos tribunales para limitarse a la legalidad en todos los casos.

Está muy claro que los pronunciamientos tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Cámara Nacional de Casación Penal, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deben ser consideradas como pilares fundamentales para determinar las guías que puedan determinar los límites entre la aplicación de la prisión preventiva, sin llegar a su abuso y manipulación. Por ello en este trabajo nos guiamos bajo estos parámetros para poder analizar correctamente la aplicación de este instituto. Pero no hay que olvidar que los presupuestos de la prisión preventiva deben ser observados a la luz de los derechos individuales de libertad y el principio de inocencia. Debe entenderse que sus limitaciones deben ser interpretadas restrictivamente, evitando que se transformen en una pena anticipada. En este punto consideramos que es prudente mencionar el fallo Napoli con respecto a este tema en específico, ya que es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en este sentido estableció lo siguiente:

“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...”⁸¹

Debemos resaltar a la doctrina plenaria que fue adoptada por la Cámara Nacional de Casación Penal en los últimos años. Porque fue este organismo quien tomó el camino para poder determinar que, para que se dé la denegación de la eximición de prisión o la excarcelación; los jueces deben incrementar su trabajo, ya que no basta, con tan sólo verificar que la pena de prisión sea mayor a ocho años, sino que es fundamental analizarlo más profundamente y conjuntamente con otros parámetros. Pero se deja en claro que esta doctrina plenaria reduce los preceptos legales en lo que se refiere a la excarcelación o eximición de prisión, por que faculta al juez a denegarla únicamente bajo un fundamento concreto, que es el de la pena máxima en expectativa, la cual es considerada como un

⁸¹ CSJN, *Napoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C. P.* 22 de diciembre de 1998.

tema muy frágil que se debe tratar, y es por medio de esta que se llegan a involucrar varios aspectos en relación con los derechos que se buscan asegurar o proteger en mayor medida. Lo que, si se puede decir que tiene cierta veracidad, es que aún estamos lejos de poder cumplir con las pautas que propone la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Existen algunas controversias entre las legislaciones vigentes al día de hoy, y sucede lo mismo con las interpretaciones jurisprudenciales, por ejemplo, nos encontramos con que a nivel Nacional el artículo 316, 317 y 319 del Código de Procesal Penal de la Nación mencionan y respaldan, todo lo comentado en el párrafo anterior con respecto a las facultades de los jueces y como proceden ante la pena de expectativa que debe ser de ocho años o superior.

“Art. 316. - Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa Penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entiende en aquélla, su exención de prisión. El Juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado.”⁸²

“Art. 317. - La excarcelación podrá concederse: 1º) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión. 2º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan. 3º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada. 4º) Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme. 5º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios.”⁸³

“Restricciones Art. 319. - Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado

⁸² *Código procesal Penal de la Nación art. 316.*

⁸³ *Ibidem. art. 317.*

o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.”⁸⁴

Si se llegara a dar el caso de que se otorgue la excarcelación en un pronunciamiento, se debe partir desde el artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación, el cual regula que debe optarse y aplicar uno de los tres tipos de cauciones que pueden ser juratoria, personal o real. Tampoco tenemos que dejar de lado que, la caución tiene por objetivo asegurar que el imputado cumpla con todas las obligaciones que se le impongan y también, las órdenes del tribunal, en las cuales se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria.

Por supuesto que es factible y habitual que, ajustándose el caso, a las previsiones contenidas en el segundo párrafo del art. 316, y el inciso 1º del artículo 317, donde el magistrado conceda el derecho que es reclamado, y así disponiendo una caución de tipo personal o real para asegurar, que el acusado pueda presentarse a futuros llamados del tribunal. Ahora bien, hay que ver en detalle lo que sucede dentro del último párrafo del artículo 320, porque en él, se prohíbe de manera absoluta fijar una caución en donde sea imposible el cumplimiento, pero en la realidad, es la razón por la cual el imputado permanece privado de su libertad mientras no haga efectivo el monto de la caución real impuesta. Entonces nos encontramos frente a otra incongruencia en la normativa, porque el imputado se encuentra excarcelado, pero su libertad no se hizo efectiva ya que la caución fue impuesta y, bajo todas estas circunstancias el sujeto espera a que el Juez resuelva su situación.

A lo que llegamos es que, analizando estos inconvenientes procesales, una vez que se dicte el auto de procesamiento, también debe expedirse acerca de la libertad del imputado, dictando una prisión preventiva bajo el artículo 312 o en todo caso que se dicte un auto de procesamiento sin prisión preventiva según lo estipulado dentro del artículo 310. Por eso decimos que es muy evidente la tendencia de no mediar circunstancias que modifiquen lo planteado.

Sin embargo, en la Provincia de Buenos Aires nos encontramos con que sucede algo muy similar, proveniente de los artículos 148, 169 y 171 del Código Procesal Penal. La diferencia que pudimos apreciar es que se habilita a los jueces a negar la excarcelación

⁸⁴ Ibidem. art.319.

en determinados supuestos y no de forma casi automática, entonces estos supuestos pueden provenir de la consideración de la pena máxima en expectativa.

“artículo 148º: (Ley 13449) Peligro de fuga y de entorpecimiento. Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias: 1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga; 2. La pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual. 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución Penal.”⁸⁵

Pero en este caso, la excarcelación extraordinaria, regulada en el artículo 170, genera la distinción a partir de que las características del hecho ilícito y las condiciones personales del imputado y se puede entender que, se minimizan los riesgos procesales, pero hay que remarcar que este último supuesto, no debería considerarse como extraordinario, sino unirse a todo el hecho y características del mismo en si para poder ser y actuar como un fundamento de carácter central.

“Artículo 169.- (Ley 14128) Procedencia. Podrá ser excarcelado por algunas de las cauciones previstas en este capítulo, todo detenido cuando: 1.- El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho (8) años de prisión o reclusión; 2.- En el caso de concurso real, la pena aplicable al mismo no supere los (8) ocho años de prisión o reclusión. 3.- El máximo de la pena fuere mayor a ocho (8) años, pero de las circunstancias del o los hechos y de las características y antecedentes personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele condena de ejecución condicional 4.- Hubiere sido sobreseído por resolución no firme. 5.- Hubiere agotado en detención o prisión preventiva que según el Código Penal fuere computable para el cumplimiento de

⁸⁵ **Código Procesal Penal. Ley 13449.** artículo 148.

la pena, el máximo de la pena prevista para el delito tipificado, conforme a la calificación de requerimiento de citación a juicio del artículo 334 de este Código. 6.- Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio, estuviere en condiciones de obtener en caso de condena, la libertad condicional o libertad asistida. 7.- Según la calificación sustentada en el requerimiento de la citación a juicio que a primera vista resulte adecuado pueda corresponder condena de ejecución condicional. 8.- La sentencia no firme sea absolutoria o imponga condena de ejecución condicional. 9.- Hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme. 10.- La sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional o libertad asistida y concurran las demás condiciones necesarias para acordarla. 11.- El Juez o Tribunal considerase que la prisión preventiva excede el plazo razonable a que se refiere el artículo 7º inciso 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos en los términos de su vigencia, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso.”⁸⁶

El análisis de estas diversas posturas tanto judiciales como legislativas, tienen una gran importancia, al poner en juego la legitimidad de la justicia Penal, lo que desencadena que, de alguna manera, represente un tema central para la democracia y la sociedad en sí. Las discusiones generadas a partir de las doctrinas y la jurisprudencia Nacional e internacionales, expusieron discursos que fueron muy contradictorios el uno con el otro, lo que concluyo en enfrentamientos durante años a los derechos y garantías constitucionales entre sí, como la libertad, el principio de inocencia, la garantía de imparcialidad, el derecho a una respuesta en un plazo razonable y la igualdad de trato. Pero al mismo tiempo, muchos de estos procesos judiciales se alejaron de un sentido común, por el mal desempeño de la justicia Penal anclado en el uso de la prisión preventiva como si fuese la única respuesta de su mal accionar.

Otro tema que es importante tratar dentro de la órbita de la prisión preventiva, es el juicio oral y público porque, ha dejado de tener valor, ya que en el mejor de los casos se puede acceder a el luego de algunos años después de ocurrido el hecho delictivo, obviamente si logra superar los obstáculos, como, la ineficacia de la investigación, la prescripción o el abuso de las formas procesales. Ahora bien, el problema se agrava cuando se produce el uso desmedido, porque la aplicación excesiva de esta, es la fuente

⁸⁶ **Código Procesal Penal. Ley 14128.** Artículo 169.

de varias situaciones violatorias de Derechos Humanos, lo que impulso a consolidar un sistema Penal que termino siendo discriminatorio y socialmente desprestigiado.

En este punto nos tenemos que enfocar en un fallo que marco un precedente sobre la prisión preventiva, con respecto a la situación y condiciones de las cárceles dentro de la Provincia de buenos aires, este fue el fallo Verbitsky, en el cual en los hechos se comenta lo siguiente:

“Por otra parte, señaló que la situación en las cárceles provinciales no era mejor y que incluso el Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01.

Explicó que muchas personas permanecen detenidas en comisarías, pese a que la Constitución y la ley lo impiden, consignando, además, que gran cantidad de los detenidos continuaban en dichas instalaciones pese a haber vencido el plazo que la ley menciona para su alojamiento excepcional, y si bien había sido ordenado el traslado de gran parte de ellos a unidades penitenciarias, éste no se había hecho efectivo por falta de cupos en éstas.

Refirió que muchas de las personas detenidas en comisarías se encontraban procesadas con prisión preventiva, por lo que su detención debía llevarse a cabo en dependencias carcelarias propiamente dichas, pertenecientes al Servicio Penitenciario, invirtiendo de esta manera los roles del personal policial, que debe garantizar la seguridad de aquéllos, cuando dicha tarea no corresponde a su órbita institucional. Mencionó especialmente la situación de las mujeres y menores detenidos en establecimientos policiales como una violación flagrante de las normas internacionales que rigen la materia.

En suma, consideró que la situación planteada en los hechos resultaba violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; como así también de las leyes nacionales y provinciales que aseguran y regulan los derechos básicos de las personas detenidas, estableciendo un tratamiento humano y digno tendiente a garantizar el fortalecimiento de la dignidad humana y la inserción social de los procesados y condenados. Sostuvo que la situación denunciada constituía un caso inobjetable de gravedad institucional que tornaba imperioso el tratamiento por parte de dicha judicatura, para que, mediante su pronunciamiento, se resolviera la problemática de la totalidad de las personas privadas

de su libertad en comisaría de la Provincia de Buenos Aires, dado que, las acciones individuales incoadas ante los tribunales de instancia inferior sólo habían producido resoluciones parciales que aliviaban la situación concreta de algunos, agravando en ciertas ocasiones la de otros, sin que, en definitiva, se dispusiese una solución eficaz al problema del alojamiento y la superpoblación.”⁸⁷

En el año 2001 el Centro de Estudios Legales y Sociales inició un hábeas corpus colectivo en el cual se denunciaba las condiciones de detención y prisión preventiva en comisaría y cárceles de la Provincia de Buenos Aires. La presentación se hace ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia. Llegando a el año 2005, una vez rechazada la solicitud en los tribunales provinciales, se fundamenta que el reclamo debía ser individual y no colectivo, a esto la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló y admitió la vía procesal, lo que generó una sentencia sin precedentes en la Republica.

La Corte Suprema además de admitir este hábeas corpus colectivo, también reconoció que se estaban vulnerando los Derechos Humanos estipulados en el art 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, relacionado a las condiciones que estaban quienes se encontraban privados de su libertad en los establecimientos. Al mismo tiempo se obligó a todos los tribunales de la Provincia, incluida la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a que revisen todas las medidas privativas de libertad que fueron dictadas hasta el momento, como así también un seguimiento día a día de las condiciones carcelarias en la Provincia.

Lo más importante sucede luego de este fallo, ya que como consecuencia se produjeron una serie de modificaciones dentro de la política criminal de la Provincia de Buenos Aires. De esta forma se promulgó en el año 2006 la Ley N°13.449, modificándose una vez más el procedimiento Penal en lo concerniente a las medidas de coerción ejercidas sobre el imputado durante el Proceso Penal, pero esta vez ampliando las garantías constitucionales que modificó el Código Procesal Penal, y además se dictó el Acuerdo N°3145 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con el fin de actualizar y establecer medidas de implementación del Acuerdo N°3118 del año 2004, para poder optimizar las visitas penitenciarias y dar cumplimiento a la Resolución N.º 250/07 que fue dictada el día 19 de diciembre de 2007, dentro del marco de la causa “Verbisky”. Con estas modificaciones era bastante prometedor el cambio respecto a las medidas de detención. Pero como ya estuvimos mencionando, aún tenemos altos índices

⁸⁷ CSJN, *Verbisky, Horacio s/ habeas corpus*. 3 de mayo de 2005.

de personas privadas de la libertad sin condena lo que también genera la superpoblación carcelaria.

En los fundamentos de la norma, el legislador admite que la aplicación masiva de la prisión preventiva, en sí, no logró una reducción de la criminalidad, sino que, por el contrario, la agravó, manteniendo una gran cantidad de presos, privados de la libertad sin condena en condiciones de hacinamiento. Por ello, el objetivo principal post fallo, fue adecuar, tal como lo ordenó la Corte Suprema, las normas procesales a los estándares constitucionales. Lamentablemente, como sucedió a lo largo de la historia procesal en materia Penal, en la Provincia de Buenos Aires no se mantuvo la línea de la Ley 13.449, y así, en diciembre del año 2008 nuevamente se modifica el Código Procesal Penal a partir de la sanción de la Ley 13.943 por la cual se limitó la posibilidad de aplicar medidas alternativas de la prisión preventiva a casos excepcionales y por cuestiones humanitarias.

El 4 de mayo de 2010, se dictó la Ley 14.128 que se promulga el 17 de mayo del año 2010, la cual estableció que la excarcelación en caso de concurso real de delitos procederá sólo si la pena aplicable no supera los ocho años de prisión. Por lo que se volvió al mismo paradigma, ya que se siguió manteniendo el criterio de la pena máxima en expectativa para decidir si otorgar la excarcelación, y no los peligros procesales que, según la Constitución Nacional, los Convenios y Tratados Internacionales y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, deberían ser los únicos fundamentos para restringir la libertad durante el Proceso.

Obviamente que, por medio de esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció una serie de estándares mínimos sobre las condiciones y aplicación de medidas de detención y prisión preventiva. Al mismo tiempo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y los tribunales inferiores bonaerenses, se bajó una línea para que revisen muy detalladamente la situación de cada detenido para remediar las condiciones de detención de los presos. Además, cabe destacar el trabajo de la Corte, porque en su labor, exhortó a el Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a revisar la legislación que regulaba la excarcelación y la ejecución penitenciaria teniendo en cuenta también la legislación Nacional en la materia.

Otro problema con el que nos encontramos es con relación a la presunción de inocencia como principio rector de los Procesos Penales, y esta se encuentra reconocida y regulada por la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de los tribunales

nacionales e internacionales. Claramente se ve reflejado en los párrafos anteriores que hay una falta de lógica, con respecto a que, se haya querido que el Juez haga su labor de forma inmediata y proceda a ejercer su máximo poder, ante un mínimo riesgo, para asegurar los resultados del Proceso.

“La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos (Principio III.2).”⁸⁸

Sin embargo, nos encontramos con que, en las normas y dentro de las prácticas judiciales desde la Nación hasta la Provincia de Buenos Aires, como así también en la opinión pública y los discursos políticos, esta garantía se vio menoscabada desde el año 1995 en adelante. Una de las tantas causas fue el problema de la inseguridad, que por medio de esta se dio como consecuencia, la limitación extrema de las garantías constitucionales del imputado, con la idea no muy acertada de que, con este método, disminuiría el índice de delitos cometidos.

En la sociedad con el tiempo se ha instalado un debate, que enfrenta el derecho a la seguridad de los ciudadanos con las garantías procesales que tienen los imputados, pero lo que no comprenden, que no son principios contradictorios y excluyentes uno del otro. Por eso hay que partir desde un análisis donde se incluye a la seguridad y esta se alcanza con políticas públicas preventivas, mientras que el derecho Penal va a actuar una vez que sucede u ocurre el hecho, y además cuenta con restricciones para evitar un avance irracional del Estado sobre los derechos individuales de los acusados.

Si bien no podemos afirmar que exista una persecución política y mediática que se pueda considerar, como la única causa de que los jueces apliquen como regla la prisión preventiva, por eso vemos que es evidente que puedan existir estas prácticas y discursos, por que crean una posición a favor de la aplicación de la privación de la libertad de sospechosos de forma preventiva. Pero en general, se advierte que la justicia Penal en los

⁸⁸ Convención Interamericana de DDHH. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 30 diciembre 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf> (Visitado el 14 de noviembre de 2021).

últimos años ha sido utilizada, como mecanismo de respuesta a los problemas de inseguridad desde el plano discursivo.

Además, cabe resaltar que, en estos momentos, los reclamos sociales por inseguridad, mayormente se manifiestan y son transmitidos a través de los medios de comunicación, y estos, fueron respondidos con declaraciones públicas de funcionarios ya sean municipales, provinciales o nacionales y estaban referidas a la falta de fuerza de la aplicación del derecho Penal. A través del discurso, se vio al Poder Judicial del fuero Penal, como el órgano responsable de velar por la seguridad, y desde este enfoque, los poderes políticos de gobierno avanzaron en un sinnúmero de reformas legislativas que acompañaron estos reclamos sociales.

Cuando se veía que el reclamo por seguridad cada vez se intensificaba en magnitud, siempre era como la idea fija, que se ajustaran los supuestos de la prisión preventiva, ya sea, de excarcelación y eximición de prisión para que los procesados estén privados de su libertad durante el Proceso, y esto generaba que se torne como un principio de pre pena.

Por otro lado, cuando se producía alguna alerta social sobre las malas condiciones que ofrecen las cárceles, como con la difusión del caso Verbitsky, se flexibilizaban los supuestos para garantizar la libertad, y el producto de estos cambios que acompañaron el humor y la sensación de inseguridad en la sociedad social fueron, más de 25 reformas al Código Procesal de la Provincia en las últimas dos décadas.

Posibles soluciones al problema y medidas alternativas.

Como solución al problema que hemos planteado a lo largo de este trabajo, tomamos de base el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Medidas para reducir la prisión preventiva y proponemos una mejor aplicación de los códigos y normativas locales.

Como punto de partida para empezar a desarrollar la idea, consideramos que es fundamental destacar que, desde hace tiempo, la Comisión IDH ha señalado, que hay aplicaciones arbitrarias e ilegales sobre la prisión preventiva como un problema muy importante en varios países de Latinoamérica, pero en este caso sólo nos centraremos en Argentina. Este informe emitido por la Comisión, es una continuación del Informe sobre

el uso de la prisión preventiva en las Américas, el cual se dio a conocer demostrando su fracaso dentro de los sistemas de administración de justicia en los estados que se encuentran adheridos a la OEA, lo que es inaceptable dentro de una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia.

Durante los últimos años, la CIDH destaco a la Argentina porque, realizo acciones dirigidas a utilizar medidas alternativas para reducir el uso de la prisión preventiva. En términos generales, realizo mayores esfuerzos durante los últimos años, como la implementación de mecanismos electrónicos de seguimiento, procesos de justicia restaurativa en materia Penal, y programas de tratamiento de drogas bajo supervisión judicial. Pero todavía estamos lejos de la agilización de los procesos, que sería una medida ideal para poder evitar los retrasos procesales que tenemos hasta el momento, algunas que podrían ser aplicadas son: la revisión periódica de la situación de las personas en prisión preventiva; medidas para garantizar la celebración de audiencias, realización de audiencias en las cárceles.

Nuestro país tiene un alto porcentaje de presos preventivos a nivel federal, pero que se reducen un poco en la Provincia de Buenos Aires. Por eso creemos que, merece especial mención la entrada en vigor del último y nuevo Código Procesal Penal Federal, que respalda la aplicación de medidas alternativas, como el principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba y la mediación. Algo que podemos confirmar es que con esto se podría reducir notablemente el porcentaje de aplicación de la prisión preventiva.

Podemos destacar que las soluciones con las que nos encontramos hasta el día de hoy, además de las que ofrecen la OEA y la comisión interamericana de DDHH, en nuestra legislación contamos con un catálogo muy grande de variantes y alternativas para la prisión preventiva como lo son las siguientes:

- Suspensión de juicio a prueba art. 76 del código Penal, para delitos con penas de hasta tres años, habiendo establecido la jurisprudencia en agosto de 2010 con una interpretación amplia, la pena a considerar no es la abstracta, sino la concreta aplicable al delito, lo que favorece la aplicación de este instituto.

“76 bis. - El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse

cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

76 ter.- El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis. Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción Penal. La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción Penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas. Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso. La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el Proceso anterior. No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

76 quater. La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.”⁸⁹

- La Condena condicional regulada en los art (art. 26 – 28 del código Penal), es aquella posibilidad de suspender el cumplimiento de la pena. Únicamente lo decide un juez. La aplicación de la pena se deja en suspenso mientras el condenado cumpla la condición que le es impuesta, y el Juez puede decidir la condena condicional en los casos, de que la primera condena a prisión con pena no sea mayor a 3 años. Siempre debe tener en cuenta la personalidad del condenado, su actitud posterior al delito, y los motivos que lo impulsaron a delinquir. También el artículo 27 impone algunas reglas como, no consumir drogas, o abusar de bebidas alcohólicas, asistir a la escuela primaria, si no la hizo; hacer capacitaciones laborales o profesionales; realizar tratamientos médicos o psicológico, si fuera necesario.
- Sustitución de pena puede ser trabajo para la comunidad del art. 50 de la Ley 24.660.

“En los casos de los incisos c) y f) del artículo 35, cuando se presente ocasión para ello y el condenado lo solicite o acepte, el Juez de ejecución o Juez competente podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semi detención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. En tal caso se computarán seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho meses”⁹⁰.

- Prisión domiciliaria, en caso de presos enfermos, discapacitados, mayores de 70 años, mujeres embarazadas y madres con hijo menor de 5 años.
- Extinción de la pena por conciliación en delitos patrimoniales, culposos o sin grave violencia (art. 59 código Penal).

⁸⁹ **Código Penal de la Nación.** art. 76. Bis, ter, quarter.

⁹⁰ **Ley 24.660** art. 50.

“La acción Penal se extinguirá:

1) Por la muerte del imputado;2) Por la amnistía;3) Por la prescripción;4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada; 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.”⁹¹

- Aplicación de criterios de oportunidad en caso de hechos insignificantes, de menor relevancia o en los que a consecuencia del delito haya sufrido daño que haga innecesaria o desproporcionada la pena, art. 30 del Código Procesal Penal.

“La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios. 2. El resarcimiento de los gastos del juicio. 3. El decomiso del producto o el provecho del delito. 4. El pago de la multa.”⁹²

- Resolución alternativa de conflictos, en la Provincia de Buenos Aires, Ley 13.943, en delitos con pena inferior a seis años.

A su vez, en los supuestos de trámites de flagrancia arts. 353 bis y concordantes del Código procesal Penal de la Nación, con la reforma de la Ley 27.272 resulta de interés la utilización del instituto de la conciliación, prevista hasta el momento, en el Código Penal dentro del art. 59, inc. 6, aun cuando el mismo tenga un recibimiento dispar en la jurisprudencia, y todavía no se ha regulado en el régimen procesal Nacional.

Con la llegada del Código Procesal Penal Federal, se generan nuevas alternativas, y se puede dar el ejemplo del artículo 210, el cual viene a ofrecer un catálogo explícito de opciones que el fiscal interviniente y la parte querellante pueden solicitar al juez con motivo de asegurar la comparecencia de las personas imputadas en la causa o de evitar el entorpecimiento de la investigación en curso. Se puede decir que se trata de alternativas

⁹¹ **Código Penal de la Nación.** art. 59.

⁹² **Código Procesal Penal.** art 30.

a la prisión preventiva durante el proceso, y crea un límite donde, solo podrá ser aplicada en caso que el resto de las medidas ofrecidas, no fueran suficientes para asegurar los fines indicados, como el peligro de fuga o el entorpecimiento de la causa.

“ARTÍCULO 210.- Medidas de coerción. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje; f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; j. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueran suficientes para asegurar los fines indicados. El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto ”⁹³.

Como mencionamos este código llega a ofrecer posibilidades normativas, que pueden ayudar a racionalizar el sistema y orientarlo hacia criterios para llegar a la verdad legalidad e igualdad, dejando la situación de prisión preventiva como la última de las opciones posibles, solo en ocasiones en que fuera ineludible. Se trata únicamente de ajustar el sistema a la norma, garantizando el principio básico de inocencia y a la vez descomprimiendo las unidades de detención, cuando en el caso concreto sea aplicable

⁹³ **Código Procesal Penal Federal.** Art 210

alguna de las medidas detalladas, menos restrictivas y lesivas con la libertad de las personas, tratando de garantizar la investigación y la sujeción a ella de quienes resulten investigados.

Más allá de las posibilidades fácticas concretas que aportan estos recursos en un caso particular, en lo general también, suponen herramientas, que antes eran inexistentes, y que hoy son la norma vigente y aplicable, que quizás permitan orientar el sistema de justicia en lo penal en un nuevo sentido.

Ante el evidente fracaso del posicionamiento histórico, de todas las administraciones, de excluir a las personas en unidades penitenciarias de hacinamiento y violencia, lo que solo produce la conflictividad social derivada de ellas, o bien simplemente sometiéndolas a un largo, tedioso y costoso proceso que no arroja en sí mismo solución alguna, surge el horizonte de evaluar opciones distintas para abordar la problemática de la criminalidad y su tratamiento.

Estamos hablando de que se trata de un cambio de paradigma, que ya no debe ser endosado únicamente al sistema judicial federal que en definitiva presta un servicio técnico-legal, sino que deberá tratarse de un conjunto de acciones individuales pero al mismo tiempo conjuntas y articuladas entre el gobierno nacional, provincial y municipal, como así también con respecto al poder legislativo, las fuerzas de seguridad y penitenciarias, los medios de comunicación, sectores sindicales y empresarios, y de la sociedad civil en general. Por ello se requerirá acompañar la nueva normativa con una variación en la visión que se tiene sobre la política criminal y de seguridad para poder llegar a desarrollar, sus motivos, finalidades y objetivos, por lo que este es un cambio que debe alcanzar a toda la comunidad.

En definitiva, las reflexiones que se hicieron a lo largo de la problemática pueden, ayudar a tomar conciencia de la compleja situación en la que nos encontramos encuentran en función del crecimiento sostenido del número de las personas privadas de la libertad, lo que desencadena en altos niveles de hacinamiento en las cárceles que complican una adecuada y correcta implementación de los programas de rehabilitación y reinserción social de las personas privadas de la libertad.

Si pudiéramos llegar a un uso adecuado de la prisión preventiva, por parte de la justicia y de aquellos encargados de aplicar la ley, podríamos estar frente a una herramienta muy eficaz para evitar el hacinamiento que hoy tenemos en las cárceles, sobre todo si se aplica en los delitos más leves o cometidos por personas que no

representan un peligro real para la sociedad, y al mismo tiempo, podría abaratar los costos que representa para el Estado el mantenimiento del funcionamiento de los sistemas penitenciarios, centrando la atención solamente en aquellas personas privadas de la libertad que sean más peligrosas y así combatir el crimen, los delitos, etc.

Puede intentarse, corregir esta medida de una vez, variando el eje con el que se aborda y se le da tratamiento a la problemática, ya no apropiándose del conflicto para en definitiva profundizarlo sin aportar más soluciones que el encierro de una persona, sino buscando acercar a cada una de esas personas, integrarlas en sus entornos, oírlas, comprenderlas, fomentar la solidaridad entre ellas y otorgarles medios de vida dignos, con condiciones aceptables de vivienda, alimentación, salud, educación y trabajo. La realidad nos indica que las nuevas normas que fueron implementadas con el CPPF, nos permiten pensar e imaginar en este sentido, con la sola expectativa, de que al menos desde lo personal, la criminalidad y la conflictividad social que es propia de ella, pueda de una vez por todas encontrar soluciones concretas, viables y estructurales, y no continuar profundizándose y complejizándose en perjuicio de todos y todas dentro de este país.

Para finalizar es muy importante resaltar el rol de la sociedad, porque en sí, esta debe entender que el uso de este tipo de medidas, que reemplazan a las privativas de libertad, no significa que el delito quedará impune, sino que en realidad se trata de una alternativa más eficaz y diferente, según las circunstancias particulares que surjan en cada caso concreto, y que puede llegar a ayudar a resolver la situación de hacinamiento existente hasta el día de hoy, permitiendo mejorar el sistema que tenemos de las políticas penitenciarias y post penitenciarias.

Conclusión

Luego del análisis que fue realizado a lo largo de este trabajo final, podemos decir que la prisión preventiva fue tanto en el pasado como en el presente un objeto de controversias tanto en el ámbito judicial, como en el social y político, no sólo en nuestro país si no más allá de nuestras fronteras.

Como cierre, se puede destacar que el plazo razonable de duración de la prisión preventiva que regula el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede traducirse ab initio en un número cierto de meses o años sino que, debería de ser analizado en cada caso en específico y sin dejar de lado las singularidades del mismo como podría ser la gravedad del hecho punible, el riesgo procesal, la calificación legal del delito, la pena en expectativa, la conducta del imputado durante el Proceso, la investigación Penal, etc. Pero lo que apreciamos es que estas singularidades deben ser siempre tenidas en consideración por el Juez o en todo caso el Tribunal al momento de resolver su situación, ya sea de mantenimiento o prolongación en el tiempo, y, además, se debe dar conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que limitan la prisión preventiva.

Ahora bien, en este sentido consideramos que es correcto mencionar nuevamente que el plazo razonable de duración, no puede traducirse a priori en una cantidad determinada, pero, sin embargo, gracias a la Constitución Nacional que incorpora el principio de inocencia, la prisión preventiva tiene límites temporales, y estos deben ser respetados a riesgo de invertir el sentido de este principio constitucional y de convertirla en una pena anticipada.

Siguiendo el razonamiento anterior, cabe mencionar a la Ley N.º 24.390 (modificada por Ley N.º 25.430) la cual no establece en un término general el "plazo razonable" a título cautelar, y es acertado porque esto debe ser analizado en el caso concreto conforme a sus particularidades y a sus límites. sí se llegará a estipular un límite temporal máximo o un límite de tiempo cumplido, el cual no perjudique el Proceso Penal, el imputado debería de ser puesto en libertad o en todo caso debería sustituirse el encarcelamiento preventivo por una medida que sea menos gravosa.

Podemos arribar a que a lo largo de este trabajo se expresó la coyuntura existente entre la regulación del ordenamiento jurídico en materia Penal referida a la prisión preventiva y su ejecución real en nuestro país. Además, se pudo exponer las

consecuencias sobre tomar a la prisión preventiva como pena anticipada, vulnerando así el principio de inocencia.

Por otro lado, hicimos hincapié sobre los criterios sustancialistas, que vemos que fue optado por los órganos jurisdiccionales como el fundamento para realizar el encierro cautelar, que se lo considera como una eventual pena correspondiente, basándose en los antecedentes Penales del imputado y en la peligrosidad del sujeto. Por supuesto que esto desvirtúa, la naturaleza propia de la prisión preventiva con fines procesales para convertirla, en una política criminal que se aplica como respuesta a la demanda social sobre la inseguridad, también cabe decir que se la considera como causa de superpoblación y hacinamiento dentro de los establecimientos penitenciarios donde al menos la mitad de la población carcelaria sigue en condición de imputados mediante prisión preventiva. Por último, se expuso que existen diferentes medidas alternativas que pueden sustituir a la prisión preventiva sin hacer uso ni abuso de ellas, en instancia ultima ratio.

GLOSARIO Y ABREVIATURAS

CN: Constitución Nacional.

CPP: Código Procesal Penal.

CPPF: Código Procesal Penal Federal.

DDHH: Derechos Humanos.

CPPBA: Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

Fuentes Legislativas

Constitución de la Nación Argentina. Artículo 14, 18, 75 inc. 22.

Código Procesal Penal Provincia de Buenos Aires. Artículos 157, 171, 312.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Artículos 30, 316, 317, 319, 280.

Código Procesal Penal Federal. Art 210.

Código Procesal Penal. Ley N° 13449. Artículo 148, 169 y 171.

Código Procesal Penal. Ley N° 14128. Artículo 169.

Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734.

Código Penal de la Nación. artículo 59, 76. Bis, ter, quarter.

Ley N° 27.362.

Ley N° 25.430. Art. 1.

Ley N° 24.660. Art. 50.

Ley N° 24.390.

Internacionales

Convención Interamericana Sobre DDHH. Artículo 8.2.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9.3.

ONU, Reglas de Tokio 1990. Artículo 6.1, 6.2, 6.3

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 5

Real Decreto de 14 de setiembre de 1882. artículo 503 inc. 1.

Constitución Española 1978. Artículo 121.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 6.

Code de Procédure Pénale. Artículo 143-1.

Convención Europea de DDHH. Artículo 5

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art 19.

Declaración Universal de Derechos Humanos. artículo 11.1.

Constitución Nacional del Paraguay del año 1.992. Artículo 19.

Código Procesal Penal Paraguayo, Ley N° 1.286/98. Artículo 236.

Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano.

Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, 1789, Art. 9.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica).

Fuentes bibliográficas

MARQUES DE PASTORET. (1946). *“Moisés como legislador y moralista”*. Buenos aires. Ed M. gleizer. pág. 261.

GOLSTEIN, MATEO. (1948). *“El derecho hebreo a través de la biblia y el talmud”*. Buenos aires. Ed Atalaya. Pag.148-149.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JESUS. (1981). *“La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado”*. México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. México. Universidad Nacional Autónoma de México Pág.18-19.

COSTA, JOSE CARLOS. (2007). “*Manual de derecho público y privado*”. Buenos aires. Ed Lexisnexis.pág.562.

TORRALAS TOVAR, SOFIA. (2003). “*Castigo y reclusión en el mundo antiguo*”. Madrid. Ed Csic. Pág. 112.

SECCO ELLAURI, OSCAR. (1939). “*Historia universal de la edad media*”. Buenos aires. Ed. kapeluz. pag.27.

GOMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. (2012). “*Derecho Penal en la Edad Media*”. Colombia. Ed. Universidad del Externado de Colombia. pág. 81.

VIDAL, CESAR. (2004). “*Grandes procesos de la inquisición seis relatos prohibidos*”. Barcelona. Ed planeta. Pag 474.

FOUCAULT, MICHEL. (2002) “*vigilar y castigar*”. Buenos aires. Ed siglo XXI. Pag 33.

JOFRE, TOMAS. (1941). “*Manual de procedimientos*”. Tomo II. Ed la ley. Buenos Aires. pág. 202.

CAFFERATA NORES, JOSÉ. (2012). “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. Córdoba. Ed Advocus. Universidad nacional de Córdoba. pág. 491.

BECCARIA, CESARE. (2015). “*De los Delitos y de las Penas*”. universidad Carlos III. Madrid. pág. 46, 62,63.

FERRAJOLI, LUIGI. (1998). “*Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal*”. Ed. Trotta. Madrid. pág. 24

ABOSO, GUSTAVO. (2002). “*Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado y con jurisprudencia*”. Editorial " b de F". Buenos Aires. pág. 452.

JAUCHEN, EDUARDO. (2005). “*Derechos del imputado*”. Ed Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Pág. 276.

MAIER, JULIO. (2016). “*Derecho Procesal Penal*”. Tomo I Fundamentos. Buenos Aires. Pág. 514.

MAIER, JULIO, citado en, ABOSO, GUSTAVO. (2018). “*Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado y con jurisprudencia*”. Editorial " b de F". Buenos Aires. Pag 452.

BOVINO, ALBERTO. (2009). “*Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734*”. Editorial Juris. Rosario. pág. 230.

LA ROSA, MARIANO. Citado en JORGE, BACLINI. (2009). “*Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734*”. Edit. Juris. Rosario. pág. 242.

CLARIA OLMEDO, JORGE. (1966). “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”. Ed Ediar. Buenos Aires. Tomo v. pág. 211.

CARRIO, ALEJANDRO. (1988). “*La libertad durante el Proceso Penal y la Constitución nacional*”. Ed Abelado Perrot. Buenos aires. Pag 13, 41 y sigs.

CAFFERATA NORES, JOSE. (2000). “*Proceso Penal y Derecho Humanos*”. CELS Editores del Puerto. Bs. As. pág. 219.

CAFFERATA NORES, JOSE. (2006). “*La Entidad de la Amenaza Penal emanada del delito atribuido, ¿Justifica por sí sola la imposición del Encarcelamiento del Imputado durante el Proceso?, en Ejercicio Concreto del Poder Penal*”. Ed. Mediterránea. Córdoba. pág. 37.

SERGI, NATALIA. (2001). “*Límites temporales a la prisión preventiva, Nueva Doctrina Penal*”. Ed. Del Puerto. Buenos Aires. pág. 113.

SOLIMINE, MARCELO. (1998). “*Libertad bajo caución y situación procesal en el Código Procesal Penal de la Nación*”. Ed. Depalma, Buenos Aires. págs. 9 y 10

CARNELUTTI, FRANCESCO. (1947). “*El problema de la pena*”. Ed Ejea. Buenos Aires. pág. 40.

VELEZ MARICONDE, ALFREDO. (1986). “*Derecho Procesal Penal*”. Tomo II. Editorial Lerner. Córdoba. Pag 512.

GOLDSCHMIDT, JAMES. (1961). “*Problemas Jurídicos y Políticas del Proceso Penal*”. Tomo II. Editorial Ejea. Buenos Aires. pág. 109- 111.

NEUMAN, ELIAS. (2007). “*La Prisión Procesal*”. Editorial Ciudad Argentina. Buenos aires. Pag 14

PASTOR, DANIEL. (2007). “*La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones*”. Jurista Editores. Lima. Pag.154.

RODRIGUEZ HURTADO, MARIO PABLO. (2012). “*Manual de la investigación preparatoria del Proceso Penal común*”. Ediciones Nova Print S.A.C. Perú. Pag.92.

BARONA VILAR, SILVIA. (1988). “*Prisión provisional y medidas alternativas*”. ED Bosch. Barcelona. pág. 230.

EDWARDS, CARLOS ENRIQUE. (1995). “*Plazos de la prisión preventiva*”. Editorial Astrea. Buenos Aires. Pág. 3.

ABALOS, RAUL WASHINGTON. (1993). “*Derecho Procesal Pena*” I. Ediciones Jurídicas de Cuyo. pág. 136.

CREUS, CARLOS. (1996). “*Derecho Procesal Penal*”. Ed. Astrea, pág. 256.

Fuentes web

RUBIO HERNANDEZ, HERILINDA ENRIQUEZ. (2012). *La Prisión Reseña Histórica y Conceptual*. [file:///C:/Users/pc/Downloads/DialnetBreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pc/Downloads/DialnetBreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20(1).pdf) (visitado el 10/05/2021).

MIQUELARENA MERITELLO, ALEJANDRO. (2013). *Las Cárceles y sus orígenes*. <http://www.pensamientoPenal.com.ar/system/files/2013/08/doctrina37067.pdf>. (visitado 13/05/2021).

GARCIA RODRIGUEZ, FRANCISCO JOSE. (2016). *Objetivos e instrumentalidades de la prisión en la evolución del derecho Penal de España y de sus colonias de ultramar*. <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-ObjetivosEInstrumentalidadesDeLaPrisionEnLaEvoluci-5785486.pdf>.(visitado 15/05/2021).

LEYVA ESTUPIÑAN, MANUEL ALBERTO. (2015).*La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno*. <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-LaInfluenciaDeBeccariaEnElDerechoPenalModerno-5682960.pdf> (visitado 23/05/2021).

SEDEILLAN, GISELA. (2012). *Las razones de la amplia procedencia de la prisión preventiva a fines del siglo XIX*. <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-LasRazonesDeLaAmpliaProcedenciaDeLaPrisionPreventi-5403103.pdf> (visitado 29/05/2021).

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. (2013). *La medida cualitativa de prisión en el Proceso de ejecución de la pena*. <file:///C:/Users/pc/Desktop/tesis%202/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf> (visitado el 20/06/2021).

SOLIMINE, MARCELO. (2004). *La interpretación de las normas excarcelarias del código procesal Penal de nación. La polémica desatada por fallos antitéticos*. [file:///C:/Users/pc/Desktop/Prisi%C3%B3n%20Preventiva%20\(Solimine\).pdf](file:///C:/Users/pc/Desktop/Prisi%C3%B3n%20Preventiva%20(Solimine).pdf). (visitado el 10/07/2021).

CARBONELL, MIGUEL. (2019). *Algunos aspectos de la audiencia inicial en el código nacional de procedimientos Penales*. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v52n156/2448-4873-bmdc-52-156-1693.pdf> (visitado el 8/9/2021).

LOSA AVALOS, CINTIA. (2013). *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP*. http://perso.unifr.ch/derechoPenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf. (visitado el 20/09/2021).

ACEVEDO, MIGUEL ZAMORA. (2014). *La búsqueda de la verdad en el Proceso Penal*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf> (visitado el 2 de noviembre de 2021).

Weigandt Federico Luis

Convención Interamericana de DDHH. ***Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas***. (2013). <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf> (Visitado el 14 de noviembre de 2021).

Anexo I

Buenos Aires, 22 de diciembre de 1998. Vistos los autos: "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C. P.".

Considerando:

1º) 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 Elizabeth 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 del Código Penal)-, la defensa interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 1028/1056) que fue concedido (fs. 1066).

2º) Que para dejar sin efecto el beneficio acordado, la cámara consideró que el art. 316, segundo párrafo in fine, del Código 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 Código Penal, pues no contemplaba distinciones según la participación que se hubiese tenido en el hecho (fs. 822/824).

3º) 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.

4º) 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 de la 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.

5º) 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, considerando 2°), sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio.

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) y establecer así regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva -como medida de corrección 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), 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 (ocho) 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. 1° Código 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, des incriminar otros e imponer penas (Fallos: 11: 405; 191:245; 275:89) 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, considerando 10 y 314: 424, considerando 6°).

11) Que la ley 24.410 calificó como delictiva, en el art. 139 bis del Código Penal, la conducta por la que fue procesada Erika Elizabeth 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 descripto 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 considerando 8° como la señalada en los considerandos 9° 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. 1°, del Código 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 (Fallos: 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 los 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; 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, considerando 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. cons. 5° y sus citas) 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, considerando 2°).

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 (considerandos 10 y 11), recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva.

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

17) Que, como conclusión de lo expuesto, la ley 24.410 viola el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Erika Elizabeth 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 (considerando 7°).

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, considerando 11, segundo párrafo)- ha consagrado, dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (conf. caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 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, párrafos 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, párrafo 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 pág. 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 considerando 4°. Por ello, oído el señor 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.

CARLOS S. FAYT (por su voto) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (en disidencia) - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ. ES COPIA VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CALOS S. 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 Elizabeth 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 del Código Penal)-, la defensa interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 1028/1056) que fue concedido (fs. 1066).

2°) Que para dejar sin efecto el beneficio acordado, la cámara consideró que el art. 316, segundo párrafo in fine, del Código 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 Código Penal, pues no contemplaba distinciones según la participación que se hubiese tenido en el hecho (fs. 822/824).

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 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 de la 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.

5º) 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 pruebe lo contrario" (Fallos: 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de "presunción de inculpabilidad" (Fallos: 102:219 -1905-).

6º) 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).

7º) 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), esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones.

8º) 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, considerando 11, segundo párrafo)- 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, párrafo 77).

9º) Que aun cuando la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional (Fallos: 301:962; 302:457, 484, 1149, 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).

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 fundamento 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 del Código 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, considerando 8º, segundo párrafo).

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 señor 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 y remítanse los autos a fin de que se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí expresado. CARLOS S. FAYT. ES COPIA DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Considerando: 1º) 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 Elizabeth 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 del Código Penal), la defensa interpuso el recurso extraordinario (fs. 1028/1056) concedido a fs. 1066. 2º) 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. 3º) 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, el recurso federal interpuesto no satisface adecuadamente los recaudos de fundamentación que impone el art. 15 de la ley 48. Por ello, oído el señor Procurador General, se desestima el recurso extraordinario. Hágase saber y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI. ES COPIA DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO A. 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

Weigandt Federico Luis

exención de prisión -causa n° 1346", resuelta el 3 de octubre de 1997). Por ello, oído el señor Procurador General, se desestima el recurso extraordinario. Hágase saber y devuélvase. GUSTAVO A. BOSSERT.

Anexo 2

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
RECURSO DE HECHO Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación -causa N° 33.769-. Buenos Aires, 3 de octubre de 1997.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por José Luis Estévez en la causa Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación -causa N° 33.769-", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que denegó la excarcelación de José Luis Estévez, dedujo el procesado recurso extraordinario federal in forma pauperis, fundamentado por el señor defensor oficial, cuya denegación dio lugar a la presentación directa.

2°) Que el a quo, al rechazar la excarcelación, sostuvo que "si bien el término de detención en prisión preventiva del encausado Estévez excede las pautas del artículo 1° de la ley 24.390, su situación procesal debe analizarse en concordancia con los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio y que en modo alguno han sido derogados por la entrada en vigencia de aquélla.

Sentado ello, la Penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado..., unido a la severa condena que registra... permiten establecer que en la especie y a su respecto, no se configura ninguna de las hipótesis permisivas del artículo 379 del Cód. de Proc. en Materia Penal".

3°) Que los agravios del recurrente se basan en la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad al contener el pronunciamiento anomalías que lo descalificarían como acto jurisdiccional válido, debido a que la cámara no habría dado razones suficientes para excluir la aplicación al caso de la ley 24.390.

4°) Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación posterior, 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, entre varios). Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal (confr. Fallos: 314:791).

5°) Que, en las condiciones señaladas, el recurso extraordinario resulta formalmente procedente, debido a la jurisprudencia del Tribunal según la cual pueden cuestionarse por esa vía las decisiones denegatorias de la excarcelación, en tanto medie la inconstitucionalidad de las normas impeditivas de aquélla o graves defectos del pronunciamiento denegatorio (Fallos: 314:791 y la jurisprudencia allí citada).

6°) Que el último de los supuestos se da en el caso sometido a estudio del Tribunal, por cuanto el a quo, no obstante admitir que la detención del procesado sin haber sido juzgado -más de cinco años- excede las pautas del art. 1° de la ley 24.390, denegó el beneficio sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas.

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

7°) Que, en tales condiciones, los agravios contra la decisión impugnada guardan nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se consideran vulneradas, en los términos y con los alcances del art. 15 de la ley 48, por lo que resulta descalificable, sin que esto implique emitir juicio sobre la procedencia o improcedencia del beneficio solicitado.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Hágase saber, acumúlese la queja al expediente principal y vuelva al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva resolución con arreglo a la presente.

JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR -CARLOS S. FAYT (por su voto)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO-ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (por su voto).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Considerando:

1°) Que contra la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que denegó la excarcelación de José Luis Estévez, dedujo

el procesado recurso extraordinario federal in forma pauperis, fundamentado por el señor defensor oficial, cuya denegación dio lugar a la presentación directa.

2º) Que el a quo, al rechazar la excarcelación, sostuvo que "si bien el término de detención en prisión preventiva del encausado Estévez excede las pautas del artículo 1º de la ley 24.390, su situación procesal debe analizarse en concordancia con los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio y que en modo alguno han sido derogados por la entrada en vigencia de aquélla.

Sentado ello, la Penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado..., unido a la severa condena que registra... permiten establecer que en la especie y a su respecto, no se configura ninguna de las hipótesis permisivas del artículo 379 del Cód. de Proc. en Materia Penal".

3º) Que los agravios del recurrente se basan en la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad al contener el pronunciamiento anomalías que lo descalificarían como acto jurisdiccional válido, debido a que la cámara no habría dado razones suficientes para excluir la aplicación al caso de la ley 24.390.

4º) Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación posterior, 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, entre varios).

Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal (confr. Fallos: 314:791).

5º) Que, en las condiciones señaladas, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal según la cual pueden cuestionarse por esa vía las decisiones denegatorias de la excarcelación, en tanto medie la inconstitucionalidad de las normas con base en las cuales se la ha denegado, o bien graves defectos del pronunciamiento denegatorio que impidan convalidarlo como acto jurisdiccional (confr. Fallos: 314:791, cons. 4º y sus citas). Este último es el caso del sub examine.

6º) Que, en efecto, a pesar de los categóricos términos de la ley 24.390, el a quo ha apelado, sin más ni más, a "... los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio..." (fs. 82 del incidente de excarcelación de José Luis Estévez).

Frente a tal situación, corresponde señalar que es doctrina tradicional de esta Corte que las decisiones judiciales que se apartan de disposiciones legales expresas deben ser dejadas sin efecto, pues tal apartamiento constituye un supuesto específico de arbitrariedad (confr. Fallos: 261:223, cons. 12 y sus citas, entre otros).

Al formular dicho estándar, el Tribunal afirmó que para la configuración de esa hipótesis de arbitrariedad es requisito que no "...se haya dado en la resolución razón plausible alguna" que justifique el apartamiento (Fallos: 237:349, pág. 351).

Tal es el caso de autos, en el que la cámara ha prescindido del claro e imperioso mandato de la ley 24.390 y no ha expresado, en su mezquina argumentación, razón alguna que pudiera sustentar su decisión.

7º) Que, ante tan graves circunstancias, se debe recordar el principio según el cual, en razón del respeto a la libertad individual de quien goza de un estado de inocencia por no haberse dictado en su contra una sentencia de condena, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar de que dispone el Juez Penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva han de interpretarse y aplicarse restrictivamente (confr. Fallos: 316:942, cons. 3º).

Ello exige de los magistrados que, en la medida de su procedencia, las adopten con la mayor mesura que el caso exija, observando que su imposición sea imprescindible y no altere de modo indebido el riguroso equilibrio entre lo individual y lo público que debe regir en el proceso Penal (confr. sentencia dictada in re F.329.XXIX "Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros" el 10 de octubre de 1996, cons. 6º).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento impugnado. Hágase saber, acumúlese la queja al expediente principal y vuelva al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se resuelva la petición del recurrente conforme a derecho.

CARLOS S. FAYT- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO A. BOSSERT
Considerando:

1º) Que contra la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que denegó la excarcelación de José Luis Estévez, dedujo el procesado recurso extraordinario federal in formapauperis, fundamentado por el señor defensor oficial, cuya denegación dio lugar a la presentación directa.

2º) Que el a quo, al rechazar la excarcelación, sostuvo que "si bien el término de detención en prisión preventiva del encausado Estévez excede las pautas del artículo 1º de la ley 24.390, su situación procesal debe analizarse en concordancia con los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio y que en modo alguno han sido derogados por la entrada en vigencia de aquélla.

Sentado ello, la Penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado..., unido a la severa condena que registra... permiten establecer que en la especie y a su respecto, no se configura ninguna de las hipótesis permisivas del artículo 379 del Cód. de Proc. en Materia Penal".

3º) Que los agravios del recurrente se basan en que la interpretación que realizó el a quo de los arts. 379, inc. 6º, y 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal, y de la ley 24.390 resulta contraria a los alcances del art. 7, inc. 5º, del Pacto de San José de Costa Rica -que reviste el carácter de jerarquía constitucional- y en que el criterio adoptado en el fallo apelado transgrede lo dispuesto en los arts. 18 y 31 de la Carta Magna.

Considera que la ley 24.390 tiene como finalidad poner definitivamente un límite a la prisión preventiva, y que más allá de cuestiones puntuales que pueden justificar determinadas excepciones, la regla debe ser el plazo de dos años y su mayor prolongación la excepción. Considera que tal excepción no se configuraría en el sub lite porque hace un lustro que está preso -a pesar de que en el presente proceso sólo se finalizó con la instrucción- y las demoras en el trámite de la causa no se han debido a la realización de determinadas tareas judiciales, sino a la inactividad del juzgado.

Se agravia además porque el a quo fundó el rechazo de la excarcelación en el hecho de que el procesado registraba una condena anterior, y que ello sería una interpretación propia del derecho Penal de peligrosidad, impropio de un Estado de Derecho de tradición humanista; y también porque tomó en consideración la Penalidad establecida para el delito investigado, pues esa idea en abstracto sería violatoria de garantías constitucionales.

Finalmente, tacha de arbitrario el pronunciamiento impugnado y cita las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Argentino en el caso N° 11.245 referente al significado de "plazo razonable de detención sin juzgamiento".

4°) Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación posterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 por afectar un derecho que requiere tutela inmediata. Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal (Fallos: 314:791).

5°) Que, en el sub examine existe cuestión federal, pues se ha cuestionado la interpretación dada a la ley 24.390 como lesiva a un tratado internacional y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en el último (art. 14, inc. 3° de la ley 48), de manera que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible.

6°) Que la ley 24.390, que se autodefine como reglamentaria del art. 7°, inc. 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9°) determina un plazo fijo de dos años, con una posible prórroga de un año por resolución fundada en las causas que señala la ley, y otra de seis meses respecto de quienes fueron condenados pero la sentencia no se encuentra firme (arts. 1° y 2°).

Además, dispone que, transcurrido el plazo de dos años, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (art. 7°).

7°) Que dicha ley ha tenido por objeto principal -según así se desprende de su art. 9°- fijar el "plazo razonable" prescripto por ese tratado para que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un lapso ordinario de dos años -con la posible prolongación excepcional en los supuestos que ella prevé-, sin perjuicio de la continuación del proceso y de su sujeción a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.

8°) Que, respecto de la posición de la persona sujeta al régimen de prisión preventiva, la ley ha dispuesto que no mediando oposición del ministerio público o cuando ésta fuere rechazada "el imputado recuperará la libertad bajo caución que el tribunal determine" (art. 4°), de modo que ha incorporado expresamente un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado -sin remisión explícita a otras normas- a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley.

9°) Que cabe recordar que esta Corte ha señalado que "las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva, son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional según la cual todas las personas gozan de estado de

inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad Penal" (Fallos: 316:942, en sentido coincidente consid. 5° del voto del Juez Bossert en inre: "Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros", del 10 de octubre de 1996).

10) Que el fallo impugnado, al reducir el alcance de la ley 24.390 a una mera repetición de aquellas normas procesales que regulan el instituto de excarcelación, no sólo se apartó irrazonablemente del citado principio de interpretación de las garantías constitucionales sino que también ha pasado por alto el reiterado criterio del Tribunal en el sentido de que los jueces deben abstenerse de toda exégesis que equivalga a prescindir de la norma examinada o que cause violencia a su letra o espíritu (Fallos: 316:2732).

11) Que ello es así pues, a diferencia de lo prescripto por el art. 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal que faculta al juez a disponer la libertad del procesado o a ordenar la restricción de su libertad cuando la valoración del hecho y de las condiciones personales del imputado permitieran presumir su intención de eludir la acción de la justicia, la ley 24.390 -en las condiciones previstas por la misma norma- es imperativa para el magistrado después de transcurrido aquel lapso, de manera que sólo puede rehusar la soltura del imputado cuando entendiera que existieron de parte de la defensa articulaciones manifiestamente dilatorias, o si se hubiesen configurado los supuestos de prórrogas previstos en los arts. 1° y 2°, lo que no ha ocurrido en autos.

12) Que tal principio había sido aceptado por el legislador en el Código Procesal Penal (ley 23.984) en cuanto impuso como pauta general la interpretación restrictiva de las normas que limitan la libertad personal (art. 2°) y reiteró tal criterio como patrón específico de examen del régimen de prisión preventiva respecto de aquellos supuestos en los que corresponde la denegación de prisión o excarcelación (art. 319).

13) Que, de tal forma, la remisión efectuada por la alzada a los recaudos previstos en los arts. 379 y 380 del mencionado ordenamiento ritual implicó someter ese mandato legal a reglas y procedimientos que precisamente no pueden ser mantenidos en el contexto de la situación fáctica que hace aplicable a la ley 24.390, pues ese criterio lleva a una indebida restricción del ámbito de la libertad personal al haberse optado por una interpretación que supone hacer prevalecer una facultad del juez sobre una norma que prescribe la recuperación de la libertad y dar preferencia a condicionamientos restrictivos de dicha libertad respecto de las pautas consagradas en la mencionada ley.

14) Que, por otro lado, de admitirse la tesis utilizada en la sentencia recurrida, la garantía establecida en el art. 1° de la ley 24.390 quedaría unida indisolublemente -como lo hizo el a quo- a la "Penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado" y la mencionada norma se convertiría en letra muerta, toda vez que la eventual punibilidad de un imputado -cuya inocencia se presume (conf. art. 18 de la Constitución Nacional)- sería el criterio dominante y absoluto para evitar la aplicación de aquella norma en todos los casos en que pueda presumirse el dictado de una nueva "severa condena a su respecto".

15) Que no escapa al Tribunal que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito sea conjugado con el derecho del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, procurándose así conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (confr. Fallos: 272:188 y 311:652).

16) Que, sin embargo, es precisamente esa idea de justicia y de apego a lo que la ley dice y ordena -y no una interpretación sobre la intención del legislador- lo que justifica considerar que el a quo ha realizado una interpretación errónea del derecho vigente con aplicación a las circunstancias concretas de la causa al haber consagrado, mediante un procedimiento de concordancia que restringe sin justificación legal suficiente la garantía de la libertad personal y que afecta el principio de inocencia de los ciudadanos, que es la piedra angular de nuestro régimen republicano de gobierno.

17) Que la inconveniencia de la aplicación de tales restricciones resulta de toda evidencia en el presente caso ya que el apelante se encuentra detenido en prisión preventiva desde hace un lustro, con lo que resulta necesario atender con urgencia a sus reclamos a fin de obtener una pronta decisión sobre el tema.

En ese sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Rafael Iván Suárez Rosero contra la República del Ecuador" (n° 11.273) del 12 de septiembre de 1995 ha sostenido que cuanto más se prolonga el proceso, de manera más fuerte se ven comprometidas las garantías que implica la presunción de inocencia y, por consiguiente, el Estado debe aducir factores adicionales relevantes y suficientes que justifiquen el aumento de la carga en la persona del acusado.

18) Que, además, la hermenéutica realizada por el a quo de la ley 24.390 compromete la garantía del "plazo razonable" prevista en el pacto, pues en modo alguno

puede considerarse en un Estado de Derecho que sea jurídicamente "razonable" un lapso de detención que se extiende más allá de lo autorizado por las leyes.

En efecto el principio sustentado por la Corte en la causa "Firmenich" en el sentido de que no es posible traducir en días, meses o años el plazo razonable previsto en el art. 7, inc. 5°, de la mencionada convención ha sido sustancialmente modificado a raíz de la sanción de la mencionada normativa que impone -y no faculta- al juez la liberación del procesado una vez transcurrido el plazo legal de modo que, sin perjuicio de la oportunidad o conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, cuyo examen no corresponde a los jueces (Fallos: 314:424), no subsisten en la actualidad los presupuestos legales sobre los que se había basado aquel pronunciamiento para concluir en la improcedencia de la excarcelación del allí procesado.

19) Que en sentido coincidente se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso N° 11.245 Informe 12/96 del 1° de marzo de 1996, donde fijó pautas y dio recomendaciones al Estado argentino referentes al significado de "ser juzgado dentro de un plazo razonable" conforme a lo previsto en el art. 7.5 del Tratado Internacional.

Allí consideró que no se podía "juzgar que un plazo de detención preventiva sea 'razonable' per se, solamente basándose en lo que prescribe la ley", por cuanto la detención sin condena puede ser irrazonable, aunque no exceda de dos años, y al mismo tiempo, dicha detención puede ser razonable aún después de cumplido el límite de dos años. Por ello, consideró que la razonabilidad del plazo de detención, debía basarse en las circunstancias particulares de cada caso, y fundamentarse en la sana crítica del juez.

No obstante, entendió que aquel criterio no excluía la posibilidad de que los estados establezcan una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso; expresó que ello resultaría congruente con el principio de inocencia y con todos los otros derechos asociados al proceso.

En este sentido señaló que la presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados.

Finalmente, consideró que para aquellos casos en que el término de duración de la prisión preventiva era prima facie inaceptable, las autoridades judiciales, además de dar razones pertinentes y suficientes para justificar la prolongación de la detención, deberán presentar razones específicas para justificar la demora, atendiendo a la diligencia especial que merece una persona que está encarcelada aguardando sentencia y que para ello se deberá tomar en consideración la complejidad y el alcance del caso, así como la conducta del acusado en el proceso.

También allí la comisión interamericana reconoció el avance positivo del Estado argentino hacia el cumplimiento de la garantía establecida en la convención al sancionar la ley 24.390.

20) Que cabe tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el art. 1.1 de la Convención impone a los Estados Partes la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en ella, de tal modo que todo menoscabo a los Derechos Humanos reconocidos en la convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma convención (caso "Godínez Cruz", sentencia del 20 de enero de 1989).

21) Que de lo dicho resulta que el criterio adoptado en el fallo recurrido subordina el imperio de la ley -base del sistema republicano de gobierno- a una interpretación que convierte a la excepción en regla y a la garantía de la protección de la libertad humana en privilegio aparente, de modo que corresponde a la Corte adoptar el criterio más apegado al mandato literal y expreso del legislador que no era otro que el evitar la permanencia del imputado -sin justificación fehaciente- por un plazo superior al de dos años -con la excepción prevista en la norma- bajo el régimen de prisión preventiva.

22) Que, en conclusión, el a quo ha optado por quitar relevancia a las prescripciones expresas de la ley 24.390 al haberla reducido a una mera reedición de los arts. 379 y 380 del Código Procesal Penal con lo que ha dado preeminencia inadmisiblemente -en el actual esquema del régimen de la prisión preventiva- a esas normas rituales incompatibles con el alcance de la garantía del "plazo razonable de detención" que se integra y delimita por el plexo normativo formado por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, el art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 1º de la ley 24.390.

Weigandt Federico Luis

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Hágase saber, acumúlese la queja al expediente principal y vuelva al tribunal de origen para que, sin mayores demoras resuelva el pedido efectuado por el recurrente conforme a derecho. GUSTAVO A. BOSSERT.

Anexo 3

Corte IDH, Bayarri V. Argentina, excepción preliminar fondo de reparaciones y costas, 3 de octubre de 2008.

Hechos:

- Los hechos del presente caso se iniciaron el 18 de noviembre de 1991, cuando Juan Carlos Bayarri fue detenido por varios elementos de la División Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina mientras se encontraba caminando. Lo introdujeron, maniatado y con los ojos vendados, en uno de los automóviles que conducían, y lo trasladaron a un centro de detención clandestino. Se alegó que el señor Bayarri habría participado en el secuestro de cinco personas.

- El 24 de noviembre de 1991 fue llevado ante un juez de investigaciones a fin de rendir su declaración. El señor Juan Carlos Bayarri presentó unas hojas de papel en las que confesaba su participación en los hechos y proporcionaba nombres de otras personas que habrían estado involucradas. No obstante, lo anterior, un mes después Juan Carlos Bayarri negó todos los hechos en una ampliación de su declaración indagatoria, indicando que la razón por la que habría declarado en tal sentido fue por encontrarse amenazado por personal de la División Defraudaciones y Estafas y por haber sido objeto de torturas por parte de los mismos elementos. Transcurridos más de 15 años desde la detención del señor Bayarri, no se han esclarecido judicialmente los hechos ni existe una resolución judicial que se haya pronunciado sobre la responsabilidad Penal de los autores.

Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Fecha de presentación de la petición (11.280): 5 de abril de 1994
- Fecha de informe de admisibilidad (02/01): 19 de enero de 2001
- Fecha de informe de fondo (15/07): 8 de marzo de 2007

Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 16 de julio de 2007

- Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar los Derechos Humanos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.

- Petitorio de los representantes de las víctimas: Los representantes coincidieron con las violaciones alegadas por la CIDH. Sin embargo, incluyeron a los familiares de Juan Carlos Bayarri como víctimas.

- Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 29 de abril de 2008

Competencia y Admisibilidad

I. Excepción Preliminar. “Cambio sustancial del objeto de la demanda” y falta de agotamiento de recursos internos

10. Al contestar la demanda interpuesta por la Comisión en este caso, el Estado invocó “la excepción de no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna” (...). Alegó que dicha excepción “encuentra su fundamento en el hecho evidente de que, en el presente caso, se produjo un cambio sustancial del objeto procesal de la demanda interpuesta por la (...) Comisión Interamericana (...) toda vez que los agravios principales [alegados en la misma] han sido debidamente resueltos en sede interna del Estado” (...). En ese sentido, según su consideración, señaló que el objeto de este proceso se “limita única y exclusivamente a requerir a este (...) Tribunal la determinación de las reparaciones a que eventualmente se considere tenga derecho el señor Bayarri, sin que previamente se hayan agotado los remedios judiciales disponibles en el ámbito interno” para tal fin. (...)

16. De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, el alegato del Estado sobre la falta de agotamiento de recursos internos “para obtener una indemnización pecuniaria” resulta extemporáneo, ya que no fue interpuesto sino hasta después del Informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado renunció en forma tácita a presentar esta defensa en el momento procesal oportuno.

17. Ahora bien, Argentina considera que a raíz de dos circunstancias ocurridas con posterioridad al Informe de admisibilidad emitido en este caso (...) surgió un cambio del objeto del proceso en curso ante la Comisión Interamericana que le permitiría invocar por primera vez, en una etapa distinta a la de admisibilidad, la falta de agotamiento de recursos internos para el reclamo de una indemnización por daños y perjuicios. El Estado se refirió a la decisión adoptada el 1 de junio de 2004 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en la cual se resolvió que la presunta víctima había sido “sometida[a] a prácticas de apremios ilegales en virtud de los cuales confesó su supuesta autoría en el secuestro extorsivo [y se] decretó la nulidad de la causa Penal contra éste seguida, y su inmediata libertad”; y la decisión adoptada el 30 de mayo de 2006 por la fiscalía interviniente en la causa en la que se investigó la tortura alegada por el señor Bayarri, en la cual “se declaró clausurada la etapa de instrucción y se elevó la causa para sentencia”. (...)

19. La Corte debe reiterar que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, aunque sólo puede ser exigida ante los organismos que integran el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos una vez agotados los recursos internos, según la regla establecida en el artículo 46 de la Convención Americana. Con base en este principio, una posible reparación llevada a cabo en el derecho interno cuando el conocimiento del caso ya se ha iniciado bajo la Convención Americana, esto es, cuya admisibilidad haya sido determinada, no inhibe a la Comisión ni a la Corte de continuar su conocimiento, ni brinda al Estado una nueva oportunidad procesal para cuestionar la admisibilidad de la petición que ya ha sido establecida. Los efectos de una posible reparación llevada a cabo en el ámbito interno en estas circunstancias son cuestiones valoradas en el análisis que sobre esta materia realizan tanto la Comisión Interamericana como este Tribunal, que no constituyen una excepción preliminar. En general, mediante un acto procesal de aquella naturaleza (excepción preliminar) se cuestionaría la admisibilidad de un caso o la competencia *ratione personae, materiae, temporis o loci* del Tribunal para conocer un determinado caso o algún elemento de éste.

20. Que la Comisión Interamericana haya continuado la evaluación de los méritos del caso y decidido presentar un caso ante la Corte con un “criterio despojado de toda consideración a lo acontecido en sede interna”, como lo alega el Estado, no puede ser un argumento válido para impedir al Tribunal conocer de este caso. Al respecto, resulta necesario reiterar que, si bien la Convención Americana atribuye a la Corte plena

jurisdicción sobre todas las cuestiones relativas a un caso sujeto a su conocimiento, incluso las de carácter procesal en las que se funda la posibilidad de que ejerza su competencia, según lo ha interpretado esta Corte, los motivos para el envío de un caso ante la Corte no pueden ser objeto de una excepción preliminar. La Comisión está facultada para decidir si somete el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana, en atención a lo que dicho organismo considere sea la alternativa más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención.

21. En razón de todo lo anterior, el Tribunal desecha el argumento del Estado relativo al “cambio sustancial del objeto de la demanda” y la falta de agotamiento de recursos internos y pasa a valorar los hechos que fundamentan dichos supuestos cuando analice el fondo y reparaciones de este asunto.

22. Finalmente, el Estado alegó que la Comisión incumplió el plazo contemplado por el artículo 23.2 de su Estatuto para la adopción de una resolución sobre el fondo del asunto. A entendimiento del Estado, esto constituye un “claro vicio procesal” que “desencadenó que la Comisión [no considerara] los cambios sustanciales que se produjeron en el caso”. No obstante, indicó que este alegato “no ha sido formulad[o] por el Estado en calidad de excepción preliminar autónoma” y que se “une en un todo indisoluble con la excepción preliminar interpuesta”. Debido a que dicho alegato está vinculado a la “excepción preliminar”, una vez desechada esta última (...) este Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre el mismo.

II. Competencia

23. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer el presente caso, en razón de que Argentina es Estado Parte en la Convención Americana desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha. El 31 de marzo de 1989 Argentina ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”).

Análisis de fondo

I. Artículo 7 (Derecho a la libertad personal) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

1.1. Legalidad de la detención del señor Juan Carlos Bayarri

54. El artículo 7.2 de la Convención Americana establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Este Tribunal ha señalado que al remitir a la Constitución y leyes establecidas “conforme a ellas”, el estudio de la observancia del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho ordenamiento. Si la normativa interna no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2. La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar si la detención del señor Juan Carlos Bayarri se realizó conforme a la legislación argentina.

55. La Constitución de la Nación Argentina de 1853, vigente al momento de los hechos, establecía en su artículo 18 que nadie puede ser “arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente [...]”. Por su parte, el Código de Procedimientos en Materia Penal vigente al momento de la detención del señor Juan Carlos Bayarri, disponía en su artículo 2 que “nadie puede ser constituido en prisión preventiva sin orden escrita de juez competente, expedida contra persona determinada, y a mérito de existir contra ella semiplena prueba de delito o indicios vehementes de culpabilidad”.

56. De la normativa vigente al momento de los hechos surge que toda detención, salvo aquella practicada por delito in fraganti, debía ser precedida de orden escrita de juez competente. Bajo este supuesto, la persona detenida debía ser puesta inmediatamente a disposición del juez competente, quien debía practicar las diligencias necesarias para decretar su prisión preventiva o su libertad. Toca a este Tribunal examinar si la detención del señor Bayarri cumplió estos extremos.

a) Orden judicial emitida por autoridad competente

61. En efecto, no consta en el expediente del sumario seguido en contra de la presunta víctima (...) una orden de captura librada por autoridad competente territorialmente con anterioridad a la detención. En consecuencia, la Corte encuentra que el Estado es responsable por la violación al artículo 7.1 y 7.2 de la Convención en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.

b) Procedimiento aplicado en la detención

62. (...) Al respecto, la Corte reitera, conforme a su jurisprudencia más reciente, que la arbitrariedad de la que habla el artículo 7.3 convencional tiene un contenido jurídico propio, cuyo análisis sólo es necesario cuando se trata de detenciones consideradas legales. En este caso, el Tribunal ya estableció que el señor Bayarri fue detenido de manera ilegal (...), por lo que no es necesario analizar la violación del artículo 7.3 de la Convención Americana. Presentación sin demora ante el Juez competente y efectividad del control judicial.

c) Presentación sin demora ante el Juez competente y efectividad del control judicial

63. El artículo 7.5 de la Convención dispone, en su parte inicial, que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. La Corte ha determinado que el control judicial sin demora es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.⁶⁴ De conformidad con los artículos 2 y 6 del Código de Procedimientos en Materia Penal, una vez detenidas, las personas deben ser puestas inmediatamente a disposición del juez competente, quien procederá en las primeras horas hábiles de su despacho a interrogarlas y a practicar las diligencias necesarias para decretar su prisión preventiva o su libertad (...).⁶⁷ Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. Como ya se dijo, el Juez es garante de los derechos de toda persona bajo custodia del Estado, por lo que le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme el principio de presunción de inocencia. En el caso sub judice, el acto mediante el cual el Juez de la causa recibió personalmente por primera vez a Juan Carlos Bayarri (...), quien rindió en ese momento declaración indagatoria inculpándose de la comisión de varios hechos delictivos, no abarcó oportunamente aquellos aspectos que pudieran sustentar o no la legalidad de su detención para poder ejercer el control de la misma. Tampoco se dispuso un examen médico para determinar las causas del estado de salud de la presunta víctima, no obstante que presentaba signos

de traumatismo severo (...). Asimismo, el Tribunal observa que luego de tomar su declaración indagatoria, el Juez ordenó el traslado de Juan Carlos Bayarri a un centro penitenciario, sin decretar su prisión preventiva como lo establece el Código de Procedimientos en Material Penal (...). No fue sino tres meses después, el 20 de febrero de 1992, que ésta fue ordenada de forma definitiva. Todo lo anterior evidencia que la intervención judicial no resultó un medio efectivo para controlar la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios policiales encargados de la detención y custodia de Juan Carlos Bayarri y reestablecer sus derechos. 68. Por todo lo expuesto, la Corte encuentra que el señor Bayarri no fue presentado sin demora ante un juez competente con posterioridad a su detención y que éste no ejerció un efectivo control judicial de la detención practicada, vulnerándose así el artículo 7.1, 7.2 y 7.5 de la Convención.

1.2. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad

69. Este Tribunal ha observado que la prisión preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”, pues “es una medida cautelar, no punitiva”. 70. El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su competencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos Penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad. La tarea de este Tribunal es examinar si la prisión preventiva a que fue sometido Juan Carlos Bayarri excedió los límites de lo razonable. 71. En el presente caso las autoridades judiciales impusieron al señor Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, ordenada mediante resolución de 20 de diciembre de 1991 y confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992. Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 cuando fue

ordenada su libertad “al absolver[lo] libremente de culpa y de cargo”. En total, el señor Bayarri permaneció aproximadamente 13 años en prisión preventiva. 72. La presunta víctima formuló en tres oportunidades un pedido de excarcelación, con fundamento en la Ley No. 24.390, la cual se autocalifica como reglamentaria del artículo 7.5 de la Convención Americana. (...)73. Las autoridades nacionales denegaron en todas las oportunidades el pedido de excarcelación argumentando que la Ley No. 24.390 “no ha derogado las normas rituales que rigen el instituto de la excarcelación” y que estas normas no garantizan un “sistema de libertad automática”. (...)74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante, lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado (...). Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo.75. La Corte considera que la duración de la prisión preventiva impuesta al señor Bayarri no sólo sobrepasó el límite máximo legal establecido, sino fue a todas luces excesiva. Este Tribunal no encuentra razonable que la presunta víctima haya permanecido 13 años privado de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolvió de los cargos imputados. 76. El Tribunal resalta que, además, el Juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.77. Tomando en cuenta lo anterior, la Corte considera

que el Estado violó el derecho del señor Bayarri a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, de conformidad con el artículo 7.5, 7.2 y 7.1 de la Convención Americana.

II. Artículo 5 (Derecho a la integridad personal) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

2.1. Actos constitutivos de tortura

81. La tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional. La Corte ha entendido que se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato sea: a) intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con cualquier fin o propósito, entre ellos, la investigación de delitos. 82. En el curso de su declaración testimonial, rendida el 8 de enero de 1992 ante el Juzgado de Instrucción No. 13 a cargo de la investigación de los hechos de tortura denunciados, Juan Carlos Bayarri manifestó que una vez detenido: “[l]o trasladan a un lugar que desconoce y al cual denominaban el pozo, allí le hacen saber que su padre había sido también traído a ese lugar y que estaba en las mismas condiciones que él, es decir vendado y atado (...). Lo desnudan, lo acuestan en un catre tipo de goma (...) y le hacen preguntas relacionadas con secuestros extorsivos. Ante el desconocimiento (...) de tales hechos que se le imputaban proceden a aplicarle lo que se conoce como picana, en [los] genitales, pene, tetillas, ano y planta del pie derecho (...). Que como continúa su negativa, lo vuelven a picanear y luego proceder a torturarlo con la denominada capucha, consistente en ponerle sobre la cabeza una bolsa plástica con el fin de impedirle la respiración, oportunidad en la cual también recibía golpes de puño en el tórax, golpes con manos abiertas en ambos oídos, hasta que, con un golpe muy fuerte en el oído derecho a puño cerrado, lo que le produce una hemorragia y luego se descubre que tuvo perforación de tímpano. (...) Ante el Juzgado declara lo que le habían enseñado en defraudaciones, no creyendo conveniente en ese momento hablar de los apremios que de todos modos estaban a la vista y si tuvo mucho miedo por la integridad física de su familia. [“]

83. La materialidad de los hechos denunciados por la víctima en dicha oportunidad ha quedado acreditada según se desprende de distintas decisiones adoptadas por los tribunales argentinos. El 1 de junio de 2004 la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal resolvió el recurso de apelación interpuesto en favor de Juan Carlos Bayarri, el cual tenía por objeto que se declarara la nulidad de actuaciones a partir de la detención del señor Bayarri, ya que su defensa argumentó que “los funcionarios policiales a cargo del caso [lo] coaccionaron y torturaron (...) hasta lograr una confesión”. La Sala I absolvió al señor Bayarri al considerar que dicha confesión fue obtenida bajo “la aplicación de tormentos”.

84. Para resolver el recurso de apelación, la mencionada Sala I valoró, a partir de los exámenes médicos realizados a la víctima durante las dos primeras semanas de su detención, que el señor Juan Carlos Bayarri presentó lesiones cuando se encontraba bajo custodia de agentes de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina. (...)

86. Con posterioridad a esta decisión, en el curso de la investigación iniciada por estos hechos, el 25 de agosto de 2005 la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal consideró que “el cúmulo de elementos reunidos (...) permite otorgar sustento a la versión de Bayarri, en cuanto al padecimiento de torturas”.

87. La Corte Interamericana considera suficiente acoger la conclusión a la que llegaron los tribunales argentinos y, sin perjuicio de la responsabilidad Penal que debe dirimirse en el ámbito interno, estima que Juan Carlos Bayarri fue sometido a tortura. El maltrato aplicado en su contra por agentes estatales fue producto de una acción deliberada llevada a cabo con la finalidad de arrancarle una confesión incriminatoria (...). La gravedad de las lesiones constatadas en este caso permite a esta Corte concluir que Juan Carlos Bayarri fue sometido a maltrato físico que le produjo intenso sufrimiento. Los golpes aplicados a la víctima causaron una perforación de la membrana timpánica. Fue establecido en el ámbito interno que se aplicó tortura en forma reiterada durante tres días y que fue amenazado por sus captores con causar daño a su padre, con quien tenía una relación estrecha y cuyo paradero le era desconocido. Esto causó a la víctima severos sufrimientos morales. El Tribunal considera que todo lo anterior constituye una violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de Juan Carlos Bayarri.

2.2. Deber de iniciar de oficio y de inmediato una investigación

88. La Corte ha señalado que de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta obligación de investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, de la que Argentina es Estado Parte (supra párr. 23), que obligan al Estado a “tomar (...) medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”, así como a “prevenir y sancionar (...) otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de esta Convención.

89. Desde el 30 de abril de 1989, fecha en que entró en vigor en Argentina la referida Convención Interamericana contra la Tortura conforme a su artículo 22, es exigible al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado.

90. A pesar de que al momento de rendir su declaración indagatoria la víctima presentaba lesiones en el rostro y oído, apreciables a simple vista, el Juez de Instrucción No. 25 no dejó constancia de ello en aquella actuación. Tampoco existe constancia en el expediente de que el Juez de Instrucción haya tomado nota de las diligencias médicas practicadas al señor Bayarri y, en consecuencia, ordenado de manera inmediata y ex officio la práctica de un examen médico integral y el inicio de una investigación para determinar el origen de las lesiones evidenciadas, tal como lo contempla la legislación argentina. (...) 92. (...) [E]ste Tribunal debe reiterar que aun cuando la aplicación de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no haya sido denunciada ante las autoridades competentes, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento. Es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar las prácticas de tortura, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos. A las autoridades judiciales corresponde el deber de garantizar los derechos del detenido, lo que implica la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar los actos de tortura. El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los detenidos de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión.

93. En el caso *Bueno Alves Vs. Argentina* la Corte enfatizó que cuando existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas y, en consecuencia, los elementos de evidencia pueden ser escasos. 94. En el presente caso, la Corte observa que las autoridades estatales no actuaron con arreglo a esas previsiones. Los funcionarios judiciales encargados de la instrucción de la causa no ordenaron de oficio el inicio de una investigación minuciosa que garantizara la pronta obtención y preservación de pruebas que permitieran establecer lo que había sucedido a Juan Carlos Bayarri. Por el contrario, obstaculizaron la obtención de aquéllas (...). La legislación argentina prevé claramente los deberes del juez de la causa a este respecto (...). En consecuencia, y tomando en consideración la admisión de los hechos formulada por el Estado, la Corte Interamericana concluye que el Estado no investigó con la debida diligencia la tortura a la que fue sometido el señor Juan Carlos Bayarri, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, en aplicación del principio *aura novita curia*, la Corte encuentra que el Estado es responsable de la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST.

95. En sus alegatos finales escritos, los representantes solicitaron al Tribunal que califique los actos de tortura perpetrados en perjuicio del señor Bayarri como delitos de lesa humanidad. 96. Con los elementos disponibles en el presente caso, la Corte no puede concluir que la tortura de la que fue víctima el señor Juan Carlos Bayarri tuvo lugar en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas.

III. Artículos 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

101. El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que implica, entre otras cosas, el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. 102. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que

estén reconocidos por la Constitución o por la ley. 103. En virtud de la protección otorgada por los artículos 8 y 25 de la Convención, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las garantías judiciales, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).

3.1. Causa 4.227 caratulada “Macri, Mauricio. Privación ilegal de la libertad”

a) Derecho a ser oído y a que se resuelva la causa dentro de un plazo razonable

105. La Corte ha establecido que “el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento Penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva” y que, en esta materia, el plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito. 106. Como lo determinó el Tribunal (...), la detención del señor Bayarri tuvo lugar el 18 de noviembre de 1991. Asimismo, del expediente se desprende que el 20 de diciembre de ese año el Juzgado de Instrucción No. 25 dictó auto de prisión preventiva en su contra (...) y que la sentencia de primera instancia que condenó al señor Bayarri a reclusión perpetua fue dictada el 6 de agosto de 2001, es decir, aproximadamente diez años después. El recurso de apelación interpuesto por la presunta víctima fue resuelto mediante sentencia de 1 de junio de 2004 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que lo absolvió y ordenó su libertad. El Tribunal observa que este proceso judicial duró aproximadamente trece años, período durante el cual el señor Bayarri estuvo sometido a prisión preventiva (...). 107. En casos anteriores, al analizar la razonabilidad de un plazo procesal la Corte ha valorado los siguientes elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. No obstante, el Tribunal considera que existe un retardo notorio en el proceso referido carente de explicación razonada. En consecuencia, no es necesario realizar el análisis de los criterios mencionados. Tomando en cuenta, asimismo, el reconocimiento de hechos formulado (...), la Corte estima que respecto de la causa Penal en estudio el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.

b) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

108. Ya quedó establecido en esta Sentencia que mediante tortura el señor Bayarri confesó la comisión de varios hechos delictivos (...). Asimismo, no escapa al conocimiento de este Tribunal que la Sala I de la Cámara de Apelaciones declaró invalida dicha confesión y anuló los actos procesales derivados de la misma (...), lo que constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de la referida violación a las garantías judiciales cometida en perjuicio de Juan Carlos Bayarri. (...) 109. Como consecuencia de lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado violó el artículo 8.2.g) de la Convención Americana en perjuicio del señor Bayarri.

c) Presunción de inocencia

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

111. Ya quedó establecido que la víctima permaneció en prisión preventiva aproximadamente trece años y que dicho período excedió el plazo máximo previsto por la legislación interna (...). La Corte también consideró que durante ese tiempo el señor Bayarri estuvo sujeto a un proceso Penal en el cual se violaron diversas garantías judiciales (...). Tomando en cuenta todo lo anterior, el Tribunal estima que la prolongada duración de la prisión preventiva de Juan Carlos Bayarri en el transcurso de un proceso Penal violatorio de la Convención Americana convirtió aquella en una medida punitiva y no cautelar, lo cual desnaturaliza dicha medida. El Tribunal estima que el Estado violó el derecho del señor Bayarri a ser presumido inocente y que, en consecuencia, es

responsable por la violación del artículo 8.2 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.

3.2. Causa 66.138 caratulada “Bayarri Juan Carlos. Apremios ilegales”

a) Acceso a la justicia, derecho a ser oído y a que se resuelva la causa dentro de un plazo razonable, y efectividad de los recursos

112. El 19 de noviembre de 1991 el señor Juan José Bayarri denunció la detención ilegal de su hijo, Juan Carlos Bayarri (...). El 23 de diciembre de ese mismo año el abogado defensor de la víctima presentó una denuncia por los apremios cometidos en su contra. Ambas causas se acumularon en la número 66.138/96. Dentro de esta causa, el Juzgado de Instrucción No. 13 dictó auto de sobreseimiento provisional a favor de los acusados en dos oportunidades. Estas decisiones fueron revocadas casi en su totalidad por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal al considerar que el examen de los hechos denunciados por Juan Carlos Bayarri requería la práctica de otras diligencias probatorias.

113. Del expediente se desprende que el 30 de mayo de 2006 se decretó la clausura de la etapa instructora y se ordenó remitir las actuaciones al juzgado correspondiente para la tramitación de la plenaria. No obstante, dicha orden no pudo formalizarse debido a que, en diversas fechas del mes de abril de ese año, los imputados solicitaron la aplicación del Código Procesal Penal vigente, por lo cual se suspendió el trámite de la causa hasta en tanto fuera dirimido el punto. La petición fue aceptada el 13 de marzo de 2007 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal. En consecuencia, se ordenó la devolución de los autos al tribunal originario para su tramitación de acuerdo con el código procesal Penal vigente. El 28 de marzo de 2007 el señor Bayarri interpuso un recurso extraordinario federal que fue rechazado el 12 de noviembre de 2007. El 25 y el 29 de febrero de 2008, respectivamente, Juan Carlos Bayarri y la fiscal nacional en lo Criminal de Instrucción asignada solicitaron la elevación de la causa a juicio. El 1 de marzo de 2008 los acusados se opusieron a la elevación a juicio e interpusieron la excepción de la prescripción de la acción Penal.

114. El Tribunal constata que han transcurrido aproximadamente diecisiete años y la causa Penal sigue tramitándose en el fuero interno. El Estado aceptó la existencia de demora, que se había prolongado hasta el 1 de junio de 2004, y alegó que a partir de esa fecha el retraso se explica por la complejidad del caso y por la oposición de los representantes del señor Bayarri a que los imputados sean procesados conforme al Código

Procesal Penal vigente. Si bien el Tribunal reconoce que a partir del año 2006 el Estado ha orientado, con relativa celeridad, diversas actuaciones judiciales, particularmente las concernientes a la resolución del conflicto de aplicación de la legislación procesal Penal, el período de aproximadamente quince años que demoró la investigación es excesivo. Lo mismo se puede decir de los diecisiete años que han transcurrido sin que exista sentencia definitiva. Esto contraviene el derecho de las presuntas víctimas y sus familiares a conocer, dentro de un plazo razonable, la verdad de lo sucedido, lo cual supone diligencia y eficacia en las actuaciones del Estado. En consecuencia, el Tribunal considera que no es necesario analizar los criterios establecidos para valorar la razonabilidad de los plazos procesales (...).

115. Por otra parte, esta demora ha generado otras consecuencias, además de la vulneración del plazo razonable, tal como una evidente denegación de justicia. En primer lugar, el hecho de que la instrucción del sumario se prolongara por quince años incidió en el proceso Penal seguido en contra de Juan Carlos Bayarri, quien no pudo obtener el oportuno esclarecimiento de la tortura que le fue infligida. En segundo lugar, el transcurso de más de 16 años desde la interposición de las denuncias y el inicio de la investigación puede frustrar la continuidad del proceso Penal en curso. Está demostrado que el 10 de agosto de 2007 el Juez de Instrucción No. 41 declaró extinguida por prescripción la acción Penal respecto de dos identificados en esta causa como presuntos responsables de las violaciones de Derechos Humanos cometidas en perjuicio de la víctima. Asimismo, consta en el expediente que el 1 de marzo de 2008 los acusados se opusieron a la elevación a juicio e interpusieron la excepción de la prescripción de la acción Penal. La Corte no tiene información sobre la resolución de este punto hasta la fecha de emisión de la presente Sentencia.

116. La denegación del acceso a la justicia se relaciona con la efectividad de los recursos, en el sentido del artículo 25 de la Convención Americana, ya que no es posible afirmar que un proceso Penal en el cual el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad Penal imputada se hace imposible por una demora injustificada en el mismo, pueda ser considerado como un recurso judicial efectivo. El derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso en forma que eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los Derechos Humanos.

117. La Corte considera que con motivo de la falta de una resolución pronta y definitiva de la denuncia Penal presentada en este caso por hechos de tortura y privación

ilegal de la libertad se afectó el derecho de la víctima a la debida protección judicial. Este derecho comprende no sólo el acceso del ofendido a los procesos Penales en condición de querellante, sino el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo mediante mecanismos efectivos de justicia. Asimismo, tomando en cuenta tanto el notorio retardo en la investigación y en el proceso referido, sin que exista explicación razonada, como el reconocimiento de hechos formulado por el Estado, la Corte estima que Argentina violó los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.

b) Derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial

118. Los representantes alegaron una serie de hechos relacionados con el supuesto encubrimiento por parte de magistrados y funcionarios judiciales de las personas acusadas por la privación ilegal de la libertad y tortura del señor Bayarri, las cuales también gozarían de la protección de la Policía Federal Argentina. Al respecto, este Tribunal ha establecido que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta. Los hechos que darían origen a las alegadas parcialidad y falta de independencia de las autoridades judiciales en el trámite de dicha causa Penal no se desprenden de la demanda y, en consecuencia, la Corte se ve impedida de analizarlos (...).

Reparaciones

La Corte dispone que,

La Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas constituye, per se, una forma de reparación.

- El Estado debe pagar al señor Juan Carlos Bayarri las cantidades fijadas en los párrafos 141, 142, 151, 155, 159, 170 y 194 de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo.
- El Estado debe brindar gratuitamente, de forma inmediata y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento médico requerido por el señor Juan Carlos Bayarri.
- El Estado debe concluir el procedimiento Penal iniciado por los hechos que generaron las violaciones del presente caso y resolverlo en los términos que la ley prevea.

- El Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otros dos diarios de amplia circulación nacional, por una sola vez, los capítulos I, VII, VIII y IX de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación del presente Fallo.
- El Estado debe asegurar la eliminación inmediata del nombre del señor Juan Carlos Bayarri de todos los registros públicos con los que aparezca con antecedentes Penales.
- El Estado debe incorporar, en la medida en que no lo haya hecho, a los miembros de las fuerzas de seguridad, de los órganos de investigación y de la administración de justicia en las actividades de difusión y formación sobre la prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Puntos Resolutivos

La Corte declara que,

- El Estado violó el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7.1, 7.2 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.
- El Estado violó el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.
- El Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 8.1, 8.2 y 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.
- El Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.

- El Estado incumplió su obligación de investigar con la debida diligencia la tortura a la que fue sometido el señor Juan Carlos Bayarri, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Actuaciones posteriores a la(s) sentencia(s)

- Fecha de última resolución: 20 de junio de 2012

La Corte declara que,

(i) De conformidad con lo señalado en los Considerandos 7 a 9 de la presente Resolución, el Estado no se encuentra observando su obligación de informar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas emitida el 30 de octubre de 2008.

(ii) Mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento en cuanto a las obligaciones de:

a) brindar gratuitamente, de forma inmediata y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento médico requerido por el señor Juan Carlos Bayarri (punto resolutivo noveno de la Sentencia), y

b) asegurar la eliminación inmediata del nombre del señor Juan Carlos Bayarri de todos los registros públicos en los que aparezca con antecedentes Penales (punto resolutivo décimo segundo de la Sentencia).

c) concluir el procedimiento Penal iniciado por los hechos que generaron las violaciones del presente caso y resolverlo en los términos que la ley prevea (punto resolutivo décimo de la Sentencia), y

d) incorporar, en la medida en que no lo haya hecho, a los miembros de las fuerzas de seguridad, de los órganos de investigación y de la administración de justicia en las actividades de difusión y formación sobre la prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (punto resolutivo décimo tercero de la Sentencia).

La Corte resuelve,

(i) Requerir a la República Argentina que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las obligaciones señaladas en

el punto declarativo segundo de esta Resolución, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(ii) Solicitar a la República Argentina que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 3 de octubre de 2012, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir los puntos pendientes de acatamiento, de conformidad con los Considerandos 7 a 9 de la presente Resolución. Posteriormente, el Estado debe continuar informando a la Corte cada tres meses.

(iii) Solicitar a los representantes de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten las observaciones que estimen pertinentes a los informes de la República Argentina mencionados en el punto resolutivo tercero, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción los mismos.

(iv) Continuar supervisando el cumplimiento de la Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 30 de octubre de 2008.

(v) Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución a la República Argentina, a los representantes de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.