



*INCONGRUENCIAS ANTE LA APLICACION DE
ALGUNAS NORMAS DEL CODIGO PROCESAL PENAL
DE LA NACION*

Alumno: Francisco José Cabassi

Título a obtener: Abogado

Facultad de Derecho

Universidad Abierta Interamericana

Septiembre de 2005

CAPITULO I

EL PROBLEMA

Distintas vicisitudes e incongruencias que se verifican al aplicar estrictamente las normas contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación en materia de excarcelación, cauciones y auto de procesamiento con o sin prisión preventiva

La alternativas con las que cuenta el juzgador, según el Código Penal de la Nación (ley 23.984) ante la detención de una persona, lo habilitan, según el caso, a disponer su encarcelamiento u otorgarle la libertad ambulatoria.-

Así, habiéndose producido recientemente la detención de una persona, en virtud de haber sido sorprendido "*in fraganti*" en la comisión de un ilícito, amerita que el juez, de manera inmediata, analice teniendo en cuenta las características del hecho, la penalidad prevista para el delito, las condiciones personales del inculpa y los antecedentes que pudiera registrar, si dispone su inmediata libertad y posteriormente decidir sobre el avance del proceso y su eventual convocatoria en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación -indagatoria- o si por el contrario, dispone que el término de 24 horas, prorrogables por otro tanto -artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación- sea llevado ante su presencia para escucharlo en los términos de la norma citada.-

De decidirse por la segunda opción, es decir recibirle declaración indagatoria en calidad de detenido; el juzgador luego de dar cumplimiento con dicho acto, en el plazo de diez (10) días hábiles debe resolver la situación procesal del imputado, contando con las opciones contenidas en los artículos 306 y concordantes del código de forma -auto de procesamiento-, artículo 309 -auto de falta de mérito- o artículos 334 y concordantes -auto de sobreseimiento-.-

Es evidente y como es sabido, cumplido el acto procesal de la indagatoria, aún cuando no se haya definido su situación procesal, el propio imputado o su defensor pueden solicitar la excarcelación, ya que, tal como lo establece el artículo 318 del Código Procesal de la Nación, la misma puede ser

acordada en cualquier estado del proceso, debiendo el juzgador, en ese caso y ante el planteo excarcelatorio, analizar las normas contenidas en dicho instituto y así decidir si concede o no el derecho que se le requiere.-

Ante tal situación, deberá analizarse las hipótesis contenidas en el artículo 317 del Código Procesal de la Nación, más precisamente las establecidas en el inciso 1º y que remiten a los supuestos en que correspondiere la exención de prisión -artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación-.-

De otorgarse el derecho excarcelatorio, en dicho pronunciamiento, tal como lo exige el artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación, debe optarse y aplicar uno de los tres tipos de cauciones que prevé el ordenamiento -juratoria, personal o real- y, teniendo en cuenta, tal como lo establece la norma citada, que la caución tendrá por exclusivo objeto asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se le impongan y las órdenes del tribunal, y en su caso, que se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria, es factible y habitual que ajustándose el caso a las previsiones contenidas en el segundo párrafo del art. 316, en función del inciso 1º del artículo 317 ambos del ordenamiento de forma, el magistrado conceda el derecho reclamado, disponiendo una caución de tipo personal o real para asegurar, por ejemplo, que el beneficiario del derecho se presente ante los futuros llamados del tribunal.-

Ahora bien, es cierto que el último párrafo del artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación prohíbe de manera absoluta fijar una caución de imposible cumplimiento, pero en la realidad, aún fijándose cauciones reales de escasísima cuantía, las mismas no son obliadas, razón por la cual el imputado permanece privado de su libertad mientras no haga efectivo el monto de la caución real impuesta.-

E aquí la incongruencia planteada. El imputado se encuentra excarcelado, pero su libertad no se hizo efectiva porque no obió la caución impuesta y, bajo estas circunstancias se arriba al momento en que el juez debe resolver la situación procesal del justiciable.-

Con este panorama, de decidirse que corresponde el dictado de auto de procesamiento, acompañando el mismo, debe expedirse acerca de la

libertad del imputado, dictando auto de procesamiento con prisión preventiva - artículo 312- o auto de procesamiento sin prisión preventiva -artículo 310-.-

Es evidente entonces que, en el caso planteado, de no mediar circunstancias que modifiquen sustancialmente el suceso, el juzgador debe dictar auto de procesamiento sin prisión preventiva -artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación-, ya que al momento de resolver sobre el planteo excarcelatorio que se le efectuó sólo unos días atrás, merituó que en el caso podría dictarse condena de ejecución condicional -artículo 316, segundo párrafo, segundo supuesto- y que obviamente no se daban las restricciones contenidas en el artículo 319, ya que de haber sido así hubiere denegado el derecho que se le solicitaba.-

Consecuentemente, debe dictar auto de procesamiento sin prisión preventiva, con arreglo a lo normado en el artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación, el que expresamente dice: ***“Cuando se dictare auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del art. 312, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez.....”***.-

Como se advertirá, la norma es clara y así lo entiende la jurisprudencia del fuero, ***“el dictado de auto de procesamiento sin prisión preventiva, implica la inmediata libertad del imputado”***. Sentado ello, cabe hacerse la siguiente pregunta: ***¿qué sentido tiene pretender asegurar el fin del proceso, imponiendo al imputado una caución de tipo real o personal para asegurar su sujeción al mismo, cuando indefectiblemente al dictarse auto de procesamiento sin prisión preventiva, éste recuperará su libertad de manera inmediata, sin haber oblado la caución?***

La incongruencia planteada, ha dado lugar a diferentes resoluciones, las que serán desarrolladas a lo largo del presente.-

CAPITULO II

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

Reiterada y sistemáticamente los constitucionalistas distinguen entre declaraciones, derechos y garantías, cuyo contenido conforman la primera parte de nuestra Constitución Nacional.-

En ese sentido y de manera genérica, las declaraciones determinan la presentación política de la organización del Estado que elegimos hacia los ciudadanos y habitantes de nuestro país y hacia Estados extranjeros o residentes fuera de su ámbito de vigencia (ejemplo, artículos 1 y 2 de la Constitución Nacional); los derechos, que también se declaran conforman el reconocimiento de los atributos que poseen las personas que integran la comunidad nacional (ejemplo artículo 14 de la Constitución Nacional) y las garantías representan las seguridades que se le otorgan a los ciudadanos para impedir que esos derechos les sean conculcados por el Estado, ya en forma de limitación, ya como método para repelerlo (ejemplo artículo 18 de la Constitución Nacional).-

Así, puede sostenerse que los principios constitucionales relativos al procedimiento penal son, sin duda alguna, “**garantías individuales de las personas**” y no formas de hacer valer el derecho de reprimir que tiene el Estado **-ius punendi-**, razón por la cual no es en estos principios de donde deriva la legitimación estatal para penar a las personas, sino de lo que debe respetar si pretende hacerlo.-

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La Constitución Nacional impide que se trate como culpable a quien se le impute un hecho punible, cualquiera sea el grado de verosimilitud de esa imputación, hasta tanto el Estado, a través del órgano jurisdiccional competente no dicte una sentencia firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena.-

La jurisdicción (Principio de Jurisdiccionalidad) es la actividad necesaria que debe llevarse adelante para obtener la prueba de que una persona ha cometido un delito -proceso-, de manera que hasta que esa prueba no se produzca, mediante un proceso y un juicio, ningún delito puede considerarse cometido y ninguna persona puede ser considerada culpable, ni sometida a pena.-

Como sostuvo Luigi Lucchini, *“la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano es: presunción juris, como suele decirse, hasta prueba en contrario. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada, y es la prueba de la culpa -y no la de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio”* (cfr. Maier, Julio, Derecho procesal penal, Pág. 553, citando a Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho procesal penal, 2ª ED., Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1969, Pág.. 215).-

Este principio fundamental es producto de una garantía a favor de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable. Como escribió Lauzé di Peret *“...pero es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos”*. Esta es la base sobre la que Montesquieu fundó la relación entre libertad y seguridad de los ciudadanos: *“la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad y dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas, de modo que cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad”*.- (obra citada en el párrafo que antecede, Pág. 217).-

En esa dirección, si los derechos de los ciudadanos se encuentran amenazados por los delitos y por las penas arbitrarias, la

presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino además una garantía de seguridad y/o de defensa social.-

Si bien el principio de presunción de inocencia se remonta al derecho romano, éste fue vulnerado en la baja edad media por las prácticas inquisitivas desarrolladas, para ello basta señalar que en los procesos penales medievales, la insuficiencia de prueba cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad importaba a una semi-prueba, lo que a su vez equivalía a un juicio de semi-culpabilidad y semi-condena a una pena leve.-

El principio de presunción de inocencia fue objeto de un ataque concéntrico desde finales del siglo XIX en adelante, en sintonía con la involución autoritaria de la cultura penalista de la época.-

El primer ataque, fue puesto de manifiesto por la Escuela Positivista Italiana: Raffaele Garofalo y Enrico Ferri, en coherencia con sus opciones sustancialistas consideraron vacía, absurda e ilógica a la presunción de inocencia, exigiendo el primero -Raffaele Garofalo- la prisión provisional obligatoria y generalizada para los delitos más graves, inclinándose el segundo -Enrico Ferri- hacia modelos de justicia sumaria y sustancial sin perjuicio de las pruebas de culpabilidad.-

El golpe decisivo fue dado por Vincenzo Manzini -enemigo a la presunción de inocencia- quien sostenía que, *“es equivocado el concepto, muy difundido, de que el interés protegido por las normas penales en contraposición con el de la represión, sea el interés de garantizar la inocencia en lugar del relativo a la libertad individual..... Si es erróneo, por tanto, el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún: milite, como se dice en jerga forense) a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena”*.-

“Es de sentido común que mientras no se quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable, y, por tanto, se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta...

.Lo que hemos dicho está consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución, el cual no establece presunción alguna de inocencia, sino que se limita a declarar, como es natural, que “el imputado no es declarado culpable hasta la condena definitiva” (Manzini, Trat. Dir. Proc., t. I, pp. 253, 256 y 257).-

Este principio fue reestablecido por el artículo 27,2 de la Constitución Republicana en forma de “Presunción de no culpabilidad” , pero indudablemente la descalificación a la que había sido sometida durante más de medio siglo por parte de la doctrina procesalista han dejado su huella, razón por la cual se vio debilitada en los dos significados garantistas: “regla del tratamiento del imputado” que excluye y/o restringe la limitación de la libertad personal y “regla del juicio” que impone la carga acusatoria de la prueba y la absolución en caso de duda.-

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa afirmó que a todo hombre se lo presume inocente hasta que haya sido declarado culpable, idea que se extendió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, en cuanto prescribió en su artículo 111: “toda persona acusada de un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...”.-

Para Carrara, “el procedimiento penal tiene como impulso y fundamento una sospecha, una sospecha que, al anunciarse que se ha consumado un delito, designa verosímilmente a un individuo como autor o partícipe de él; y de este modo autoriza a los funcionarios de la acusación a adelantar investigaciones para la comprobación del hecho material, y para dirigir sus averiguaciones contra ese individuo”.-

“Pero frente a esta sospecha se alza a favor del acusado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano y esta presunción se toma de la ciencia legal, que de ella ha hecho su bandera, para oponerla al acusador y al investigador, no con el fin de detener sus actividades en su legítimo curso, sino con el objeto de restringir su acción, encadenándola a una serie de preceptos que sirvan de freno al arbitrio, de obstáculo al error y por consiguiente, de protección a aquél individuo”.-

“Este es el fin del procedimiento penal, que constituye el objeto de la segunda parte de la ciencia penal. Pero el postulado del cual parte la ciencia en esta segunda serie de estudios, es la presunción de inocencia, que es como quien dice la negación de la culpa. Ella, como en la primera parte, no le permite a la autoridad que esté ante un culpable; ya no dice: “protejo a este culpable para que no lo castigáis más allá de la justa medida, violando los principios y los criterios que he establecido sobre dogmas racionales, para determinar esa medida”. Aquí la ciencia dice lo contrario, y con frente levantada afirma: “protejo a este hombre porque es inocente y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad, y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden los dogmas racionales absolutos...” (“Opúsculos de Derecho Criminal”, Vol. V , pp. 14 y 15).-

Indudablemente ésta garantía, es una de las más importantes para la libertad individual y reconoce como antecedente el artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que todo ciudadano goza de sus derechos, en la medida que no exista una condena judicial y las restricciones que se impongan a su pleno ejercicio sólo pueden tener como objetivo asegurar el cumplimiento del fin estatal de determinar la existencia del delito y hacer responsable a su autor. Por ello, toda restricción que supere la propia necesidad del proceso, resulta un avasallamiento injustificable de los derechos del particular y un ataque a su estado de inocencia.-

ANÁLISIS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Nuestro más alto Tribunal en distintos fallos ha dejado claramente asentada la presunción de inocencia que rige y de la que goza toda persona, hasta tanto una sentencia condenatoria firme la haga cesar.-

En ese sentido y tal como lo analiza el Dr. Alejandro Carrió, se destacan los siguientes fallos, en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha ratificado la presunción que se analiza.-

“Destilerías y Viñedos El GLOBO”, Fallo 275:9

Allí ésta empresa había sido sometida a proceso por presunta violación a una ley recientemente promulgada, que imponía restricciones a la venta del vino. Durante la tramitación de la causa la empresa alegó que las ventas en cuestión habían ocurrido previo al dictado de la ley, de manera que la misma no podía ser aplicada. El Tribunal de la causa desestimó esta defensa, manifestando que correspondía a la infractora demostrar la veracidad de su alegación, y que ante la falta de prueba respecto de la fecha de las ventas cuestionadas, éstas debían presumirse como hechas en violación a la ley.-

La Corte revocó. Luego de reseñar los antecedentes de la causa, manifestó que: ***“...en tales condiciones, lo resuelto en el fallo importa violación a la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional pues invierte la carga de la prueba y la exige al imputado, sin fundamento legal que autorice tal criterio”***.-

El rango constitucional de esta garantía fue luego reafirmado en los fallos “RAIA” y “ACOSTA” (Fallos 292:561 y 295:782 respectivamente), en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó ese criterio.-

En el fallo “Acosta”, tal como lo explica el Dr. Carrió, luego de un proceso de contrabando, uno de los imputados había sido absuelto en primera instancia por considerarse dudosa su participación en el hecho investigado.-

La Cámara revocó la absolución, manifestando que la defensa *no había demostrado su falta de responsabilidad en el evento*, y que en delitos de esta naturaleza *el inculpado debe demostrar fehacientemente su inocencia*.-

La Corte invalidó ese pronunciamiento. Se remitió así a los principios de “*El GLOBO*” y “*RAIA*”, agregando que la resolución de la Alzada era violatoria: ***“...del principio ínsito en el artículo 18 de la Constitución Nacional, con arreglo al cual nadie puede ser penado sin...que sea declarado culpable de un hecho delictuoso, culpabilidad que debe ser establecida con arreglo a las pruebas producidas y apreciadas en la forma que las leyes prescriben”***.-

En el caso “Mattei” (Fallo: 272:188), se ha dicho: ***“...tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamentoen la necesidad de lograr una administración de Justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y esto es esencial atento a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal. Puesto que la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado, no cabe admitir que la posible deficiencia de la prueba de cargo constituya causal de nulidad de lo regularmente actuado dentro del juicio, sobre todo si se tiene presente que el estado cuenta a través de órganos específicamente instituidos al efecto -en particular el juez de instrucción y el fiscal- con todos los medios conducentes para aportar los elementos de juicio que estime útiles en abono de la procedencia de su pretensión punitiva. Que, en suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener un***

pronunciamiento que.... ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.-

Siguiendo con el razonamiento del Dr. Carrió, puede sostenerse que indudablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fue reafirmando a través de distintos pronunciamientos en principio que nos ocupa, diciendo que las nulidades, el excesivo tiempo en el trámite de un proceso, las prescripciones etc., resultan violatorias de esta garantía.-

A título ilustrativo de lo expuesto, se señalan los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se afirmó lo señalado precedentemente: “Mozzatti” (300:1102), “Casiraghi” (306:1705), “Y.P.F.” (306:1688), “Bartra Rojas” (305:913), “Sudamericana de Intercambio S.A. c. Administración General de Puertos” (312:2075), “Villada de García” (294:131), “Berel Todres” (302:1333), “García” (305:1701), “Frades” (312:2434), “Almada” (306:2066), entre otros (Carrió, Alejandro D., Garantías constitucionales en el proceso penal, Pág. 511 a 523). -

En síntesis, este principio -inocencia- si bien hoy es universalmente reconocido y constantemente se trata, no siempre con éxito, de hacerlo armonizar con el encarcelamiento preventivo, tal "compatibilidad" hoy viene reconocida normativamente por las disposiciones del Derecho Internacional de Derechos Humanos, en tanto admiten la coexistencia de ambos.-

CAPITULO III

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD AMBULATORIA DURANTE EL PROCESO

ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

En esta época, en la que la política criminal distorsionada por los medios de comunicación masivos coadyuva permanentemente la sensación de inseguridad; en la que la sociedad reclama una pronta reacción del Estado ante cualquier infracción a la ley penal; en la que se escucha a diario que se debe aplicar la prisión antes del juicio para evitar que los "delincuentes" sigan cometiendo delitos; en la que se critica al sistema penal porque "los delincuentes entran por una puerta y salen por otra" sin importar que el proceso continúe o culmine; en una época en la que se olvida que las garantías constitucionales son el límite al poder del Estado en favor de los ciudadanos, inclusive en favor de los que pregonan que la prisión preventiva actúe como mecanismo de prevención sin advertir que cualquiera, en cualquier momento y por cualquier causa puede resultar imputado de un delito, éste tan delicado tema debe ser analizado con suma precaución y seriedad.-

Desde hace más de dos siglos se sostiene, que la detención de una persona acusada de un delito, no es la regla, sino la excepción y que el encarcelamiento sólo resultaría necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos.-

Así se sentaban las bases de lo que luego, una vez operadas las revoluciones liberales del siglo XVIII y de que el estado de inocencia fuera elevado a la categoría de principio fundamental, sería la única justificación con algún viso de razonabilidad de la restricción de libertad de quien todavía no ha sido condenado, ya que el encarcelamiento preventivo procede de acuerdo a una visión liberal del problema, solamente como medida cautelar para asegurar los fines del proceso, esto es, la averiguación de la verdad y la efectiva aplicación de la ley penal.-

En la actualidad, dichas excepciones a la libertad -las que, a su vez, descarta como fundamento válido de la prisión preventiva- son las que operaron como vía de entrada a justificaciones basadas ya no en motivos estrictamente procesales sino de prevención y defensa social, por definición, sólo aplicables cuando la pena ya ha sido impuesta.-

En nuestro país, desde los Constituyentes de 1853 siempre se tuvo en mira la “libertad personal” como objetivo primordial de la redacción de la Constitución Nacional.-

De tal manera, el artículo 14 de nuestra norma fundamental consagra **el derecho a la libertad, en su modalidad ambulatoria**, cuando dice: “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; ...”. Raúl Washington Abalos en alusión a lo que asentara 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”* (Abalos, Raúl Washington, Derecho Procesal Penal, 1993 Ediciones Jurídicas de Cuyo, T: I, pag. 136).-

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de septiembre de 1958 ha dicho: *“es verosímil presumir que en el ánimo de los Constituyentes de 1853 las garantías constitucionales tuvieron, como inmediata finalidad, la protección de los 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”* (Raúl Washington Abalos, Derecho

Procesal Penal, T: I, pp. 140 y 141).-

Se entiende que los juristas encontraron en el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional el fundamento de el encarcelamiento preventivo, en cuanto prescribe que: “Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden estricta de autoridad competente”. Al respecto, tanto el arresto, como la detención y la prisión preventiva, son los modos con los que las leyes procesales habilitan para que los jueces efectivicen el sometimiento del imputado al proceso penal. Por otra parte, los fines del proceso penal se orientan a la averiguación de la verdad real de los hechos materia de investigación para la correcta aplicación del Derecho Penal de fondo.-

En ese sentido, a los juzgadores se les está vedado aplicar medidas de coerción a su sólo arbitrio, ya que la propia Constitución Nacional establece que previamente debe ser sometido a un debido proceso, reglamentado por las provincias por medio de sus Legislaturas, y por el Congreso de la Nación en el ámbito federal.-

La Constitución Nacional dispone de manera clara y precisa, “la libertad” como un derecho de rango superior y en el marco del proceso penal, con la finalidad de asegurar dicho derecho, se reglamentan normas como las de excarcelación. Sin perjuicio de ello, también la Constitución Nacional justifica el encarcelamiento durante la tramitación del proceso -nadie puede ser arrestado sino en virtud de una orden estricta de autoridad competente, art. 18 C.N.-, si el imputado con su conducta puede entorpecer los fines de éste. De ello, se desprende que el encarcelamiento preventivo no se trata de una sanción sino de una medida tendiente a asegurar los fines del proceso.-

Puede sostenerse entonces, que el encarcelamiento preventivo tiene una finalidad estrictamente procesal, debiéndose aplicar en casos extremos y nunca como un anticipo de pena por el delito que se atribuye al imputado. Se trata de una excepción, ya que todo imputado goza de la presunción de inocencia la que permanece incólume hasta el dictado de una sentencia condenatoria.-

Para Carlos Creus, “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

finalidad de armonizar el interés particular por la libertad con el interés del Estado por la conclusión del proceso". Agrega que, "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" (Creus, Carlos, "Derecho Procesal Penal", 1996, Ed. Astrea, pag. 256).-

ESQUEMA CONSTITUCIONAL

Tal como ya se dejara claramente asentado, el derecho a la libertad ambulatoria, reconocido por la Constitución Nacional en su artículo 14, sólo puede ser restringido por el Estado cuando se ha impuesto una pena privativa de la libertad y ésta se encuentra firme, obviamente siempre luego de un proceso legal en el que se declare la culpabilidad de una persona por haber cometido un hecho punible.-

Teniendo en cuenta que la libertad ambulatoria es regla, que el encarcelamiento sólo procede luego del juicio y que la Constitución Nacional consagra la inocencia del imputado, la que permanece incólume hasta que sea objeto de una sentencia judicial condenatoria, corresponde preguntarse, si el Estado puede restringir la libertad durante el proceso. Como es sabido, la respuesta, generalmente fue afirmativa, en base a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional según el cual nadie puede ser "arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente".-

Ante ello, puede afirmarse que el Estado puede arrestar antes de una condena firme; pero ¿puede también encarcelar preventivamente?-

Indudablemente la diferencia entre el arresto autorizado constitucionalmente y el encarcelamiento preventivo, se relaciona con detenciones breves, pero jamás con la prisión provisional, es decir, con un grado de permanencia que la prolongue indefinidamente en el tiempo. Nelson Pessoa sostiene que: "la citada regla es el sustento constitucional de la

privación de la libertad con anterioridad al fallo definitivo. Para ser más exacto, es el fundamento del auto de procesamiento y de la consiguiente prisión preventiva" (Raúl Washington Abalos, Derecho Procesal Penal, T: I, pag. 139, citando a Nélon Pessoa).-

Por su parte, Vélez Mariconde analiza la cuestión a partir del estudio armónico de los artículos 18 y 61 (actual 69) de la Constitución Nacional, señalando: "si el artículo 61 de la Constitución Nacional autoriza la aprehensión sin orden de los legisladores cuando son sorprendidos "in fraganti" delito, mal puede sostenerse que la Constitución Nacional requiera de orden de autoridad competente para disponer la aprehensión de personas que no tienen ese privilegio" (Maier, Julio, Derecho procesal penal, pag. 429, citando a Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho procesal penal, 2ª ed., Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1969, pag.. 198). -

Sin perjuicio de ello, debido a que la libertad ambulatoria protegida por la Constitución Nacional -artículo 14-, principio que sólo puede modificarse por una sentencia condenatoria; se considera con rango constitucional el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso, estando pendiente dicha sentencia condenatoria.-

Ha de destacarse que, en primer término, opera el principio de inocencia de todo imputado mientras no sea declarado culpable y, en virtud de esa presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre el acusador, mientras que el encausado goza del beneficio de la duda. Con este panorama, no puede suponerse culpable hasta tanto no se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, razón por la cual mientras dure esta presunción de inocencia, el imputado tiene derecho a ser tratado de conformidad con este principio.-

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 causa "Nápoli, Érika E. y otros" del 22/12/1998 ha dicho: **"... que cuando el art. 18 CN 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...".-

También, nuestro más alto Tribunal, en la causa "Fiscal v. Vila" del 10/10/1996, 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 mesura 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 juzgada no la destruya declarando su responsabilidad penal" (Fallos 314:1091; JA 1991-IV-253).-

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL A PARTIR DE DISTINTOS FALLOS EMITIDOS POR LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

Como bien lo analiza Marcelo Solimine en su publicación de LA LEY 15-09-2004; a partir de los fallos dictados por la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa "Barbará, Rodrigo Ruy s/exención de prisión" del 10/11/2003 -que se inclina por un generoso modelo de libertad durante el proceso- y por la Sala VII de dicho Tribunal, en causa "Rodríguez, Lucas Marcelo s/excarcelación" del 05/12/2003 -que se ciñe a una interpretación tradicional de las normas del código-, se volvió a entablar una cruda discusión sobre el tema de la libertad durante el proceso penal, la que recrudeció con el tan polémico fallo "Chabán" dictado por la Sala V.-

A fin de lograr una mejor comprensión del criterio y de la discusión que instaló la Cámara del Crimen de esta Ciudad respecto a los límites del encarcelamiento preventivo, debe analizarse los distintos argumentos y consideraciones hechas por el Dr. Donna, integrante de la Sala I, al efectuar su voto en el fallo dictado con fecha 10/11/2003 en la C/Nº 21.143 **"Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión".-**

Así se destaca lo siguiente: ***"El estado de inocencia, entendido de esta manera, acompaña a la persona durante toda su vida (Art. 18 C.N. y Art. 14.2. PIDPC); luego las medidas de imposición y cautelares deben ser restrictivas y de acuerdo a los artículos antes mencionados. De estas ideas básicas se deduce que el estado normal de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es la libre locomoción (Art. 14 C.N.), por consecuencia, la privación de libertad será excepcional (Art. 280 C.P.P.N.)".-***

"La libertad del imputado sólo puede restringirse, de acuerdo a las normas constitucionales, cuando la libertad del imputado lleve a un peligro de la realización del proceso, o de la aplicación de la ley sustantiva. Y esto se da cuando el imputado obstaculice el proceso,

falsifique pruebas, no comparezca al proceso, de modo que, como se dijo, se eluda tanto el proceso previo, como la sentencia, que está amparado por la Constitución".-

"De todo ello se concluye que la privación de libertad sólo puede autorizarse cuando sea imprescindible, y por lo tanto, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa, en cuanto a los fines del proceso".-

"La coerción personal del imputado presupone la existencia de pruebas en su contra y la existencia de un peligro, que en caso de no imponerse la coerción, frustraría los fines del proceso. Estos requisitos son básicos para poder imponer la coerción personal. Así Roxin exige, como sus presupuestos materiales: 1) La sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible, esto es, debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad. 2) Debe existir un motivo específico de detención. Afirma que los motivos de detención son, en este sentido la fuga o peligro de fuga, que comprende, la situación de cuando el imputado está prófugo o se mantiene oculto; 2.2. Cuando exista la presunción de que el imputado no se someterá al procedimiento penal, ni a la ejecución. Se debe tener en cuenta la pena y la prueba en contra del imputado. 3) Peligro de entorpecimiento: 3.1. Que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba. 3.2. Influirá de manera desleal en coimputados, testigos o peritos. 3.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. Y todo ello si comporta un peligro de que se dificultara la investigación. 4. La gravedad del hecho. 5. El peligro de reiteración".-

"En síntesis, la prisión preventiva sólo se ha de imponer cuando exista peligro de la frustración del proceso".-

"En base a lo expuesto no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal cómo el codificador lo ha expresado de manera terminante en el Art. 316 C.P.P.N., expresión sin duda del origen de este código procesal. Si se quiere entender este código de manera armónica con las Convenciones de Derechos humanos, debe aceptarse que este artículo es

inconstitucional cuando sea interpretado iuris et de iure y por ende, sólo rige el Art. 319 C.P.P.N., en cuanto el tiempo de detención sea racional".-

"En esa dirección fue interpretado por el Sr. juez de grado el Art. 316 del C.P.P.N., por lo cual deviene inconstitucional su aplicación al caso concreto, toda vez que impuso la prisión preventiva del imputado sustentando su decisión exclusivamente en la calificación de los hechos que le fueron atribuidos al nombrado, los que a su criterio, impiden que el imputado transite el proceso en libertad".-

"De resultas de lo expuesto no es de aplicación el Art. 316 C.P.P.N., por estar en contra de lo normado por la Constitución Nacional, debiendo en el caso regirse por el Art. 319 C.P.P.N. En consecuencia de todo lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la interpretación del Art. 316 del C.P.P.N., revocándose la resolución apelada y la prisión preventiva dispuesta en los autos principales".-

Por otra parte y como contrapartida a lo sostenido en el fallo enunciado, la Sala VII de dicho Tribunal, en causa "Rodríguez, Lucas Marcelo s/excarcelación" del 05/12/2003, haciendo una interpretación tradicional del Código Procesal Penal de la Nación, sostuvo:

"La libertad, como todo otro bien jurídico de esta sociedad, no constituye un derecho absoluto. Se gozará de ella "conforme las leyes que reglamenten su ejercicio".-

"El instituto de la prisión preventiva constituye un límite a la libertad durante el transcurso de un proceso penal a fin de asegurar el sometimiento del incuso a la jurisdicción y de posibilitar la actuación de la Justicia".-

"Cabe poner de relieve que entre las situaciones de excepción al principio de libertad, reglamentadas en la ley procesal, se encuentran pautas objetivas y subjetivas, sin conculcar por ello la garantía referida. Estas pautas, que deben estar dotadas de objetividad y racionalidad a los fines de su legitimidad constitucional, consagran el carácter excepcional de la medida de cautela personal".-

"La existencia de una condena en cabeza del imputado, donde se unificaban las penas por dos ilícitos cometidos por el nombrado, también contra la propiedad, y el hecho de que al ser detenido

el encartado haya falseado sus datos personales (ofreció un domicilio inexistente), dan sustento a la medida de excepción impuesta”.-

“Es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la interpretación armónica del ordenamiento positivo, de modo de compatibilizar y no declararlas violatorias de los principios constitucionales si ellas no aparecen claramente repugnantes a ellos”.-

“En razón de los argumentos esgrimidos debe confirmarse el auto de procesamiento y rechazarse la inconstitucionalidad de la prisión preventiva”.-

Si se compara la línea argumental de los fallos enunciados, se advertirá con palmaria claridad que en Barbará, la Excma. Cámara del Crimen, ajustó su decisión a la totalidad de los distintos principios y garantías analizadas en el presente y que fueran puestas en el tapete, fundamentalmente por el voto del Dr. Donna, mientras que en el fallo Rodríguez ajustó su decisión a la posición tradicional y que guarda estrecha relación con una aplicación restrictiva de las normas del Código Procesal Penal de la Nación que, en muchos casos merecen serios cuestionamientos.-

El fallo dictado, a mediados del corriente año (13/05/2005) por la Sala V de la Cámara Criminal y Correccional de esta Ciudad y conocido como “fallo Chabán” y tan polémico porque guarda relación con libertad de uno de los principales responsables de la tragedia de diciembre del año pasado, ha encendido aún más la polémica, ya que también allí se reafirmó la postura, a la que llamo “**MODERNA**” y no porque lo sea, sino porque no fue la tradicionalmente empleada por la Cámara del Crimen quien, aún hoy, en un 90 % ajusta a sus decisiones de a la concepción que llamo “**TRADICIONAL**” y que no es otra que la que emana del fallo Rodríguez.-

En el decisorio mencionado, los Sres. Camaristas han dicho:
Dres. Garrigós de Rébora y Bruzzone:

“ Hemos sostenido en numerosos pronunciamientos que el principio rector para decidir privar, o no, a una persona de su libertad durante la tramitación del proceso penal es lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin. En esa etapa, la del juicio, es donde se decidirá

acerca de la culpabilidad o inocencia de un imputado y, consecuentemente, sobre su eventual condena o absolución producto de la sentencia que se debe dictar como conclusión.-

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

Las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal, la prisión preventiva, si se constatan objetivamente esos peligros. Como medida cautelar, a su vez, y sin perjuicio de su obvia similitud, no puede confundirse con la pena privativa de la libertad, en su fundamentación. Este es un valor que debe ser reafirmado en nuestro país, siendo un principio asentado y respetado en todo en la tradición jurídica de Occidente, que sólo en los supuestos estrictamente necesarios para neutralizar la posibilidad de fuga del imputado o de entorpecimiento de la investigación, corresponde encarcelar preventivamente, como lo establece el art. 280 CPPN... (1) y lo que en concordancia con él fija el art. 319 del mismo cuerpo legal.-

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

... No existe duda alguna que la libertad es uno de los derechos más preciados por el ser humano y el encierro la medida más drástica que el Estado puede imponer. Por ello, esa medida cautelar debe ser aplicada restrictivamente, tal como recomendó la ONU. a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, respecto del caso argentino el 10/12/2004, citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el mencionado fallo "Verbitsky" , en los siguientes términos: "... Considere revisar sus

prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional..." (consid. 50, 4 i).-

Entonces, sólo se puede considerar la imposición de esta medida como último recurso para asegurar la realización del juicio, cuando toda otra restricción resulte infructuosa para neutralizar los peligros procesales mencionados.-

Disidencia del Dr. Pociello Argerich:

" He sostenido en numerosos antecedentes que la amenaza de imposición de pena de efectivo cumplimiento resulta un elemento de gran relevancia para presumir, conforme a la experiencia recogida, que quien recupere su libertad intentará eludir el accionar de la justicia (causa 2587, "Pizarro, Sandro D. s/excarcelación", sala 5ª, rta. el 10/12/2004; causa 25604, "Rodriguez, Néstor F. s/excarcelación", sala 5ª, rta. el 12/11/2004, causa 25057, "Contigiani, Danile D. s/excarcelación", sala 5ª, rta. el 24/9/2004, entre muchos otros).-

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

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

No desconozco la doctrina sentada por mis distinguidísimos colegas en anteriores pronunciamientos, y aun cuando pudiera coincidir en muchos de sus presupuestos, no puedo".-

Como se advertirá, más allá de que en Dr. Pociello Argerich se

opuso a la libertad de Chabán, lo cierto es que fundó su postura en el peligro de que se fugara y no se sometiera al proceso, pero evidentemente compartió los argumentos expuestos por sus colegas, en cuanto a lo que ahora nos ocupa -libertad durante la tramitación del proceso-, principio que todos conocen y que todos comparten, pero que no todos están dispuestos a traducirlo en un pronunciamiento liberatorio, resultándole más seguro, a los fines de llegar a un pronunciamiento, el encarcelamiento preventivo, en estricta aplicación de las normas del Código Procesal Penal.-

En síntesis, tal como lo sostiene el Dr. Marcelo Solimine, del análisis de los fallos mencionados, puede extraerse lo siguiente:

- 1- La vigencia de principios generales que habilitan la existencia de una verdadera "teoría general de las medidas de coerción".-
- 2- La finalidad cautelar del encarcelamiento procesal -léase riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación- como único fundamento para la imposición de la prisión preventiva.-
- 3- La forma constitucional y legalmente admisible en que se puede tener por acreditado el riesgo procesal para habilitar con legitimidad el encarcelamiento preventivo.-

CAPITULO IV

EL INSTITUTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Teniendo en cuenta lo analizado en los capítulos anteriores, el principio rector de todo proceso penal, es la libertad y la excepción es la prisión preventiva.-

Indudablemente la prisión preventiva es una medida de coerción personal que debe imponerse con la única finalidad de asegurar el cumplimiento de la posible pena a recaer y que se prolongará hasta el dictado de la sentencia condenatoria, pudiendo cesar por la concesión del derecho de la excarcelación.-

Evidentemente el sentido jurídico de la prisión preventiva, es de tipo cautelar y tiene como finalidad impedir que el imputado eluda el accionar de la justicia y obstaculice la investigación o incumpla la eventual pena a imponer.-

Coerción personal

Según lo explica Maier la coerción personal representa el uso de la fuerza para limitar o cercenar la libertad. Cuando hablamos de coerción legítima que ejerce el Estado, nos referimos al uso de su poder, acordado por la ley que conculca o restringe determinadas libertades para lograr un fin determinado.-

La pena es el medio clásico de coerción del que dispone el derecho penal y el derecho procesal, ejemplo de ello es la prisión preventiva o privación de la libertad ambulatoria durante el trámite del proceso.-

Por lo tanto, *“la coerción procesal es la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo*

procedimiento: averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento. Por ello, es verdad que en el derecho procesal penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que obstaculice la averiguación de la verdad” (Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Bs. As., Editores del Puerto, 1995, página 514 y ss.).-

Para Cafferata Nores, quien sostiene que *“las medidas de coerción personal pueden recaer sobre derechos patrimoniales -como, por ejemplo, el secuestro que afecta el derecho de propiedad- o personales, -como por ejemplo, la prisión preventiva que restringe la libertad de locomoción-, da lugar a la tradicional distinción entre coerción real y coerción personal. La primera importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio (de una persona); la segunda es una limitación a la libertad física de la persona. Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar, al imputado o a terceros” (Cafferata Nores, José I., Medidas de Coerción en el Proceso Penal, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1993, página 17).-*

En síntesis las medidas de coerción personal evidencian una restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas antes de la sentencia firme y al sólo efecto de cautelar el correcto descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto y, son cautelares porque no tienen un fin en sí mismas, sino que tienden a evitar los peligros que puedan obstaculizar el avance y el fin del proceso, protegiendo de esa manera el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.-

Crítica al Instituto de la prisión preventiva

Uno de los precursores en la crítica a la prisión preventiva ha sido Pastor en un artículo publicado en 1993 en el que con claridad denunciaba la ilegitimidad del régimen de medidas de coerción -con el alcance que hasta ese momento le había atribuido la doctrina y la jurisprudencia- al referir que *"la sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en caso de recaer condena, intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. El Estado, para aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos...si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena esta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo previsto por el CPP no debe cumplir necesariamente función alguna en la neutralización de los peligros procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la prisión preventiva: basta el monto de la pena que se espera; los peligros procesales...se presumen (!). ¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas, sino, peor, sin admitir prueba en contrario, el peligro fuga? ¿Esa presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?"*. ("El encarcelamiento preventivo, en: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico", AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 50 y 55/56).-

En igual línea se enroló, Bovino, quien pone de resalto que *"la existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno. No basta, entonces, con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto, o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia - v.gr., la pena prevista legalmente- el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro*

que genera la necesidad de la medida de coerción". (conf. "El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos", publicado en "Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, págs. 144/145).-

Bruzzone, por su parte, critica en forma muy sostenida la interpretación que le da el carácter absoluto a la presunción de fuga estatuida por el legislador. Así sostuvo que *"determinar si una persona se va a fugar o si va a entorpecer la investigación de la justicia, es una cuestión de muy difícil constatación, pero que debemos evaluar frente a cada caso en particular y no solamente apelar a las reglas de los arts. 316 y 319 del C.P.P.N. que establecen mínimos y máximos como pautas objetivas para encarcelar y, en consecuencia, denegar excarcelaciones. La aplicación automática de las pautas del 316 no sólo contradice lo expresamente dispuesto en el art. 280 del C.P.P.N. sino que lesiona la previsión constitucional de presunción de inocencia y las pautas que de ella se derivan en punto a cuándo se puede detener preventivamente a una persona". (Bruzzone, "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal", en "La justicia penal hoy", AAVV, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000, p. 208).-*

En forma conteste se ha pronunciado Marcelo Solimine quien entiende que: *"el encarcelamiento preventivo presupone como 'conditio sine qua non' la real existencia de peligro procesal de que se frustren los fines del proceso. De no existir tal riesgo en el caso concreto, la privación de libertad se torna ilegal y, en tales condiciones, la presunción de fuga 'juris et de jure' resulta inconstitucional"* (Solimine, Marcelo, Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Ed. "Ad.Hoc").-

Así las cosas, es evidente que toda persona tiene derecho a la libertad personal y debe ser considerada inocente hasta que una sentencia firme lo haya declarado culpable, destruyendo de esa forma esa presunción de inocencia; su libertad, necesariamente, **solamente puede ser restringida de modo excepcional.**-

En consecuencia, resulta claro que las pautas para ordenar el encerramiento preventivo poseen carácter **relativo** y que deben ser tenidas en

cuenta para valorar la existencia de un peligro real de fuga, pero que resultan insuficientes por sí mismas para decidir si en el caso concreto concurre un peligro real para los fines del proceso.-

Consecuentemente, si pese a la expectativa de pena, a la vista de la situación particular que presenta el caso, concurren motivos para entender que el encarcelamiento no resulta necesario para asegurar la correcta actuación de la ley penal y que no es otro que el avance del proceso, **la privación de libertad resultará injustificada.** (conf. Informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH-, casos 11.205 y otros, Argentina, del 11 de marzo de 1997 en “*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*”, 1997, N° 7, págs. 969/980, punto 30).-

Supuestos en que procede la prisión preventiva según el Código Procesal Penal de la Nación

Como se ha dicho, la prisión preventiva, como medida de coerción personal del imputado, presupone, tal como lo sostiene Cafferata Nores, la existencia de suficientes indicios de cargo en su contra (*fumus boni iuris* o apariencia de derecho) y requiere además, la existencia de peligro de que se frustre el fin del proceso (*periculum in mora* o peligro en la demora), extremos que se erigen en *conditio sine qua non* para que exista prisión preventiva (Cafferata Nores, José I. , Medidas de Coerción en el Proceso Penal, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1993, página 234).-

El Código Procesal Penal de la Nación -ley 23.984-, separa el auto de procesamiento -como resolución de mérito-, del dictado de la prisión preventiva, debiendo ésta acompañar a aquél cuando corresponda. Así las cosas, el artículo 306 contempla los requisitos necesarios para el dictado de procesamiento, mientras que el artículo 312 nos indica en qué casos éste debe ir acompañado de la prisión preventiva.-

Sentado ello, el artículo 312 establece: ***“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:***

1º) 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.

2º) 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”.-

Como se advertirá, un simple análisis de la norma transcrita, nos permite afirmar que son dos las pautas a considerar para determinar si resulta procedente o no decretar la prisión preventiva:

a) cuando correspondiendo pena privativa de libertad, el juez "prima facie" estimare que no procederá condena de ejecución condicional (inciso 1º),

b) si se dan los supuestos del artículo 319 (inciso 2º); aclarándose que dicha medida queda excluida cuando el delito que se atribuye esté reprimido únicamente con pena de multa o inhabilitación, tal como se da con el artículo 270 del Código Penal.-

Interpretación del inciso 1º del artículo 312 del Código Procesal Penal de la Nación

En cuanto al origen de las previsiones contenidas en el artículo 312 inciso 1º, Vélez Mariconde señaló: “... **cuando en contra del imputado se dicta un auto de procesamiento por delito no reprimido con pena privativa de la libertad sino sólo con multa o inhabilitación, faltando entonces una condición esencial para ordenar la prisión preventiva, el juez puede disponer algunas restricciones preventivas que afectan la libertad de aquél**” (Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal”, T. II, Pág. 518, Ed. Lerner). -

Analizado el inciso en cuestión, se sostiene que al mismo se le puede dar dos interpretaciones, a saber: a) interpretación gramatical, b) interpretación lógica.-

a) Interpretación gramatical

Bajo esta interpretación, debería dictarse prisión preventiva en todo los casos en los cuales "prima facie" correspondiera pena de cumplimiento efectivo, sin perjuicio de que proceda el otorgamiento de libertad caucionada, por adecuarse el caso al primer supuesto del artículo 316, párrafo segundo, - menos de 8 años de pena máxima- y, de darse esta situación, deberá cumplirse con el régimen de cauciones que fijan los artículos 320 y concordantes.-

b) Interpretación lógica y armónica

Bajo esta interpretación, teniendo en cuenta que el instituto de la

prisión preventiva merece una interpretación armónica con el instituto de la excarcelación, puede sostenerse que sólo correspondería decretar la prisión preventiva en los casos en que no proceda la exención de prisión o la excarcelación.-

En ese sentido, en todos los casos donde proceda la libertad bajo caución, no deberán dictarse la prisión preventiva, quedando la situación regulada por las previsiones del artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación "auto de procesamiento sin prisión preventiva", el que por otra parte le otorga al juzgador imponer determinadas restricciones, pero no contemple cauciones de naturaleza económica.-

Al respecto, Daniel Pastor, ha afirmando que **"el imputado será sometido a encarcelamiento preventivo ilimitado siempre que el delito que se le atribuya tenga prevista una pena privativa de libertad superior a ocho años que no admita abstractamente condena de ejecución condicional o en suspenso"**(Pastor, Daniel, "El Encarcelamiento Preventivo en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", Ed. "El Puerto", 1993).-

Según la presente interpretación, en la que el artículo 312, inciso 1º debe analizarse armónicamente con el artículo 316, párrafo segundo, en todos los casos donde procede la exención de prisión o excarcelación, no procede la prisión preventiva y por carácter residual, el procesamiento debe ser sin prisión preventiva (artículo 310).-

Interpretación del inciso 2º del artículo 312 del Código Procesal Penal de la Nación

Indudablemente, el presente inciso le confiere al juez mayor amplitud al momento de decidir si impone o no la medida de coerción personal de la prisión preventiva, ya que lo habilita a estimar que de recaer condena, aunque ésta sea de suspendido cumplimiento, puede imponer prisión preventiva cuando verifica las previsiones a las que alude el artículo 319.-

Conocido es, que el ordenamiento de fondo contempla una gran

cantidad de normas cuya penalidad máxima no supera los tres años de prisión, razón por la cual, teniendo en cuenta lo establecido en el primer párrafo del artículo 26 del Código Penal, en los casos de primera condena, los Tribunales se encuentran facultados para imponer penas de cumplimiento en suspenso.-

Estas previsiones deben ser analizadas por el juzgador al momento de decidir, en el marco del inciso segundo del artículo 312 del Código Procesal Penal de la Nación, a la hora de evaluar la necesidad de imponer prisión preventiva, contrastándola con lo que alude el artículo 319 del mismo ordenamiento.-

Lamentablemente, la norma contenida en el art. 319, resulta extremadamente amplia y, por consiguiente genera interpretaciones disímiles, pero, a pesar de ello, ninguna duda cabe que se trata de un instrumento impeditivo que neutraliza la posibilidad de fuga o el entorpecimiento a descubrir la verdad.-

Resulta evidente entonces, que fue voluntad del legislador dotar al juez de la potestad reglamentaria para establecer en qué situaciones amerita la aplicación -excepcional- de la prisión preventiva durante la sustanciación del proceso.-

Interpretación del artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación

El artículo 319 establece: ***“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 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”***.-

Una simple lectura de la norma transcrita, permite afirmar que estamos en presencia de un precepto que restringe la soltura anticipada.-

Sin perjuicio de ello, de una interpretación literal de su contenido se infiere que resulta inaplicable cuando el imputado demuestre su intención de someterse a la justicia.-

Tal como se adelantara, son múltiples las variables contenidas en la norma. Se entiende que la primer pauta que dicha norma contiene: **“la objetiva y provisional valoración de las características del hecho”**, resulta ser, la más subjetiva, ya que en su marco, podrá evaluarse, la violencia desplegada por el agente, la cantidad de sujetos que participaron en el hecho, la peligrosidad evidenciada por el sujeto etc., para así imponer la medida de coerción personal o, en su caso denegar la excarcelación.-

“La posibilidad de declaración de reincidencia” es, a mi criterio, la pauta menos conflictiva, ya que obedece a una cuestión estrictamente contenida en el Código Penal (artículo 50), respecto del cual se ha dicho: **“La eventual declaración de reincidencia y la violación a los deberes emergentes de la libertad condicional, son pautas objetivas de valoración (art. 319 del C.P.P.) que impiden el otorgamiento del beneficio de la excarcelación”**. C.N.Crim. Sala V (Correc.) - Navarro, Filozof- (Correc. 3, sec. 60) c. 1.690 TAIBO, Angel F. 24/06/94.-

“Las condiciones personales del imputado”, también generan una gran gama de interpretaciones, debido a que a través de ella, puede meritarse, que tenga antecedentes, que no tenga domicilio verificable, que no tenga documentación, que sea extranjero y no tenga arraigo en el país etc., circunstancias que, en los hechos lleva a un sin número a un sin número de variables, no siempre acertadas.-

Sobre el particular, se ha dicho que **“... se ha interpretado que constituyen impedimentos las características de los hechos atribuidos ... y la circunstancia de haber tornado a delinquir luego de su primera excarcelación ...”** (cof. Guillermo Rafael Navarro - Roberto Raúl Daray, “Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial, T 2, p. 888, con cita de CCC, Sala V, LL, 2001 -E-847, jurisprud. Agrup. 15.999).-

Por otra parte, también se ha sostenido que el antecedente condenatorio que pudiere registrar y que conllevaría a que de resultar nuevamente condenado, la pena a imponer no será de suspendido

cumplimiento, ha sido considerado también como una hipótesis restrictiva en los términos del art. 319 de la ley adjetiva (conf. CCC, Sala de FERIA, ED, 180-166, citado en la obra de mención).-.-

Se ha sostenido, ***“Las reiteradas exenciones de prisión de que gozara el imputado, el haber brindado en varias ocasiones domicilios en los que no pudo ser habido y la declaración de rebeldía a su respecto, constituyen pautas objetivas suficientes para considerar que, en caso de recuperar su libertad el encausado intentará eludir la acción de la Justicia y entorpecer las investigaciones (art. 319, C.P.P.N.)”*** 19404-1 PISTONE, Ricardo A. 7/10/02 c. 19.404. C.N.Crim. y Correc. Sala I. Se citó: C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 18.518, "Quintela, Raúl A.", rta: 4/06/2002 y c. 17.264, "Felman, Ariel E.", rta: 7/11/2001. C.N.Crim. y Correc., "Espinoza Rimachi, Lino G.", rta: 19/3/1998; c. 8.770, "Juárez, M.", rta: 14/4/1998 y c. 8.771, "Foronda, Freddy ", rta: 17/4/1998.-

La posibilidad cierta de pena de prisión de efectivo cumplimiento, es suficiente para disponer la prisión preventiva en los términos del artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación?

Al respecto las posturas son disímiles y, para comprobarlo basta analizar los distintos votos del fallo “Chabán” -ya analizado- para advertir que las posturas son distintas.-

El Dr. Pociello Argerich, ex Fiscal en lo Criminal de Instrucción y actual integrante de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, es uno de quienes sostiene que ante la posibilidad cierta que de recaer condena de efectivo cumplimiento, el imputado, necesariamente intentará eludir el accionar de la justicia, siendo éste uno de sus argumentos para oponerse a la libertad de Chabán en el citado fallo, amén de valorar otras cuestiones que también eran de relevancia en aquél caso.-

Por su parte, indudablemente los Dres. Garrigós de Rébora y Bruzzone, quienes también la Sala que falló en el caso, opinan lo contrario, ya que dispusieron la libertad del nombrado en la tan polémica decisión.-

Al respecto, se señala lo sostenido por Maximiliano Hairabedian, quien refiriéndose al tema dijo: "El pronóstico de pena efectiva a que se refiere el art. 281 inc. 1 CPP. Córdoba es una presunción seria de peligrosidad procesal, pero no es un impedimento absoluto para que el imputado permanezca en libertad hasta la sentencia, si el fiscal o el juez están (o son) convencidos de que el perseguido penal no va a ser peligroso para los fines del proceso, incluso mediante la aplicación de medidas de coerción menos graves" (Hairabedian, Maximiliano, "El pronóstico de pena efectiva ¿siempre conduce a la prisión preventiva?", en Semanario Jurídico (Cba.), n. 1364, del 25/10/2001, ps. 524 y 525).-

Patricia Ziffer, destacó, "Una amenaza penal severa tampoco alcanza para relevar a los tribunales del deber de examinar la efectiva posibilidad de elusión de la justicia, so pretexto de que en esos supuestos la medida cautelar es impuesta por mandato legal. Si el principio de inocencia aún debe continuar conservando alguna vigencia real dentro del proceso penal, la prisión preventiva debe ser interpretada restrictivamente..., y nunca puede ser regulada como obligatoria, pues de otra forma se convierte en un adelantamiento de pena". (Ziffer, Patricia S., "Acerca de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo", en LL 2000-C-614).-

El fallo dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, nos brinda un panorama más claro al respecto, en tanto concluye que, "La ley no puede ser inteligida -a riesgo de incoherencia- como desprendida de la regla básica del art. 280, ni del principio de inocencia, ni del modo de interpretación de las disposiciones limitativas de la libertad personal a los que se subordina la restricciones del art. 319 ...". Si bien uno de los "...motivos más poderosos entre los que pueden inducir al imputado a intentar eludir la acción de justicia, es la gravedad de la amenaza de privación de libertad que se cierne sobre él, en virtud de la pena conminada para el delito que se atribuye... estas

conclusiones, que importan presunciones en el sentido de que el beneficiario intentará sustraerse a la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, deben ser razonables y tener sustento bastante... pues de lo contrario se transformarían en hipótesis irrefragables iuris et de iure aun en los casos -muy excepcionales, seguramente-, en que por sus especiales circunstancias sea posible invocar y demostrar que es posible descartar aquel riesgo procesal, sin cuya presencia carece de legitimidad la privación de libertad con fines cautelares" (C. Nac. Casación Penal, Sala 1ª, 14/12/2000, citado por Solimine, Marcelo, "Tratado..." cit., p 32).-

Sobre el particular, se concluye que el juzgador debe valorar cada caso en particular para resolver la cuestión, teniendo en cuenta, no sólo la penalidad prevista para el delito que se le atribuye, sino además otras circunstancias, como ser sociales, culturales y económicas, a fin de decidir acertadamente, si resulta necesario el encarcelamiento preventivo, aún cuando la penalidad prevista para el delito que se le imputa, excede en su mínimo los tres años de prisión.-

Auto de prisión preventiva en los distintos Códigos Procesales

En los viejos códigos de procedimientos, el auto de prisión preventiva cumplía la función de individualizar la imputación, mientras que en los nuevos se traduce en el auto de procesamiento.-

El auto de prisión preventiva, como restricción a la libertad ambulatoria, respecto de quien ha sido objeto del dictado de auto de procesamiento, puede producir un efecto reafirmatorio de la libertad que viene sufriendo o modificadorio de la libertad de la que gozaba. Cuando el auto de prisión preventiva tiene como única finalidad reafirmar la privación de libertad, desde lo práctico, no produce ninguna modificación, salvo respecto del tratamiento que se le debe proveer por su alojamiento en establecimientos carcelarios.-

No todo auto de procesamiento amerita la imposición de prisión preventiva, ya que el ordenamiento sustantivo prevé el dictado de éste sin esa medida de coerción personal (artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación).-

En ese sentido, para que proceda la prisión preventiva, en el marco del Código Procesal Penal de la Nación, tal como se analizara la penalidad máxima prevista para el o los delitos que se atribuyen a un imputado, no debe superar los ocho años de prisión ((primer supuesto artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación) o, superado dicho tope, cuando se estimare que de recaer condena, la eventual pena a imponer no será de cumplimiento efectivo (segundo supuesto artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación).-

“El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el procesamiento sin perjuicio de no hacerla efectiva si confirmare la excarcelación que le hubiere concedido antes: 1º) cuando el delito que se atribuye está reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de dos años (el Código de Mendoza eleva el tope a tres años); 2º) si ésta fuera inferior, en los casos previstos (como hipótesis de no excarcelación)...Cuando concurren varias infracciones, dicho máximo será establecido con arreglo a los artículos 55 y 56 del Código Penal” (artículo 309 del Código de Córdoba; artículo 308 del Código de Corrientes; artículo 307 del Código de Entre Ríos, etc.).-

El Código de Santa Fe se aparta de la fórmula transcrita en dos aspectos: con relación al dictado de la prisión preventiva en caso del mantenimiento de la libertad provisional ya concedida y con relación a la pena legalmente establecida para el o los delitos contemplados en el procesamiento.-

“El juez dispondrá la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento..., salvo que confirmare, en su caso, la libertad provisional que antes le hubiere concedido, siempre que corresponda al delito que se atribuye pena privativa de libertad, no alternativa con la de multa” (artículo 329).-

El Código de Neuquén establece: ***“cuando al delito o concurso de delitos corresponde pena privativa de libertad y no procediere la***

libertad caucionada, junto con el auto de procesamiento se decretará la prisión preventiva del imputado” (artículo 287).-

CAPITULO V

EL INSTITUTO DE LA EXCARCELACIÓN

Antecedentes históricos

Carta Magna Inglesa de 1215

“Art. 39 : ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de una sentencia judicial de sus pares y con arreglo a las leyes del reino”.-

Estatuto de Eduardo III de 1315

“Ningún hombre de cualquier Estado o condición será expulsado de sus tierras o viviendas, ni prendido ni encarcelado, ni desheredado, ni condenado a muerte sin someterle a un interrogatorio de acuerdo al debido proceso de ley”.-

Declaración de Derechos del Estado de Virginia

Apart. 8, última parte....”que nadie será privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”.-

Reglamento del 12 de octubre de 1812 (Junta Conservadora)

Art. 9: “El Poder Ejecutivo no podrá tener arrestado a ningún individuo en ningún caso mas de 48 horas, dentro de cuyo término deberá remitirlo al juez competente”.-

Decreto de Seguridad Individual del 234 de noviembre de 1811 (Triunvirato)

Art. 2: “ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba, al menos semiplena, o indicios vehementes”.-

Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-

Art. 7, inciso 1: “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.-

inciso 2: “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones

Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas “ (Digesto Práctico “La Ley” , Excarcelación, Eximición de Prisión, Prisión Preventiva, Ley 24.390, Opiniones Consultivas, Derecho Comparado, Primera Edición).-

La excarcelación en algunos Códigos Provinciales

El procedimiento de la excarcelación tiene como finalidad interrumpir o hacer cesar la privación de la libertad ambulatoria y no a impedirla como ocurre con la exención de prisión, ni a poner fin a la prisión preventiva como sucede en la cesación de ésta.-

Algunos ordenamientos, al regular el instituto de la excarcelación, enuncian como pautas de procedencia distintas hipótesis o supuestos mediante los cuales el derecho resulta factible.-

Mientras hay códigos que disponen la liberación provisional del detenido o sometido a prisión preventiva, “cuando el delito o los delitos que se le atribuyen estén reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo no excede de 6 años “ (art. 337 del Código de Santa Fe y art. 313 del Código de Entre Ríos).-

Otros códigos, fijan ese máximo en 8 años (art.. 314 del Código de Corrientes, art. 317 del Código de Mendoza y art. 316 del Código Procesal Penal de la Nación).-

La mayoría de estas leyes no contemplan regulaciones específicas sobre los casos de concurso -con lo que dan lugar a disímiles interpretaciones-, con excepción a la ley de Buenos Aires, que lo hace dejando de lado la sumatoria de penas dispuesta por el artículo 55 del Código Penal: “Tratándose de concurso delictual deberá también concederse cuando la pena prevista para el delito mas grave no sea superior a los ocho años de prisión o reclusión” (art. 1º, inc. a, ley 10.120).-

Otro motivo propio de la excarcelación es la previsión, que en cada caso, sin perjuicio de la pena asignada para el delito de que se trate, supere al enunciado como tope máximo para la procedencia de aquella y

cuando no obstante excede dicho límite sea posible el dictado de una condena condicional, o se estime “prima facie” que procederá condena de ejecución condicional (art. 337 del Código de Santa Fe; art. 313 del Código de Entre Ríos; art. 314 del Código de Corrientes; art. 291, inc. 1º del Código de Neuquén; art. 317 del Código de Mendoza, etc.).-

DISTINTAS HIPÓTESIS EXCARCELATORIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación

art. 316: “Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que esta 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 años de pena privativa de libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal. Si el juez fuere desconocido, el pedido podrá hacerse al juez de turno, quien determinará el juez interviniente y le remitirá si correspondiere, la solicitud”.-

art. 317: “La excarcelación podrá concederse: 1) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión. 2) 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 atribuya. 3) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada. 4) Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por

la sentencia no firme. 5) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios”.-

Como se advertirá, la norma que regula la excarcelación es la del artículo 317, el que, en su primer inciso se remite a las previsiones del artículo 316, por cierto, el más polémico.-

Distintas hipótesis contenidas en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación

Primer supuesto:

El primer precepto al que alude el segundo párrafo del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, establece que cuando el máximo de la escala penal aplicable en abstracto al caso, no supere los ocho años de pena privativa de la libertad, el derecho de la excarcelación resulta viable, sin que interese el modo de cumplimiento de la sanción que se habrá de aplicar en concreto, ni el tipo de pena con la que se conmina el delito imputado -prisión , reclusión o las dos al mismo tiempo-, ni el mínimo de la escala penal, ni los antecedentes del encausado.-

El segundo supuesto -cuando el máximo supere los 8 años- donde sí interesa el modo de cumplimiento de la posible pena, aparece una presunción de fuga que en principio resulta insuperable, salvo que las circunstancias del caso y las condiciones personales del imputado se pueda estimar procedente una condena condicional.-

La determinación de los 8 años como pena máxima a la que alude el primer supuesto contenido en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación se refiere al máximo de la escala penal aplicable al imputado en abstracto y permite sostener que la concesión del derecho se da cuando “prima facie”, haciendo un pronóstico de la pena aplicable al caso concreto correspondiera pena inferior a los 8 años.-

Así, los 8 años a que alude el artículo 316 del Código Procesal penal de la Nación no se refiere al monto de pena en concreto que le podría corresponder al imputado en caso de resultar condenado, sino q la pena máxima que abstractamente admite la ley penal, en relación con el delito incriminado.-

Al respecto la jurisprudencia ha dicho: ***“la sola circunstancia de que la norma establezca la necesidad de calificar el hecho y considerar el máximo de la pena divisible sugiere que alude a la penalidad en abstracto, pero lo que permite concluir que efectivamente es así, es verificar que de referir a una pena en concreto, nunca procedería la segunda hipótesis. En efecto, si el juez desechó la primera hipótesis, porque al imputado habría de corresponderle una pena en concreto superior a los ocho años, como podría no obstante considerar que procederá condena de ejecución condicional. Determina un absurdo, según el primer significado que los diccionarios otorgan a este término”.*** (C.C.C., C/Nº 19.502, “Castro”, del 2/9/2002).-

Cómo se establecen los ocho años, se aplican las reglas concursales?

De darse un caso la perpetración de varios ilícitos independientes, para fijar el tope de ocho años, deben aplicarse las reglas concursales, que impone para el caso de concurso real (artículo 55 del Código Penal) las sumas de los máximos de las hipótesis delictivas, encontrando como tope el superior de la especie de pena que nos ocupa, mientras que en concurso ideal queda excluido el cálculo debiéndose tomar el delito mas severamente penado (artículo 54 del Código Penal).-

Asimismo, en la determinación de esta escala, operan las reducciones previstas para la tentativa (artículo 42 del Código Penal), participación secundaria (artículo 44 del Código Penal), razón por la cual si una persona resulta partícipe secundario de un delito tentado, ambos topes se disminuirán doblemente.-

Al respecto, la Cámara Nacional de Casación Penal, con fecha 21/4/1995 dictó fallo Plenario en la causa “Villarino, M. “, en el cual se sostuvo que: **“la reducción de la pena en un supuesto de delito tentado cabe realizarse en un tercio del máximo, y en la mitad del mínimo de la pena correspondiente al delito consumado”**.-

Deben considerarse además, las agravantes y atenuantes aplicables al caso, inclusive las de naturaleza genérica como la prevista en el artículo 41 bis del Código Penal que refiere al uso de armas de fuego para la comisión de delitos, en su vinculación con el robo con armas, previsto por el artículo 166, inciso 2º del Código Penal .-

Debe considerarse si el imputado registra causas paralelas y aplicar entre todos los delitos que se investiguen las reglas del concurso real para establecer si se ha superado o no el tope de ocho años?

Tal como lo sostiene Marcelo Solimine, es opinión de Guillermo Ledesma que **“la situación jurídica del imputado se debe resolver apreciándola en su totalidad”**, opinión que es compartida por Guillermo Rafael Navarro, quien nos enseña que los artículos 55 y 58 del Código Penal exigen el cómputo de los procesos paralelos porque en definitiva deberán ser objeto de una única sentencia. (Solimine, Marcelo, Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Ed. “Ad.Hoc”). -

Sobre el particular, la jurisprudencia resulta contradictoria, ya que la Sala I de la Cámara Federal de Buenos Aires, en la C/Nº 27097, “Gil, C. s/procesamiento”, del 16/11/1995, no ponderó la situación global ,afirmando que **“el hecho que se imputaba en la causa no superaba en su máximo los ocho años de prisión, agregando que en virtud del principio de inocencia sentado en nuestra Carta Magna, del derecho a la libertad durante la sustanciación del proceso y de conformidad con lo sentado por el artículo 2º del Código de rito en cuanto a la interpretación restrictiva de toda disposición legal que coarte la libertad personal, corresponde evaluar**

únicamente los hechos pesquisados en la presente causa. Por su parte el Dr. Vigliani, afirmó: “discrepo con la decisión adoptada por la mayoría de esta Sala en tanto entiendo que la situación jurídica del imputado debe resolverse apreciándola en su totalidad, debiéndose tener en cuenta las otras causas que se le siguen”. (conf. LEDESMA, Guillermo: Exhibición de Prisión y Excarcelación, Lerner, 1981, pp. 63 y ss., y numerosos precedentes de éste tribunal, en su anterior integración, entre ellos, “Gorchs, A.”, rta. El 2/10/1984, por la Sala II).-

Comparten la postura del Dr. Vigliani los miembros de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa N° 2717, “Quijano, M.” rta. El 3173/1995.-

Al respecto, coincido con la opinión sostenida por el Dr. Marcelo Solimine, en cuanto la situación global de los distintos procesos que podría registrar un imputado no debe jugar papel alguno para encuadrar su situación en la primer hipótesis contenida en el segundo párrafo del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, pero sí valorarlo en el marco de los extremos a que alude el artículo 319 del mismo ordenamiento.-

Segundo supuesto:

Tal como lo sostiene Marcelo Solimine, Clariá Olmedo advertía sobre la existencia de distintos sistemas referidos a la concesión de la excarcelación cuando pudiere corresponder condena de ejecución en suspenso. (Solimine, Marcelo, Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Ed. “Ad.Hoc”).-

Sin ninguna duda, al analizar el segundo supuesto contenido en el artículo 316, párrafo segundo del Código Procesal Penal de la Nación resulta relevante el tipo de pena privativa de libertad con que se castiga el ilícito atribuido, el mínimo de escala penal aplicable en abstracto y los antecedentes del imputado.-

Cuando la norma dice, “si se estimare “prima facie” que procederá condena de ejecución condicional”, teniendo en cuenta que “prima facie” significa “a primera vista, aparentemente, lo que se advierte a simple

apreciación externa”, se refiere a que debe tratarse de establecer si esta es posible y probable.-

Julio De Olazábal clarificó la cuestión al decir “posible, es simplemente aquello que puede ocurrir mientras que probable es lo que dentro de lo posible se manifiesta como con mayores chances o alternativas de suceder. Decir que algo es posible implica meramente reconocer que no existe ninguna repugnancia para que suceda, que no es imposible; afirmar en cambio, dentro del campo del conocimiento que algo es probable, atiende a que ello se presenta en mayor o menor grado como cierto, que las razones existentes para su ser, son más fuertes que para no ser” (De Olazábal, “La Libertad del Imputado”, 1991, p. 109).-

La jurisprudencia respecto a esta última idea de probabilidad de condena en suspenso ha dicho “teniendo en cuenta la cantidad, gravedad y naturaleza de los hechos investigados y el perjuicio económico y funcional a una institución oficial, es manifiesto que no se dan en autos las condiciones que fundamentan la hipotética concesión de una condena de ejecución en suspenso (art. 26 C.P.), y como consecuencia, que no resulta aplicable la disposición procesal mencionada. Sala I, Secretaría Penal N° 1, Cámara Federal de San Martín, causa N° 1309, rta. El 23/11/1993).-

Del mismo modo, la Sala B de la Cámara en lo Penal Económico, en las causas “Sesto” del 1077/1997, y “Ruiz, A.” rta el 20/8/1997; así como la Sala Penal III de la Cámara Federal de la Plata, en la causa 927, “Gutiérrez” del 3/11/1998.-

También la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Mandaradoni”, del 2875/1999 indicando que **“la aplicación del régimen de la excarcelación en los casos regulados por los arts. 316, con remisión al art. 317, inc. 1º del C.P.P. impone hacer una apreciación o estimación sobre si a primera vista procederá condena de ejecución condicional, juicio que demanda tomar en cuenta las pautas de los arts. 26 y 41 del C.P., sin que ello vulnere la garantía de defensa en juicio”.-**

Análisis de los distintos supuestos contenidos en el artículo 317 del Código Procesal Penal de la Nación

a.- El inciso 1º remite a las previsiones del artículo anterior. Si la eventual condena fuera de cumplimiento efectivo, la excarcelación debe sujetarse a caución real (CCC, Sala VI, *D.J.*, 1998-1, pág. 667, f. 12677).-

En consecuencia, la excarcelación de un imputado procederá si pudiere corresponderle por el o por los hechos que se le atribuyen, una pena no superior a los ocho años de prisión. En esa dirección la soltura será viable sin condicionamiento o restricción, aún si fuera reincidente, salvo que se den las previsiones obstativas del artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación.-

Si la pena máxima superare dicho límite, habrá de valorarse si en el caso concreto, la eventual pena a recaer puede ser de ejecución condicional. Consecuentemente habrá de acudirse a las pautas que establecen los artículos 26 y 27 del Código Penal (pena mínima del delito, antecedentes condenatorios del imputado) y la posibilidad que el cumplimiento de la pena tenga aplicación práctica. Pero si el hecho no admitiere esa posibilidad, no puede acudirse a la valoración acerca de que el imputado no eludirá la acción de la justicia para su soltura (“mutatis mutandi”, T.O. N° 3, causa N° 132, “Budín, A.A.”, 18/4/95, respecto de un imputado de robo con armas cuyo deficitario estado de salud fue motivo de aquélla valoración; se revocó de oficio la excarcelación, por ser “contra legem”).-

Definitivamente al merituar la posible pena a recaer, ésta en abstracto, debe cuantificarse de conformidad con la participación del imputado en el hecho y su grado de comisión (arts. 42, 45 y ccdtes., del C.P.), por lo que de quedar en grado de conato se reducirá la pena en función del artículo 44 del Código Penal.-

b.- Si el imputado cumplió en detención o prisión preventiva la totalidad de la pena prevista para el o los delitos que se le atribuyen, su encarcelamiento se torna ilegal. Así, la inobservancia de lo prescripto por el inciso 2º haría incurrir al juez en una de las figuras de prisión preventiva ilegal reprimida por el artículo 270, Código Penal. Es que ha desaparecido todo interés en frustrar el juicio oral mediante la fuga, al par que se neutralizó el

propósito de impedir el desarrollo de la investigación, mira que entonces resultará inocua (Cám. 2ª Crim. Salta, J.A., 1980-III-380, f. 29657; CCC, J.A., 1977-III-634, f. 26830). Aquí la excarcelación correspondería a una falta de disposición legal expresa (Cafferata Nores, "Procedencia de la excarcelación por el tiempo de prisión preventiva sufrida aun a falta de norma procesal expresa", J.A., 1980-III-381). Es uno de los supuestos que compelen al Tribunal a proceder oficiosamente (art. 318, párrafo primero, primera oración). No proceden las restricciones previstas en el art. 319, del mismo modo que resultaría inaceptable "...trabar un embargo preventivo por una cantidad superior al monto de la deuda" (Cafferata Nores, *La excarcelación*, 1ª ed., pág. 141).-

c.- En cuanto a la hipótesis del inciso 3º, recién habrá de existir requerimiento fiscal propiciando una pena determinada en ocasión de formularse las conclusiones finales por el Ministerio Público ante la Cámara (artículo 393, párrafo primero, primera oración), momento en el cual se completa la acusación comenzada al impeler la elevación a juicio en los términos del artículo 346, párrafo segundo. Por eso, virtualmente, carece de operatividad.-

Sostiene Almeyra **"...que la falta de adecuación puede provenir no sólo de un requerimiento extremadamente injusto por lo exagerado, sino también de un supuesto de signo inverso, e incluso de una hipótesis que no necesariamente tenga que ver con la forma en que el órgano requirente individualiza el límite de su pretensión..."** (Cafferata Nores, *La excarcelación*, 2ª ED., págs. 139 y 140). Por eso la demora en elevar la causa a juicio no puede prolongar la privación de libertad del imputado, pues dicha restricción sólo tiende a asegurar el resultado de la investigación (CNPE, Sala de feria, L.L., del 23/II/1998, f. 96664).-

El cómputo se efectúa de acuerdo al artículo 24, Código Penal; se destaca el acierto de haber incluido a la detención (Almeyra en Cafferata Nores, *La excarcelación*, 2ª ED., pág. 141). En realidad es una causal propia del sistema escrito para evitar la prolongación del encierro cuando media un pedido fiscal de pena y la decisión final demandará un lapso prolongado. En

vez ***"...en el sistema de enjuiciamiento mixto, también conocido como de juicio oral...esta hipótesis pierde mucho de virtualidad a poco que reparemos en el momento procesal establecido para que el Ministerio Fiscal pida pena, el cual no es otro que el de la discusión final..."*** (Chiara Díaz en Cafferata Nores, *La excarcelación*, 2ª ED., pág. 411).-

Como se advertirá, la hipótesis planteada en el presente inciso tienen escasa aplicación práctica, ya que el pedido de pena efectuado por la Vindicta Pública sólo aparece en la oportunidad del artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, en el inmediato momento previo al de la sentencia, razón por la cual, dicha alternativa de soltura se reduce a minutos.-

d.- Al igual que en el caso del inciso anterior, en el 4º tampoco rigen las restricciones del artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación, circunstancia que también lo convierte en un supuesto de excarcelación privilegiada. La sentencia de mérito impugnada no adquiere firmeza debido al carácter suspensivo del recurso (artículo 442 del Código Procesal Penal de la Nación). Si el imputado se encuentra privado de libertad y la casación prospera, resultará aplicable el artículo 473 del Código Procesal Penal de la Nación.-

e.- El inciso 5º impone realizar la estimación teniendo en cuenta el encuadre jurídico efectuado en el auto de procesamiento (art. 306) o en la requisitoria de elevación a juicio (art. 347, párrafo segundo), según el momento en que se solicite. Únicamente procede durante el juicio cuando se integró la acusación (ver comentario al inc. 3º) y se encuentre cubierto el recaudo del art. 13, párrafo primero, CP. En efecto: en esa ocasión recién podrá efectuarse una estimación que haga viable la libertad anticipada conforme a la citada disposición de la ley sustancial. La CCC, frente a similar exigencia de leyes anteriores, había resuelto que el imputado debía ser sometido a las condiciones establecidas en el art. 13, CP, en la medida que resulten compatibles con su situación jurídica; la vigilancia de su comportamiento corresponde al Patronato de Liberados en la ciudad de Buenos Aires, (*Fallos*, 2da. serie, t. I, pág. 161; ver ahora art. 174, ley 24660). Si se dispusiera el ulterior cumplimiento de la pena no se computará el tiempo

de la soltura (CCC, *id.*, t. I, pág. 161; CF Cap., J.A., 1981-III índice, pág. 76). Desde luego que la inobservancia de los reglamentos del instituto en que se encuentra alojado el interesado justifica la denegatoria de la excarcelación (CCC, Sala V, c. 8360, del 29/X/1976). Los excarcelados en virtud de este precepto no deben ser sometidos a encierro mientras tramita su libertad condicional o se completan los recaudos a los mismos fines: las condiciones de contralor (residencia, inspección y patronato) y las de conducta (abstención de bebidas alcohólicas, medios legítimos de subsistencia y abstención de delitos) se cumplen mientras permanecen excarcelados (CCC, en pleno, J.A., 23-1974, pág. 33, f. 23266). Aun cuando la libertad provisoria se hubiese obtenido por otro motivo, dictada la condena y siempre que pueda obtenerse la libertad condicional, resultaría inícuo encarcelar al imputado al solo efecto de tramitarla (CCC, *Fallos*, 2da. serie, t. II, pág. 162). No cabe aplicar analógicamente la ley 24660 -ejecución penal- en cuanto permite otorgar la libertad a quien cumplió en detención o prisión preventiva la pena que le habilitaría obtener la libertad asistida a procesados, pues está expresamente prohibido por su art. 11 (TOC nro. 2, *D.J.*, 1999-1, pág. 1045, f. 14029).-

Por otra parte, de mediar procesos paralelos habrán de ser tenidos en cuenta si mediere procesamiento del imputado en ellos, para pronosticar cual será el monto de la eventual pena única a recaer, para luego establecer si el lapso cumplido en detención o en prisión preventiva resulta suficiente a la luz del artículo 13 del Código Penal (T.O. N° 2, causa n° 141 “Giménez, F.”, 18/8/93).-

Crítica al Instituto de la excarcelación

Destaco que la forma rígida de las normas procesales contenidas en los artículos 316 y 317 del ritual, más allá de resultar contraria a las disposiciones de los tratados internacionales precitados a lo largo del presente, tienden a establecer el encarcelamiento del justiciable durante todo el proceso, permitiendo abrigar la duda respecto de si realmente los motivos que les dan

fundamento residen en el peligro de fuga o si, por el contrario, **fincan en la gravedad del ilícito que se pretende reprimir mediante la imposición de una pena anticipada.-**

El sistema cargado de tintes extra-procesales va en desmedro de lo único que resulta de importancia para la resolución de la cuestión: que, por tratarse de pautas objetivas relativas, el análisis se debe efectuar necesariamente en dos fases, la primera, atendiendo a la eventual magnitud de la pena y, la segunda, tomando en consideración las condiciones personales del imputado, de modo tal que, del conjunto de circunstancias, resulte una hipótesis razonable acerca de la posible frustración de los fines del proceso.-

Luego de transitar por los distintos carriles relacionados con la valoración de las pautas abrazando con rigidez y absolutismo a las denominadas “pautas objetivas”, la Corte Suprema de la Nación ha adoptado la tesis que adjudica **carácter relativo** a las mismas. (C.S.J.N., causa "Gotelli", Fallos 316:1934).-

En el fallo citado, lo destacado es lo votado por la minoría, integrada por los jueces Boggiano y Nazareno que postularon la liberación del imputado por la confrontación directa de la primera parte de una disposición de similares características a la primera regla del actual artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación con las garantías constitucionales involucradas.-

Así las cosas, luego de reiterar la doctrina que encuentra razonable la reglamentación del derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso que efectúan las normas que regulan la exención de prisión y la excarcelación, se aclaró que: ***“Sin embargo, dicha reglamentación puede perder ese carácter si su aplicación automática -en supuestos de extrema excepción- destruye el delicado equilibrio entre el interés individual y el interés general que la Corte procura mantener en tan trascendente materia. Y ello ocurrirá cuando la detención cautelar no encuentre -en tan excepcionalísimos casos- respaldo en la estricta necesidad de asegurar la consecución de los fines del proceso penal: averiguación de la verdad real y efectiva aplicación de la pena que pudiere corresponder al delincuente”.-***

Esta línea de pensamiento, inédita hasta ese año 1993 en la jurisprudencia del Alto Tribunal, constituye un hito donde se asienta el

parámetro al que debe ajustarse el análisis de los casos concretos. De conformidad con la misma, las denominadas *“pautas objetivas”* **no serán aplicadas cuando del análisis del caso concreto se concluya que no existe peligro de que afecten los fines del proceso. Vale decir que las mentadas pautas poseen carácter relativo pues deben ceder ante la ausencia de peligro de fuga o entorpecimiento.**-

Es cierto que la posición expuesta, no es mayoría, pero, tal como se adelantara se va abriendo paso y, como prueba de ello, cito algunos fallos y votos que así lo corroboran:

Lo resuelto por el Juez Magariños al votar en minoría en el caso "Villadóniga" (Tribunal Oral en lo Criminal N° 23, c. 123, rta. 12/4/95. Cf., *“Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”*, AD-HOC, Buenos Aires, 1998, N° 8-B, págs. 358/371). De igual forma, la mayoría integrada por los Dres. Hendler y Repetto de la Sala “A” de la Cámara Penal Económico, al resolver en el caso “Zubieta” (C.N.P.E., rta. 30/4/96, Conf. LA LEY, 1996-D, pp. 495/500. Este fallo es comentado por Superti en *“La peligrosidad procesal y la libertad del imputado”*, con manifiesta adhesión a la posición de la mayoría; L.L., cit., págs. 495/500).-

Luego de lo expuesto, debo necesariamente citar el fallo **“Vicario”, dictado por Tribunal en lo Penal Económico N° 3, en noviembre del año 1999**, ya que éste, nos enseña que de acuerdo a la normativa vigente, el análisis de la privación de la libertad durante el proceso, debe ajustarse a las siguientes pautas:

- 1.- La norma contenida en el artículo 280 es la regla general del sistema: la libertad personal sólo podrá verse afectada si se encuentran en riesgo los fines del proceso.-
- 2.- Atento la remisión que el propio artículo 280 del ritual efectúa a las *“disposiciones de este código”* el resguardo de tales fines se vería a cubierto con el mantenimiento de la prisión preventiva, a) en los casos previstos en el artículo 319 y b) en caso de que concurren las condiciones objetivas previstas en los artículos 316 y 317, inciso 1º.-
- 3.- Sin embargo, en este último supuesto *“la ley no puede ser inteligida -a riesgo de incoherencia- como desprendida de la regla básica del artículo 280 recordado, ni del principio de inocencia, ni del modo de interpretación de las*

disposiciones limitativas de la libertad personal a los que subordina las 'restricciones' el artículo 319" (otra vez, la presunción razonable de que concurren los peligros de fuga o entorpecimiento).-

4.- Por tanto, si bien la denominada "amenaza penal" constituye uno de los motivos más poderosos que podrían inducir al imputado a intentar eludir la acción de la justicia, las presunciones que se formulen en ese sentido "deben ser razonables y tener sustento bastante".-

5.- En consecuencia, si se entendiera que las presunciones legales constituyen "*hipótesis irrefragables -iuris et de iure-*" no resultaría factible aplicarles los calificativos enunciados en el punto anterior -que se trata de presunciones razonables y con sustento bastante- al menos en los "*casos -muy excepcionales seguramente- en que por sus especiales circunstancias sea posible invocar y demostrar que es posible descartar aquel riesgo procesal-*".-

6.- Por lo que se debe concluir que la privación de libertad con fines cautelares carece de legitimación si en el caso concreto no se verifica la concurrencia de riesgo procesal.-

Concluye el fallo, poniendo de resalto el hecho de que Vicario permanecía en prisión solamente porque el Tribunal Penal Económico simplemente se había sujetado a la calificación legal adoptada en el requerimiento de elevación a juicio y había entendido que "*por imperio de una presunción legal irrefragable, la libertad bajo caución es improcedente*". Mas el Alto Tribunal dijo al respecto que "*No es ese, según se ha visto, el método que debió presidir el examen del caso, sobre todo teniendo en cuenta sus particulares características, que se han encargado de definir de manera inmejorable los representantes del Ministerio Público Fiscal-*".-

La postura crítica de Maier

Aunque Maier nunca llegó a oponerse abiertamente a la posibilidad de que el legislador regulara la privación de libertad durante el proceso mediante pautas objetivas obligatorias, su prédica permanente -tanto en la cátedra como a través de sus publicaciones- contra los delitos

inexcarcelables por la naturaleza del delito así como su énfasis para remarcar que el encarcelamiento preventivo es una medida excepcional y que los únicos motivos que podrían justificarlo son los estrictamente procesales, resultó determinante para la comprensión actual del problema por parte de una nueva generación de autores, surgida en su mayoría de la Universidad de Buenos Aires, que en forma prácticamente uniforme opina que las pautas objetivas, o bien deberían desaparecer, o bien deberían ser entendidas como relativas pues ésa es la única forma de hacerlas compatibles con la Constitución Nacional.-

No dejo de advertir que la afirmación referida a la posición adoptada por Maier en relación a las pautas objetivas fundadas en la expectativa de pena podría ser objetada a partir de una interpretación posible de las diversas reflexiones formuladas por este autor a la hora de explicar la relación entre el principio de inocencia y la coerción procesal.-

Efectivamente, Maier puntualiza que "la posibilidad jurídica de encarcelar preventivamente, en nuestro derecho, queda reducida a casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue y, aún dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado. Estamos en presencia de uno de estos casos, con evidencia, cuando es posible fundar racionalmente que el imputado con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual (peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria); para evitar esos peligros es admisible encarcelar preventivamente, siempre y cuando la misma seguridad, en el caso concreto, no pueda ser alcanzada racionalmente por otro medio menos gravoso".-

Si a esta necesidad de fundar racionalmente el peligro de fuga o entorpecimiento en el caso concreto, se le suma la observación que formula a renglón seguido, según la cual "la decisión de encarcelar preventivamente debe fundar, por una parte, la probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible, y, por otra, la existencia o bien del peligro de fuga, o bien del peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria. Tan sólo en esos casos se justifica la privación de libertad del imputado. Las leyes procesales

argentinas, equivocadamente, aluden al peligro de fuga sólo para regular diversas posibilidades que se presentan en relación a la libertad caucionada, sustitutiva del encarcelamiento preventivo, en lugar de aludir a él como uno de los fundamentos necesarios del encarcelamiento preventivo.-

Esta percepción, a su vez, se vería confirmada por la siguiente reflexión: ***"De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él no puede ser regulado como obligatorio, tal como, en principio, sucede en la legislación argentina. En efecto, ella procede a prescribir el encarcelamiento preventivo, al menos para los casos en que se impute un delito amenazado con pena privativa de libertad (por ej., CPCrim. Nacional (1889) , 366; CPP Salta, 312). Los códigos que limitan esta previsión, acudiendo al remedio de condicionarla, al exigir cierta gravedad de la pena privativa de libertad amenazada ...; sólo restringen la aplicabilidad del mismo principio, pero, de manera idéntica, parten de él al estructurar esta medida de coerción. La situación empeora tangiblemente cuando las leyes procesales penales recurren a prohibir la libertad caucionada, impidiendo la eficacia de los remedios que las leyes prevén para evitar o hacer cesar el encarcelamiento preventivo y reemplazarlo por una medida más benigna, no privativa de libertad; es el caso de los llamados delitos no excarcelables, a cuyo respecto queda previsto el encarcelamiento preventivo obligatorio durante todo el procedimiento y hasta la sentencia, no bien se juzgue que el imputado es, probablemente, partícipe en un hecho punible".-***

Sin embargo, si se analiza su obra en conjunto, es factible concluir que los delitos no excarcelables que Maier reprueba no son aquellos que son motivo central de este comentario, sino aquellos regulados en función de la naturaleza del delito que se pretende reprimir. Ello se advierte, primero, a partir del ejemplo que presenta para mostrar un caso concreto de delitos de esa categoría, el art. 46 de la ley 18.670, que precisamente había sido criticado por él en La privación de la libertad en el proceso penal y la Constitución Nacional y que establecía que ***"los imputados por delitos a que se refiere la presente ley permanecerán detenidos durante la sustanciación del proceso"***, lo que indicaba claramente que en ese supuesto la prisión pretendía actuar como pena anticipada; en segundo lugar, por los autores que cita en

apoyo de su tesis en particular, Zaffaroni y Hendler, respecto de los cuales remite a los artículos citados en la nota 13, en los que, como ya se explicó, la crítica estaba dirigida específicamente a esta otra clase de delitos no excarcelables y, por último, en la ausencia de objeciones expresas a la doctrina de la Corte en el caso "Todres", cuyo comentario había efectuado en La privación de la libertad en el proceso penal y el recurso de inconstitucionalidad nacional.-

Esto no debe ser entendido, empero, como un modo de apoyo a esta forma de reglamentación sino, posiblemente, como un signo de indiferencia hacia un modelo de regulación ajeno a sus convicciones. En efecto, para Maier el encarcelamiento preventivo, para ser compatible con la Constitución, debería transitar un carril completamente distinto al que por lo general han seguido las leyes procesales del país, mediante un esquema que atienda a las siguientes líneas: 1) no debe ser regulado como obligatorio; 2) solamente debe ser ordenado cuando simultáneamente exista mérito sustantivo y se pueda fundar razonablemente una probable afectación de los fines del proceso; 3) el peligro de fuga o entorpecimiento deberá ser fundado por el juez de acuerdo a las circunstancias especiales que presenta el caso concreto, debiéndose prestar particular atención no sólo a la pena que se espera en concreto sino al arraigo del imputado en el país; 4) la prisión preventiva no deberá dictarse si el peligro puede ser evitado por una medida alternativa menos grave y 5) deberá cesar cuando no subsistan los motivos que la justificaron o transcurra un plazo determinado.-

La postura expuesta, es la base de su proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1986, arts. 196/213 y en el Código Procesal de Chubut, arts. 99/118 y ése ha sido el modelo que, con diferencia de matices, fundados en la distinta apreciación acerca de si es preferible mantener los criterios objetivos atribuyéndole carácter relativo o, si por el contrario, es mejor, a la manera en que lo propone Maier, dejar de lado toda pauta objetiva, ha servido de guía para la doctrina posterior. (Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Bs. As., Editores del Puerto). -

CAPITULO VI

LIBERTAD CAUCIONADA

Objeto de las cauciones:

Las cauciones tienen como objeto asegurar el cumplimiento que imponga el juez al imputado en el auto que decreta su soltura, las que, de no ser acatadas provocarán que aquéllas caduquen y se hagan efectivas. Las cauciones, en el contexto del instituto de la excarcelación se orientan a que el imputado esté siempre a disposición del juzgado, que cumpla con las obligaciones impuestas y que permita la actuación de la ley penal.-

El objeto de las cauciones es el de garantizar la comparecencia del imputado a cada llamado del Tribunal y la sujeción a una eventual sentencia condenatoria, razón por la cual su imposición no debe ir más allá de la esfera de la seguridad social y entrar en el ámbito privado del imputado.-

Evidentemente, no tiene por finalidad obrar como un freno para que el liberado no cometa nuevos hechos ilícitos hasta el momento del juicio y mucho menos asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la comisión del delito, ni el pago de las costas, ni la eventual pena de multa que pudiera aplicarse, ya que éstas podrán lograrse a través de otras herramientas jurídicas contempladas en el ordenamiento tales como, embargo y secuestro.-

Tipo de cauciones

Las cauciones contempladas en el ordenamiento de forma son: caución juratoria, caución real y caución personal.-

Caución juratoria:

La llamada caución juratoria, no es en sí una caución en sentido propio, ya que se trata de una simple promesa jurada, mientras que las

verdaderas cauciones son la personal y la real.-

La caución juratoria en algunos casos procede sin opciones, es decir, que el imputado puede requerir que su libertad se supedite a la simple promesa jurada excluyendo las otras modalidades. Las hipótesis son prácticamente las mismas en todas las leyes procesales: cuando se pueda prever que procederá condena de ejecución condicional; cuando aún sin poderse formular dicha previsión, el estado de pobreza del imputado convierte en imposible la prestación de las otras cauciones.-

Caución personal:

La caución personal se constituirá por el afianzamiento por un tercero que se compromete a pagar la suma fijada por el juez, en caso de que el liberado no dé cumplimiento estricto con las obligaciones preimpuestas.-

En ese sentido, se sostiene que la fianza consistirá en la obligación que el imputado asume junto a uno o más fiadores de pagar la suma que el juez fije, en caso de incumplimiento de las obligaciones procesales. Esta garantía funciona mientras dure el cumplimiento del imputado, siendo su ejecución subsidiaria y depende únicamente del incumplimiento por parte del imputado de las disposiciones impuestas en el auto de soltura.-

Podrá ser fiador quien tenga capacidad para contratar y reúna las condiciones de solvencia necesarias, razón por la cual al momento de determinarla debe estarse a lo prescripto en los artículos 2011 y 1160 del Código Civil, mientras que en lo atinente a la solvencia del fiador, se trata de una cuestión de hecho que el juez deberá verificar en cada caso.-

Caución real:

La caución real consiste en el depósito de dinero, fondos públicos o valores cotizables, u otorgando hipotecas por el importe que el juez previamente determine. Dichos fondos o valores depositados quedarán sometidos al cumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado, y pueden ser ejecutados ante su incumplimiento.-

Indudablemente se trata del tipo de caución mas gravoso, en

cuanto supedita la libertad otorgada por la vía del instituto de la excarcelación al pago o depósito del monto prefijado.-

Sin perjuicio de ello, la facultad de imponer cauciones como las de éste tipo, es discrecional del juez sin que signifique arbitrariedad, dependiendo únicamente a la naturaleza del delito, peligrosidad del imputado y capacidad económica.-

Cómo y en cuánto deben fijarse los montos en las cauciones personal y real

El Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 320 establece: ***“La exención de prisión o la excarcelación se concederá, según el caso, bajo caución juratoria, personal o real. La caución tendrá por exclusivo objeto asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se le impongan y las órdenes del tribunal, y en su caso, que se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria. El juez determinará la caución de modo que constituya un motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones. Queda absolutamente prohibido fijar una caución de imposible cumplimiento para el imputado, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho atribuido y su personalidad moral”***.-

Como se advertirá la propia norma establece la finalidad de la caución, la forma de fijarla y la prohibición expresa de fijar cauciones que no puedan ser cumplidas.-

Una caución excesiva para el imputado, transgrede el derecho de igualdad ante la ley (art. 16 CN.), ya le impide el acceso al derecho otorgado por carecer de medios económicos suficientes.-

La inobservancia de las previsiones del artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación prodría provocar:

- a) torna ilusorio el derecho a la libertad acordado;
- b) encubiertamente persigue como fin vedar el acceso a la libertad personal; y

c) vulnerar el principio de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75 inc. 22 CN. y 7.5 CADH. y 9.3 PDCP.), ya que la efectivización de la soltura concedida queda supeditada al tenor del patrimonio del enjuiciado.-

Para estipular el tipo de caución a imponer: **"...el tribunal debe hacer estimaciones de diversa índole, objetivas y subjetivas, para ubicar el caso concreto conforme a la finalidad coercitiva..."; que "...la libertad... debe quedar racionalmente condicionada..."; que la libertad bajo caución juratoria "...se otorga cuando el riesgo de incumplimiento de la promesa es menor, quedando incluido el pobre como regla... para que no incida el factor económico..."** (Clariá Olmedo, Jorge A., "Derecho Procesal Penal", t. II, actualizado por Carlos A. Chiara Díaz, 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 379/380).-

La doctrina, también se apoya en esta postura así se dijo: **"El juez debe determinar en cada caso el tipo de caución a imponer, de modo que constituya un motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones; por ello, la imposibilidad económica del imputado para hacer frente a una caución real, revestiría el carácter de una verdadera pena anticipada, por ello corresponde revisar cada caso particular, para poder aplicar en concreto otro tipo de caución de efectivo cumplimiento"** (Ábalos, Raúl W., "Código Procesal Penal de la Nación", 1994, Ed. Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, p. 735); **"... la caución fijada no puede resultar de ilusorio cumplimiento, por lo que ante la imposibilidad real de pago, la jurisprudencia suele decretar su disminución o sustitución"** (Gurruchuga, Hugo D., "Excarcelación y exención de prisión", Ed. Forense, p. 186).-

CAPITULO VII

CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado los distintos supuestos en que resulta procedente la aplicación de prisión preventiva y las distintas hipótesis en que procede la excarcelación, puede afirmarse que ésta -excarcelación- procede en más casos que la prisión preventiva, circunstancia fácilmente verificable con el análisis de las distintas situaciones previstas en los artículos 316, párrafo segundo y 312 inciso primero.-

Es claro y evidente que cuando se aplica el artículo 310 -auto de procesamiento sin prisión preventiva-, es porque en el caso no se dan ninguna de las previsiones que contiene el artículo 312 -prisión preventiva- y, teniendo en cuenta lo que aquél establece: "Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del art. 312, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado", indudablemente ésto debe hacerse, sin perjuicio de que el juez podrá disponer ciertas obligaciones (artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación).-

Tal como lo sostiene Marcelo Solimine, en relación al origen de la norma que contiene el art. 312, inc. 1º, Vélez Mariconde afirmaba que cuando en contra del imputado se dicta un auto de procesamiento por delito no reprimido con pena privativa de la libertad sino sólo con multa o inhabilitación, faltando entonces una condición esencial para ordenar la prisión preventiva, el juez puede disponer algunas restricciones preventivas que afectan la libertad de aquél. (Solimine, Marcelo, Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Ed. "Ad.Hoc").-

Así las cosas, en el marco de aplicación del artículo 310 -auto de procesamiento sin prisión preventiva-, el juez puede imponer como medidas de coerción, ciertas obligaciones de hacer o de no hacer, pero no imponer cauciones de naturaleza económica (personal o real), porque éstas operan únicamente en materia de excarcelación (arts. 320, 322 y 324).-

De este modo, si a un imputado se le concedió antes de su procesamiento la exención de prisión o excarcelación bajo una caución de naturaleza económica -personal o real- y luego al ser procesado, se dispone su procesamiento "**sin prisión preventiva**", su libertad debe, como lo sostiene

mayoritariamente la jurisprudencia, quedar condicionada a las restricciones del art. 310, y no a la satisfacción de alguna caución de naturaleza económica..-

Como se señalara al plantear el problema, la situación evidenciada, constituye una incongruencia, ya que tal como lo señala Marcelo Solimine, se llega al absurdo de tornar abstractas las cauciones económicas impuestas al momento de conceder la exención de prisión o la excarcelación, justo en el momento en el que se avanza en el proceso en sentido inculpativo, decretando el procesamiento.-

Esta incongruencia no existía en el Proyecto Levene -pues la exención de prisión o excarcelación sólo procedía bajo caución juratoria-, siendo la incorporación de las cauciones de naturaleza económica las que generaron el problema. (Solimine, Marcelo, Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Ed. "Ad.Hoc").-

Es claro y evidente, que al decretarse el procesamiento, no corresponde imponer prisión preventiva, cuando la libertad concedida bajo caución no se hizo efectiva por la falta de satisfacción de la caución, pero qué debe hacerse entonces?

Teniendo en cuenta la opinión mayoritaria de la jurisprudencia el instituto del art. 310, es el que debe aplicarse y por consiguiente poner al imputado en libertad, sin tener en cuenta que sólo algunos días antes entendió que los fines del proceso, en el caso, se garantizaba con una caución de tipo económico.-

Ahora bien, si el procesamiento con prisión preventiva, procede cuando "prima facie" no resulta viable aplicar pena de cumplimiento en suspenso y siempre que la situación de justiciable no encuadre en el primer supuesto del art. 316, párrafo segundo, del Código Procesal Penal (escala penal cuyo máximo no supere los 8 años) y cuando se dan los extremos a que alude el artículo 319 del Cód. Procesal Penal y; el procesamiento sin prisión preventiva, procede en todos los supuestos en que el delito no tenga prevista pena privativa de libertad y en aquellos casos reprimidos con pena privativa de libertad, en los que sea previsible la imposición de pena de aplicación en

suspensio (sea que encuadre su situación en el primer o segundo supuesto del art. 316, párrafo segundo y si no se dan los extremos a que alude el artículo 319, no sería bueno brindarle el juzgador la posibilidad de contar con una herramienta que le permita mantener esa libertad caucionada aún dictando resolución de mérito con arreglo a lo normado en el artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación.-

En la práctica, cuando se dan éstos supuestos -que no encuadran en el art. 312- si existía exención o excarcelación concedida bajo caución de naturaleza económica, ésta cesa y todas las cuestiones relativas a ella se tornan abstractas, y sólo se imponen, en algunos casos, las obligaciones del art. 310 del Código Procesal Penal de la Nación.-

La interpretación que le brinda la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal al caso, es clara y contundente y, sólo a guisa de ejemplo se señalan algunos fallos:

“Dictar auto de procesamiento sin prisión preventiva sujetando la libertad a una caución real impuesta en el incidente de excarcelación, es obrar al margen de lo dispuesto en el art. 310, C.P.P., aun cuando se cumplimentare por efecto del depósito del monto establecido (*). Sin auto cautelar sobre la persona del imputado ninguna condición corresponde fijar, pero como en autos resulta de aplicación el art. 319, C.P.P. en base a los antecedentes que registra el imputado, deberá dictarse el encarcelamiento preventivo acorde a las pautas del art. 312”. Bonorino Perú, Piombo, Filozof (según su voto). 14666-7 BARIDO, Damián G. 18/10/00 Bol. Int. de Jurisp. N° 4/2000, pág. 100. 14.666 C.N.Crim. Sala VII. Se citó: (*) C.N.Crim., Sala VII, c. 8.692, "Tapia, Marcelo", rta: 21/4/98; c. 13.261, "Wayar, Osvaldo R.", rta: 18/4/00, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 4/00, pág. 96; c. 13.460, "Taramona Smith, Erika", rta: 8/5/00 y c. "Blanco, Miguel T.", rta: 10/9/00.-

“El auto de procesamiento sin medida de aseguramiento personal que regularice la privación de libertad, fundado en la excarcelación otorgada con anterioridad pero no efectivizada al no

satisfacerse la caución real impuesta, enmarca la situación en las previsiones del art. 310, C.P.P. Bonorino Perú, Piombo, Filozof , 14746-7 VARGAS, Carlos H. 18/10/00 Bol. Int. de Jurisp. N° 4/2000, pág. 90. 14.746 C.N.Crim. Sala VII. Se citó C.N.Crim., Sala VII, c. 8.692, "Tapia, M.", rta: 21/4/98.-

“Ordenado el procesamiento, sin prisión preventiva, el derecho a la libertad procede según lo dispuesto en el art. 310, C.P.P., donde no está prevista la caución real. Si el ordenamiento adjetivo dispone la restitución de la garantía cuando es revocado el auto de prisión preventiva (art. 327, C.P.P.) cuanto más cuando ni siquiera se consideró oportuno disponer esa medida cautelar”. Bonorino Perú, Piombo, Filozof. 14919-7 MOREYRA, Marcelo D. 8/11/00 Bol. Int. de Jurisp. N° 4/2000, pág. 96. 14.919 C.N.Crim. Sala VII.-

“El art. 310, C.P.P. expresamente dispone que cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, se dejará o pondrá en libertad al imputado, razón por la cual luego de dicho pronunciamiento no corresponde condicionar su soltura al cumplimiento de las cauciones previstas dentro del instituto de la excarcelación. En consecuencia corresponde se ordene la inmediata libertad del encausado, sin perjuicio que se analice la posibilidad de imponer alguna de las condiciones previstas en el art. 310, 1er. párrafo, C.P.P.” Tozzini, Rivarola, Donna. 10041-1 BIGORRIA, Cristian M. 27/10/98 Bol. Int. de Jurisp. N° 4/2000, pág. 97. 10.041 C.N.Crim. Sala I. Se citó: C.N.Crim., Sala I, c. 8.557, "Espinoza Rimachi, Lino G.", rta: 18/3/98; c. 8.770, "Juárez, María", rta: 14/4/98 y c. 8.771, "Foronda, Freddy", rta: 17/4/98, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 2/98, pág. 53. Nota: Ver en igual sentido, C.N.Crim., Sala I, c. 9.944, "Gutiérrez, Ariel", rta: 9/10/98 y c. 10.024, "Aquino, Néstor", rta: 20/10/98. Sala VII, c. 8. 692 "Tapia, Marcelo", rta: 21/4/98; c. 12.572 "Valleta, Rubén D.", rta: 7/12/99; c. 12.965, "Duarte, Carlos D.", rta: 23/2/00; c. 14.746, "Vargas, Carlos H.", rta: 18/10/00, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 4/00, pág. 90 y c. 14.919, "Moreyra, Marcelo D.", rta: 8/11/00, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 4/00, pág. 96.-

“En consideración a lo preceptuado en el art. 310, C.P.P. y toda vez que el procesamiento decretado en orden al delito de resistencia a la autoridad, art. 239, C.P., lo fue sin prisión preventiva, no debe condicionarse la libertad del encausado al cumplimiento de las cauciones previstas para el instituto excarcelatorio cuando no se dictó dicha medida cautelar”. Donna, Rivarola. 14175-1 GARCIA, Andrés D. 1/08/00 14.175 C.N.Crim. Sala I. Se citó: C.N.Crim., Sala I, c. 8.557, "Espinoza Rimachi, Lino G.", rta: 18/3/98; c. 8.770, "Juárez, María", rta: 14/4/98 y c. 8.771, "Foronda, Freddy", rta: 17/4/98, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 2/98, pág. 53. Nota: Ver en igual sentido, C.N.Crim., Sala VII, c. 8. 692 "Tapia, Marcelo", rta: 21/4/98; c. 12.572 "Valleta, Rubén D.", rta: 7/12/99; c. 12.965, "Duarte, Carlos D.", rta: 23/2/00; c. 14.746, "Vargas, Carlos H.", rta: 18/10/00, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 4/00, pág. 90 y c. 14.919, "Moreyra, Marcelo D.", rta: 8/11/00, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 4/00, pág. 96.-

“Al disponerse el procesamiento en el legajo principal, no se adoptó ninguna medida de aseguramiento personal que regularizara la privación de libertad a la que se encontraba sometido el imputado, por no haber satisfecho la caución real que se le impuso. En tales condiciones la situación ha de enmarcarse en las previsiones del art. 310, C.P.P. y ordenarse inmediata libertad”. Bonorino Però, Navarro, Filozof. 13797-7 CENTURION, Damián A. 16/06/00 Bol. Int. de Jurisp. N° 4/2000, pág. 96. c. 13.797. C.N.Crim. y Correc. Sala VII. Se citó: C.N.Crim. Sala VII, c. 8.692, "Tapia, Marcelo", rta: 21/4/98. Navarro, Guillermo R. - Daray, Roberto R., "Código Procesal Penal de la Nación", Pensamiento Jurídico Editora, Bs. As., 1996, T. I, pág. 651.-

“En consideración a lo preceptuado en el art. 310, C.P.P. y toda vez que el procesamiento decretado respecto del encausado en orden al delito de robo simple en concurso real con el delito de robo en poblado y en banda, arts. 164 y 167, inc. 2°, C.P. lo fue sin prisión preventiva, no corresponde condicionar la libertad del encausado al cumplimiento de las cauciones previstas para el instituto excarcelatorio cuando no se dictó su prisión preventiva, no cabe en este caso cautelar la

soltura del encausado, por lo que deberá el juez de grado disponer la inmediata libertad del nombrado". Rivarola, Donna. 12113-1 ELIAS, Segundo A. 14/09/99 c. 12.113. C.N.Crim. y Correc. Sala I. Se citó: C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 8.557, "Espinoza Rimachi, Lino G.", rta: 18/3/98; c. 8.770, "Juarez, María", rta: 14/4/98 y c. 8.771, "Foronda, Freddy", rta: 17/4/98, publicada en Bol. Int. de Jurisp. N° 2/98, pág. 53.-

“No corresponde condicionar la libertad del encausado al cumplimiento de las cauciones previstas para el instituto excarcelatorio si no se dictó su prisión preventiva, debe disponerse la libertad del imputado, sin caución alguna, sin perjuicio de que el juez de grado evalúe la procedencia de imponer alguna de las obligaciones previstas por el art. 310 del C.P.P.N.”. Donna, Piombo, Barbarosch. 100-B PEÑA PEYLOUBET, Roque. 13/01/03 c. 100. C.N.Crim. y Correc. Sala de Feria B. Se citó: C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 8.557, "Espinoza Rimachi, Lino Gregorio", rta: 18/3/1998; c. 8770, "Juárez, María", rta: 14/4/1998 y c. 8.771, "Foronda, Freddy", rta: 17/4/1998. C.N.Crim. y Correc., Sala IV, c. 8.704, "Cribelli, Enrique", rta: 8/4/1998.-

“Si el procesamiento ha sido dictado sin prisión preventiva, el derecho a la libertad de que goza procede de las disposiciones del art. 310 del C.P.P.N., que no reconoce otros condicionamientos que los propios de dicho texto legal. Por ello, debe revocarse el auto que dispone condicionar la libertad otorgada al imputado a una caución real”. Bonorino Perú, Piombo. 21010-7 FACIO GONZALEZ, Walter. 1/04/03 c. 21.010. C.N. Crim. y Correc. Sala VII.-

“No corresponde condicionar la libertad del imputado al cumplimiento de las cauciones previstas para el instituto excarcelatorio cuando no se dictó su prisión preventiva. Así como para la prisión preventiva es requisito ineludible el previo auto de procesamiento, para fijar cualquier medida restrictiva de la libertad es indispensable la prisión preventiva y, sin ella, las cauciones carecen de sostén. Por tanto, si no se dictó auto de procesamiento y se dispuso la falta de mérito para procesar

o sobreseer al imputado (art. 309 del C.P.P.N.), corresponde mantener la libertad del encausado sin la prestación de caución alguna, y devolverle la suma depositada en concepto de caución real". Elbert, Bruzzone. 22245-1 CITTANTI, Gustavo Gabriel. 4/11/03 c. 22.245. C.N.Crim. y Correc. Sala I. Se citó: C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 8.557, "Espinoza Rimachi, Lino Gregorio", rta: 18/3/1998; c. 8.770, "Juárez, María", rta: 144/1998; c. 8.771, "Foronda, Freddy", rta: 17/4/1998 y "Daumas, Romina Giselle", rta: 1/10/2003.-

“Si al decretar el procesamiento del imputado no se dispuso su prisión preventiva, debe aplicarse, en forma automática, la libertad ordenada en el art. 310 del C.P.P.N., la que no admite condicionamiento de caución alguna. Si el procesamiento decretado lo fue sin prisión preventiva, no se puede condicionar su libertad al cumplimiento de las cauciones previstas para el instituto de la excarcelación y debe disponerse su libertad, debiendo el juez de instrucción imponer al incuso las condiciones establecidas en el art. 310 del C.P.P.N. que estime pertinentes a fin de asegurar su sujeción al cumplimiento de sus obligaciones procesales. Por ello, debe disponerse su inmediata libertad". Gerome, Bunge Campos, Elbert.. 25972-6 ROMERO, Leandro. 22/12/04 c. 25.972. C.N.Crim. y Correc. Sala VI.-

“No se puede condicionar la libertad del encausado al cumplimiento de las cauciones previstas para el instituto de la excarcelación cuando no se dispuso su prisión preventiva, como consecuencia del procesamiento dictado. Dado que para la prisión preventiva es requisito ineludible el previo auto de procesamiento, para fijar cualquier medida restrictiva de la libertad es indispensable su dictado ya que sin ella las cauciones carecen de sostén. Por tanto, corresponde revocar el auto apelado y disponer la inmediata libertad del imputado". Bruzzone, Rimondi, Barbarosch. 25744-1 ROMERO, Roxana Elizabeth. 1/04/05 c. 25.744. C.N.Crim. y Correc. Sala I. Se citó: C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 8.557, "Espinoza Rimachi, Lino Gregorio", rta: 8/3/1998; c. 8.770, "Juárez, María", rta: 14/4/1998; c. 8.771, "Foronda, Freddy", rta: 17/4/1998; c. 21.895, "Daumas, Romina Giselle", rta: 1/10/2003, c. 21.932,

"Capuchinelli, Raúl Osvaldo", rta: 2/10/2003; c. 21.906, "Pérez, Mario, Alberto, s/ exención de prisión", rta: 10/10/2003; c. 21.906, "Pérez, Mario Alberto, s/ exc.", rta: 29/10/2003; c. 22.315, "Bustos, Alejandra M., s/ excarcelación", rta: 12/11/2003; c. 22.274, "Coronel, Gustavo Marcelo, s/ exc.," rta: 12/11/2003. C.N.Crim. y Correc., Sala de FERIA "C", c. 78, "Casafu, Natalia Rita, s/ excarcelación", rta: 4/01/2005.-

Estadística obtenida en los Juzgados de Instrucción respecto a los excarcelados bajo caución personal o real

Se recabó en los distintos Juzgados Nacional en lo Criminal de Instrucción de la Capital Federal, una estadística, correspondiente al primer semestre del año 2005, con la finalidad de conocer qué sucede, en la práctica, con los excarcelados bajo los distintos tipos de caución.-

Al respecto, puede afirmarse que, en un 80% de los casos en que se aplicó caución de tipo real al momento de conceder la excarcelación, previo al dictado de la resolución de mérito, ésta no superaba los quinientos pesos (\$ 500) y, sólo un 35 % de éstos casos llegaron a cumplir su finalidad, es decir asegurar la sujeción del imputado al proceso.-

Evidentemente el porcentaje es muy bajo, circunstancia que amerita sostener que el sistema de las cauciones personal o real, no es lo suficientemente efectivo. Pero la recolección de información arrojó un dato sorprendente, el 60 % de los excarcelados bajo caución juratoria -simple promesa de presentarse a cada llamado del juez-, continuó sujeto al proceso. Lo apuntado genera la inevitable pregunta, ¿a los fines del proceso, qué es mas efectivo, una caución de tipo personal o real o por el contrario una de tipo juratoria?.-

La conclusión, puede orientarse a que, en los hechos, las cauciones, en modo alguno garantizan los fines del proceso, razón por la cual, entendiendo deberá ser materia de debate "el instituto de las cauciones", el

que, seguramente merecerá un análisis más profundo a fin de determinar la conveniencia de su aplicación.-

Sin perjuicio de ello, es materia de este trabajo, buscarle una posible solución al caso planteado, ¿qué hacer al momento de dictar auto de procesamiento, sin prisión preventiva, ya que no resulta de aplicación ninguno de los supuestos de ese instituto, cuando el imputado había sido previamente excarcelado bajo una caución de tipo económico, cuyo monto no obvió?

La solución, de momento, no se orienta a fulminar el instituto de las cauciones, sino a introducir agregados en las normas procesales que regulan la libertad durante el proceso.-

CAPITULO VIII

PROPUESTA

Más allá de que, tal como se adelantó, corresponde efectuar una reforma del sistema de libertad durante el proceso, ya que las normas de los artículos 312, 316 y 317, en múltiples aspectos se contraponen a las pautas del artículo 280, que es el que reglamenta correctamente las normas constitucionales que rigen en la materia, resultaría necesario efectuar algunas modificaciones legislativas que evitarían la incongruencia evidenciada.-

Una de las respuestas posibles al problema, sería que el inciso 1º del artículo 312 tenga igual redacción que el artículo 316, párrafo segundo y, al artículo 310 agregar el cumplimiento de una caución real o personal, como otras posibles obligaciones a imponer.-

Tales modificaciones permitirían que se respete la armonía necesaria que debe existir entre exención de prisión y/o excarcelación concedida previamente ante la improcedencia de la prisión preventiva y asegurarían la finalidad de la medida coercitiva impuesta antes del procesamiento.-

Otra posibilidad, podría darse agregando taxativamente en la redacción del artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación; que tanto la caución personal o real, resulta de aplicación, únicamente luego del dictado del auto de mérito -procesamiento sin prisión preventiva- y cuando el encausado no hubiere cumplido con la finalidad del proceso, entre otras presentarse a cada llamado del juez.-

Así las cosas, más allá de que la información recabada en los distintos Juzgado de Instrucción, demuestra que, en principio, el instituto de las cauciones, como medida de asegurar la sujeción del imputado al proceso, no sería tan efectiva y que el tema deberá, oportunamente ser exhaustivamente analizado; lo cierto es que necesariamente debe agregarse, o bien al artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación, la posibilidad de que el juzgador, imponga, cuando lo considere necesario, cauciones de contenido económico, o coartar que las mismas puedan ser aplicadas antes del auto de procesamiento.-

De darse la primera de las soluciones propuestas, el instituto de

las cauciones permanecería incólume, habilitando al juzgador, de presentarse casos como el enunciado, a exigir el cumplimiento de la caución previamente impuesta y no disponer la libertad del imputado, como si ella, nunca hubiera existido.-

Al efecto, se sugiere que el mencionado artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación quede redactado de la siguiente manera:

“Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se señalen. Podrá además, fijar una caución de tipo personal o real si lo considere necesario y, si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad”.- (La frase resaltada, es la que se entiende necesaria para sanjar la incongruencia planteada).-

Ahora bien, de darse la segunda de las soluciones propuestas, el instituto de las cauciones, más precisamente las de tipo personal y real, se restringirían para determinada etapa del proceso, es decir para luego del dictado del auto de procesamiento, debiéndose previo a él, o bien denegar el derecho o concederlo bajo caución juratoria, ya que en este segundo caso la libertad se haría efectiva de manera inmediata; dejando las de tipo personal y real para cuando el imputado, que habiendo recuperado su libertad ambulatoria, antes del dictado del auto de procesamiento, no se hubiere presentado a los llamados del juez.-

Por las razones expuestas, considero que el artículo 320 del Código Procesal penal de la Nación, debería quedar redactado de la siguiente manera:

“La exención de prisión o la excarcelación se concederá, según el caso, bajo caución juratoria, peresonal o real y, sólo bajo caución personal o real, la que se conceda luego del auto de procesamiento, siempre y cuando se verifique linconducta procesal sin alcanzar los extremos del

artículo 319. *La caución tendra por*” (La frase resaltada, es la que se entiende necesaria para sanjar la incongruencia planteada).-

CAPITULO IX

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1.- Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal", Pág. 553, citando a Vélez Mariconde, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", 2ª ED., Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1969, Pág.. 215.-

2.- Manzini, Trat. Dir. Proc., t. I, pp. 253, 256 y 257.-

3.- "Opúsculos de Derecho Criminal", Vol. V , pp. 14 y 15, citado por Abalos, Raúl Washington "Derecho Procesal Penal", T: I, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo.-

4.- Creus, Carlos, "Derecho Procesal Penal", 1996, Ed. Astrea, Pág. 511 a 523.-

5.- Abalos, Raúl Washington, "Derecho Procesal Penal", T: I, pp. 140 y 141.-

6.- Creus, Carlos, "Derecho Procesal Penal", 1996, Ed. Astrea, Pág. 256.-

7.- Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal", Bs. As., Editores del Puerto, 1995, página 514 y ss.-

8.- Cafferata Nores, José I., "Medidas de Coerción en el Proceso Penal", Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1993, página 17.-

9.- “El Encarcelamiento Preventivo en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico”, AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 50 y 55/56.-

10.- “El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos”, publicado en “Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, págs. 144/145.-

11.- Bruzzone, “La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en “La justicia penal hoy”, AAVV, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000, p. 208.-

12.- Solimine, Marcelo, “Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Ed. “Ad.Hoc”.-

13.- “Informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH-, casos 11.205 y otros, Argentina, del 11 de marzo de 1997 en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, 1997, Nº 7, págs. 969/980, punto 30.-

14.- Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal”, T. II, Pág. 518, Ed. Lerner.-

15.- Pastor, Daniel, “El Encarcelamiento Preventivo en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. “El Puerto”, 1993.-

16.- Guillermo Rafael Navarro - Roberto Raúl Daray, "Código Procesal Penal de la Nación, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial", T 2, p. 888, con cita de CCC, Sala V, LL, 2001 -E-847, jurisprud. Agrup. 15.999.-

17.- Digesto Práctico "La Ley" , Excarcelación, Eximición de Prisión, Prisión Preventiva, Ley 24.390, Opiniones Consultivas, Derecho Comparado, Primera Edición.-

18.- Ledesma, Guillermo, "Eximición de Prisión y Excarcelación, Lerner, 1981, pp. 63 y ss..-

19.- De Olazábal, "La Libertad del Imputado", 1991, p. 109.-

20.- Clariá Olmedo, Jorge A., "Derecho Procesal Penal", t. II, actualizado por Carlos A. Chiara Díaz, 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 379/380.-

21.- Abalos, Raúl W., "Código Procesal Penal de la Nación", 1994, Ed. Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, p. 735.-

22.- Hairabedian, Maximiliano, "El pronóstico de pena efectiva ¿siempre conduce a la prisión preventiva?", en Semanario Jurídico (Cba.), n. 1364, del 25/10/2001, ps. 524 y 525.-

23.- Ziffer, Patricia S., "Acerca de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo", en LL 2000-C-614.-

24.- C. Nac. Casación Penal, Sala 1ª, 14/12/2000, citado por Solimine, Marcelo, "Tratado..." cit., p 32.-

BIBLIOGRAFIA

- CAFFERATA NORES, José "Medidas de Coerción en el Proceso Penal", Ed. Depalma
- PASTOR, Daniel "El Encarcelamiento preventivo, en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación -análisis crítico-", Ed. del Puerto, 1993
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal", Ed. Lerner
- "Códigos Procesales Penales Argentinos", Levene (h.), Ed. Platense
- NAVARRO-DARAY, "Código Procesal Penal, "Pensamiento Jurídico Editora"
- CHIARA DIAZ, "La excarcelación en el Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos", en "La excarcelación" de Cafferata Nores, Ed. Depalma, 2ª edición, 1988
- SOLIMINE, Marcelo "Libertad Bajo Caución y Situación Procesal Primeras Reflexiones Profundas', Ed. Depalma, 1998
- SOLIMINE, Marcelo, "Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Ed. "Ad.Hoc"
- CREUS, Carlos, "Derecho Procesal Penal", 1996, Ed. Astrea
- ABALOS, Raúl Washington "Derecho Procesal Penal", T: I, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo
- Digesto Práctico "La Ley", Excarcelación, Eximición de Prisión, Prisión Preventiva, Ley 24.390, Opiniones Consultivas, Derecho Comparado, Primera Edición
- USSHER, Gustavo Vivas, "Manual de Derecho Procesal Penal", 1999, Ed. Alveroni – Ediciones –
- LEDESMA, Guillermo, "Eximicion de Prision y Excarcelacion", 1981, Ed. Lerner
- CAFFERATA NORES, Jose I., "Medidas de Coercion en el Proceso Penal", 1993, Ed. Marcos Lerner Editora Cordoba

INDICE GENERAL

CAPITULO I

El Problema

Págs. 2/4

CAPITULO II

Garantías Constitucionales en el Proceso Penal

Pág. 6

+ Presunción de Inocencia

Págs. 7/10

+ Análisis de la Presunción de Inocencia desde
la Jurisprudencia de la Corte Suprema
de Justicia de la Nación

Págs. 11/13

CAPITULO III

Garantía Constitucional de la Libertad Ambulatoria Durante el Proceso

+ Encarcelamiento preventivo

Págs. 15/17

+ Esquema Constitucional

Págs. 18/20

+ Análisis del Principio de Libertad durante
el Proceso Penal a partir de los distintos fallos emitidos
por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo
Criminal y Correccional

Págs. 21/27

CAPITULO IV

El Instituto de la Prisión Preventiva

+ Coerción Personal

Págs. 29/30

+ Crítica al Instituto de la Prisión Preventiva

Págs. 31/33

+ Supuestos en que procede la Prisión Preventiva
según el Código Procesal penal de la Nación

Pág. 34

+ Interpretación del inciso 1º del artículo 312 del
Código Procesal Penal de la Nación

Pág. 35

+ Interpretación del inciso 2º del artículo 312 del

Código Procesal Penal de la Nación	Pág. 36
+ Interpretación del artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación	Págs. 37/38
+ Auto de Prisión Preventiva en los distintos Códigos Procesales	Págs. 41/43

CAPITULO V

El Instituto de la Excarcelación

+ Antecedentes Históricos	Pág. 45
+ La Excarcelación en algunos Códigos Provinciales	Pág. 46
+ Distintas Hipótesis Excarcelatorias en el Código Procesal Penal de la Nación	Pág. 47
+ Distintas Hipótesis Contenidas en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación -Primer supuesto-	Pág. 48
+ Cómo se establecen los ocho años, se aplican las reglas concursales?	Pág. 49
+ Debe considerarse si el imputado registra causas paralelas y aplicar entre todos los delitos que se investigan las reglas del concurso real para establecer si sea ha superado o no el tope de los ocho años?	Pág. 50
+ -Segundo Supuesto-	Pág. 51/52
+ Análisis de los distintos supuestos contenidos en el artículo 317 del Código procesal Penal de la Nación	Págs. 53/55
+Crítica al Instituto de la excarcelación	Págs. 56/58
+La postura critica de Maier	Págs. 59/62

CAPITULO VI

Libertad caucionada

+ Objeto de las cauciones y tipo de cauciones	Págs. 64/65
+ Cómo y en cuánto deben fijarse los montos en las cauciones personal y real	Págs. 66/67

CAPITULO VII

Conclusión

Págs. 69/75

+ Estadística obtenida en los Juzgados de Instrucción
respecto a los excarcelados bajo caución personal o real Págs. 76/77

CAPITULO VIII

Propuesta

Págs. 79/81

CAPITULO IX

Citas bibliográficas

Págs. 83/86

Bibliografía

Págs. 87

Índice General

Págs.88/90