

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Título: Medidas Alternativas y Restrictivas dispuestas por el reformado
Art. 346 del C.P.P.S.F.

Tutor: Carlos Alberto Carbone

Apellido y Nombre: Juan Ignacio Bazet

Materia: Trabajo Final:

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Abogacía

3 de Julio de 2007

INTRODUCCIÓN

El día 3 de diciembre de 2003, por Ley de la Provincia de Santa Fe Nro. 12.162, se introdujo en nuevo art. 346 en el Código Procesal Penal de la Provincia. En el mismo se dispone:

“Siempre que el peligro de fuga o el entorpecimiento probatorio se evite con otra medida menos gravosa para el imputado contra el que resulte aplicable o se haya aplicado la prisión preventiva, ésta podrá sustituirse por las siguientes restricciones:

1) La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre informes periódicos.

2) La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad los días que se fije.

3) La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.

La sustitución deberá disponerse por auto fundado y, si fuera el caso, en el mismo acto de imponer la prisión preventiva.

También podrán ser impuestas las restricciones al imputado que no esté sometido a prisión preventiva, y como condición de su libertad, aún desde el momento en que hubiere prestado declaración indagatoria”.

Este es un instituto relativamente nuevo en el ordenamiento procesal penal, producto de la mencionada reforma, por ello no ha tenido un tratamiento doctrinario extenso, sin embargo podemos encontrar juiciosos análisis de estas medidas en diferentes Códigos comentados, artículos jurídicos en diversas publicaciones y fallos jurisprudenciales, tanto provinciales como nacionales.

Teniendo en cuenta que el instituto de la Prisión Preventiva es, en consonancia con la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, de carácter excepcional, ya que priva de la libertad a una persona sin que pese sobre ésta una condena firme, la aplicación de estas “medidas sustitutivas” podría calificarse como “*excepción de la excepción*”, ya que como menciona el mismo Art. 346 C.P.P.S.F. se podrán aplicar *“..contra el que resulte aplicable o se haya aplicado la prisión*

preventiva...”, para que se limiten los perjuicios ocasionados por la privación de libertad, siempre que se eviten con las mismas “...*el peligro de fuga o el entorpecimiento probatorio...*”.

Estas medidas pueden aplicarse en diversos momentos del proceso penal y con diferentes objetivos, tales como:

- a) después de la indagatoria, como condicionantes de la libertad;
- b) cuando se advierta, antes del procesamiento, que resultará aplicable la Prisión Preventiva, como sustitución de ésta;
- c) en el momento del procesamiento, sin Prisión Preventiva;
- d) Luego de la aplicación de la Prisión Preventiva, como modo de recuperación de libertad, cuando hayan cambiado determinadas circunstancias personales o del proceso mismo¹.

La mayoría de los autores², renombrados juristas de la Provincia, comparten la convicción de que con la reforma, se produjo una verdadera modificación del régimen de libertades provisionales, ya que este instituto constituye una auténtica medida de libertad, innominada, para la cuál se aplican todas las disposiciones del Código relativas a las libertades bajo promesa o caucionadas.

Algunos caracterizan a este Instituto como excepcional y de aplicación restrictiva, mientras que otros aseguran que debe tomarse como regla, ya que la privación de libertad, previa a una condena debe ser tomada con carácter restrictivo, solo para lograr los fines del proceso y el aseguramiento, de manera cautelar, de una posible condena de cumplimiento efectivo.

Con la inclusión de este nuevo instituto, la libertad por falta de mérito³, según algunas opiniones, quedaría con un carácter absolutamente extraordinario, ya que se aplicaría para los casos donde, razonablemente, no se encuentre posibilidad alguna de peligro procesal, ya que en los otros casos, deberán aplicarse éstas restricciones preventivas, donde esa cuota de peligro para el proceso se pueda paliar con ellas.

Otros la identifican como una nueva modalidad de libertad provisional, con trámite distinto al tradicional⁴.

Podemos encontrar varias opiniones y análisis de estas medidas, aplicables al momento del procesamiento del imputado, principalmente con el procesamiento sin prisión preventiva como condición de la libertad o al momento del dictado de la misma, como sustitución de ésta, pero en cuanto a su aplicabilidad con posterioridad a éste, encontrándose la persona bajo prisión preventiva, fundamentalmente encontramos análisis en fallos jurisprudenciales, con diversas interpretaciones, lo cual nos permite tratar de ahondar en este tema, en forma minuciosa, para tratar de establecer criterios de mínima y de máxima, en cuanto a las circunstancias requeridas para su aplicabilidad.

En cuanto a las medidas utilizadas para sustituir la prisión preventiva o de aplicación restrictiva o condicionante de libertad para los demás casos, el Art. 346 C.P.P.S.F. determina una serie de obligaciones que el imputado y otra persona o Institución deberán tomar a su cargo y acompañar al Juzgado que corresponda.

Quedará por determinar en ésta investigación, dos situaciones no resueltas por el Código, por un lado, si dicha enumeración es de carácter taxativo y deben cumplirse con todas las medidas, o algunas de ellas bastan para aceptarse la sustitución, o por otro lado, si queda para la determinación del Juez la aceptación o no de situaciones o medidas distintas, solicitadas por los imputados, cuestión que analizaremos mas adelante. Tampoco resuelve el Código si, además de dichas medidas, debe el imputado asumir las obligaciones mencionadas en el Art. 341, cuestión que también debe ser resuelta.

En referencia a las mencionadas por dicho artículo, se encuentran: someterse al cuidado de una Institución o persona, que se comprometa formalmente a la Autoridad y a brindar informes periódicos; la obligación de presentarse, en forma personal y periódica ante la autoridad; la prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a ciertos lugares o comunicarse con personas determinadas.

Por otro lado, dentro del ordenamiento jurídico penal podemos encontrar distintas medidas condicionantes de libertad, sin prisión preventiva, utilizadas principalmente en el ámbito de la Justicia Correccional, como por ejemplo, la prohibición de realizar alguna actividad que sea susceptible de inhabilitación especial para el caso de condena, la prohibición de asistencia a espectáculos públicos, la clausura de un local para delitos contra la salud pública, entre otras. Todas éstas también serán objeto de estudio en éste trabajo, ya que se asemejan en sus objetivos y fundamentos a las mencionadas por el Art. 346 C.P.P.S.F..

Vamos a analizar el texto legal del C.P.P.S.F. y del C.P.P.N, junto con diversos comentarios a los mismos, realizados por prestigiosos especialistas en la materia, tanto en el ámbito provincial como nacional. También analizaremos numerosos fallos jurisprudenciales, tanto en el ámbito provincial como en el nacional, sobre el tema, referentes a los requisitos y alcances del instituto bajo estudio.

CAPITULO 1

Antes de analizar las posibles situaciones donde un imputado puede recuperar la libertad perdida preventivamente, obviamente sin recibir sentencia absolutoria, lo cual es objetivo general de este trabajo, se hace necesario detallar las posibilidades donde una persona resulta detenida, al ser introducida al proceso penal, por lo cual queda privada de su libertad, como excepción al principio de estado de libertad que la persona goza como consecuencia del también fundamental principio de inocencia.

1.1 Estado de Libertad

La libertad de un individuo sólo podrá ser restringida, según las disposiciones del C.P.P, y teniendo en cuenta las Garantías Constitucionales como marco de aplicación, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.

Dicha detención deberá ser ejecutada de manera que perjudiquen en el menor grado a la persona y reputación de los implicados en un proceso penal.

El fundamento de la privación legítima de la libertad se encuentra en que el procesado tiene el deber de someterse a la actividad jurisdiccional desplegada por el órgano judicial, es decir, no puede negarse, pues tanto su fuga como su ausencia dificultan el desarrollo del proceso.

Con el objeto de asegurar las finalidades del proceso penal, tanto la aplicación de la ley penal como la averiguación, en lo posible de la verdad material, histórica o más bien procesal, surge la necesidad de adoptar, durante su marcha, diversas medidas de cautela sobre personas y bienes o cosas.

En el proceso penal común, todas las medidas cautelares se decretan luego de su iniciación, en ciertos casos, son adoptadas por los preventores (Policía) y, en otros, se faculta a los particulares. Aunque el Código denomine a dichos supuestos como detención, la exigencia del art. 18 de la Constitución Nacional, el cuál transcribimos para mayor claridad:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...”, respecto de la orden escrita de autoridad competente se cumple únicamente cuando el juez ordena, a través de dicha forma, el encarcelamiento, por tanto los demás son tan sólo supuestos de aprehensión.

El proceso nace cuando se concreta la aprehensión. En cambio, en el proceso civil algunas medidas cautelares pueden adoptarse antes de su iniciación, es decir, preventivo, por ende, se habla de un proceso cautelar preventivo con cierta autonomía, lo que no ocurre en el proceso penal.

Dicha actividad evita que el pronunciamiento final se torne irrealizable y comprende las medidas cautelares que, según se trate de personas o sobre bienes o cosas, son de carácter personal o real.

La Corte Suprema ha calificado como legítimo el derecho de la sociedad a adoptar medidas de precaución para garantizar, en casos graves, que no se frustre la ejecución de una eventual condena por la incomparecencia del imputado. Además, ha precisado que dichas medidas no son incompatibles con el derecho de todo imputado a obtener el pronunciamiento que, del modo más rápido posible, ponga fin a la incertidumbre y a la restricción de la libertad que comporta el proceso penal, pues así se concilia que el individuo no sufra una intensa persecución injusta con el interés general de no facilitar su impunidad⁵, así como el instituto de la excarcelación como de la prisión preventiva derivan de la misma fuente constitucional, lo cuál trataremos más adelante⁶

Todas las medidas precautorias son, esencialmente, provisionales, y tienen su razón de ser en la estricta necesidad de evitar poner en peligro los fines del proceso. Por lo tanto es preciso respetar su naturaleza y no usarlas como si fueran el comienzo anticipado de una pena aún no impuesta y que el ulterior desarrollo del juicio puede descartar

La cautela personal pretende lograr no sólo la efectiva presencia del imputado sino la de aquellos que resultan necesarios a los fines del proceso, tales como testigos o peritos y se traducen en una limitación o privación de la libertad. Podemos distinguir conforme a dos criterios, según la doctrina:

1.- según su intensidad: abarcan desde una simple restricción, quizá no más que una incomodidad como ocurre con la citación, hasta el encarcelamiento, como sucede con la detención y la prisión preventiva y, aunque fugaz, el arresto y la aprehensión.

2.- por la persona de sus destinatarios: pueden recaer sobre imputados y órganos de la prueba, según acontece con la citación de testigos, peritos y sospechosos, lo propio sucede con el arresto.

1.2 Pérdida de la libertad personal

Las distintas medidas cautelares de carácter personal y directas respecto del imputado son⁷:

- 1) la citación (art. 301);
- 2) el arresto (arts. 307);
- 3) la detención (art. 302);
- 4) la prisión preventiva (art. 329).

Seguidamente pasamos a exponer los distintos modos en que un individuo podrá ser privado de su libertad, para luego examinar con más detenimiento la prisión preventiva, por su mayor gravedad y duración en el tiempo.

1.2.1 Arresto

Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en el que hubieran participado varias personas no sea posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la instrucción, el juez podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí antes de prestar declaración y, aun ordenar el arresto si fuere indispensable.

Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el estrictamente necesario para recibir las declaraciones, nunca podrán durar más de veinticuatro horas.

El arresto se encausa no sólo a los sospechosos sino también a ciertos auxiliares del proceso; más allá de los testigos señalados en el texto, también pueden resultar sujetos pasivos de esta medida cautelar los peritos.

El arresto es una fugaz medida cautelar de carácter personal, que puede limitarse a la mera inmovilización y aislamiento del sujeto pasivo, caracterizada por recaer indistintamente sobre sospechosos u órganos de prueba.

Cuando lo soportan los testigos, obedece a la necesidad de garantizar la autenticidad de sus declaraciones y evitar que puedan conciliarlas entre sí, impidiendo, de manera intencional o no, al tribunal, el acceso a la verdad.

La privación de la libertad de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicio de que sea responsable de delito alguno torna nulo el procedimiento y lo actuado en su consecuencia pues se viola el art. 18 de la Constitución Nacional. Los elementos, aun cuando insuficientes para detener, pueden resultar suficientes para arrestar, por ejemplo la actitud nerviosa al descender de un automóvil y la ausencia de documentación identificatoria del vehículo, etc.

1.2.2 Citación

La citación es la menos intensa de las medidas de cautela personal. Cuando se trata de imputados, consiste en el requerimiento formulado a una determinada persona, dispuesto por la autoridad del proceso, para que concurra a los fines de cumplir con lo ordenado por el órgano jurisdiccional.

Si el citado no se presentare en el término que se le fije ni justificare un impedimento legítimo, se ordenará su comparendo mediante la fuerza pública.

Uno de los problemas más graves del proceso penal estriba en la posibilidad de que ciertos actos de coerción puedan dirigirse sobre personas, todavía amparadas por el principio de inocencia. Como la única fuente legítima que el Estado tiene para privar de la libertad personal a un sujeto es la condena con que culmina el debido proceso legal, resulta claro que, antes de arribar a ese estadio, toda facultad para cercenar la libertad personal tiene que interpretarse en forma restrictiva y estar signada por su estricta necesidad: sea porque puedan frustrarse los fines de la instrucción en orden a la obtención de la prueba o bien existan datos para sustentar la sospecha de que el imputado puede entorpecer su acceso o, finalmente, porque el juicio se torne imposible al no sujetarse el imputado a la potestad jurisdiccional.

Éstas son las razones en virtud de las cuales el Código va graduándolas en su intensidad y, fuera de los casos analizados al comentar el artículo anterior, explicables porque todavía no se distingue con nitidez quiénes son los imputados y quiénes habrán de resultar testigos, las reduce en su cumplimiento a efectos de respetar la libertad de locomoción y jamás las considera cumplimiento de una pena todavía no impuesta.

Sólo restringe la libertad de determinación en cuanto al desplazamiento, pues el día y hora señalados en la notificación debe acudirse a la audiencia o asumir el riesgo del incumplimiento. Se

trata de un medio de coerción personal indirecta porque sólo implica un estado de libertad vinculada, a los fines del proceso, como consecuencia de una declaración de voluntad judicial.

El acto de la citación se materializa a través del pertinente acto de comunicación -notificación-, bajo la intimación de que el incumplimiento traerá aparejadas consecuencias gravosas para el mismo, se utilizará la fuerza pública para hacerlos comparecer. Si el delito está reprimido con pena no privativa de libertad, ningún tribunal podrá ordenar la detención del imputado que no cumple con la citación; menos aún la medida cautelar siguiente en intensidad, pues se incurriría en el delito de prisión preventiva ilegal reprimido por el art. 270 del Código Penal.

Cabe advertir que, para algunos autores, la prisión preventiva no es sino una detención con extensión en el tiempo y mayores exigencias en cuanto a su fundamentación.

La medida cautelar no irá, ante su incumplimiento, más allá de la simple comparecencia con el auxilio de la fuerza pública.

1.2.3 Detención

La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y el hecho que se le atribuye, y será notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después. Sin embargo, en caso de suma urgencia, el juez podrá impartir la orden verbal o telegráficamente, haciéndolo constar.

Tanto en este caso como en el de la prisión preventiva, el encarcelamiento a título cautelar puede prolongarse en el tiempo. Por eso es que los extremos a cubrir son mayores que los requeridos para la citación, el arresto o la mera aprehensión.

Cuando la Constitución Nacional en su art. 18 establece que "*...nadie puede ser arrestado sin orden escrita emanada de autoridad competente...*", desde el punto de vista técnico, delinea lo que hoy se entiende por detención.

Sólo puede expedirla el juez y debe hacerlo por escrito. Es que no hay ninguna medida cautelar sobre el imputado que no desciente cierto grado de sospecha, precisamente de éste dependerá su intensidad. En este sentido puede decirse que, a veces, bastarán la citación o el arresto y, en otras, resultará necesaria la detención.

Su carácter decididamente cautelar está respaldado por el párrafo final del art. 18 de la Constitución Nacional al establecer que "*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija hará responsable al juez que la autorice*". De esta misma disposición fluye que, cuando exista la "seguridad" de que el proceso se desarrollará normalmente, la detención deberá cesar pues el imputado adquirirá el derecho a ser excarcelado, o de adquirir la libertad por otros medios.

Configura un abuso prolongar la detención a la espera de elementos de juicio que autoricen el dictado de la prisión preventiva si no se avizora dicha posibilidad como realizable dentro de un razonable lapso.

El juez tiene un plazo para hacer cesar la detención. De todas maneras, quien soporta el encarcelamiento puede provocar antes la soltura recabando su excarcelación.

1.2.4 Detención sin orden judicial

Según lo establece el art. 303 del C.P.P, los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial:

1º) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo.

2º) Al que fugare, estando legalmente detenido.

3º) A la persona a quien los elementos reunidos en la investigación señalaren como autor, cómplice o instigador del delito, salvo los supuestos del art 301, y

4º) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad.

1.2.5 Flagrancia

Según el art. 304 del mismo ordenamiento, se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

1.2.6 Aprehensión privada

El funcionario policial es, en la mayoría de los casos, el que tiene el deber de detener, pero en algunos casos, el Código admite la posibilidad de que los particulares puedan proceder a la aprehensión de una persona, cuando es sorprendida en flagrancia. Pero esto se trata de una facultad, porque la ley no puede imponer a los particulares este deber.

En este caso el particular debe, en forma inmediatamente posible, poner al detenido a disposición de las autoridades policiales.

CAPITULO 2

2.1. Análisis del Instituto de la Prisión Preventiva.

Continuando con el análisis de las distintas formas en que una persona, al ingresar en el proceso penal, puede ser privado de su libertad, nos detenemos principalmente en la Prisión preventiva, ya que el instituto bajo estudio se muestra como una alternativa a éste, sustituyendo los fundamentos y objetivos de la misma.

Dentro del ordenamiento procesal penal de la Provincia de Santa Fe, la prisión preventiva está dispuesta en el art. 329 y siguientes: *“El juez dispondrá la prisión preventiva del imputado al dictar el procesamiento, cuando:*

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

2) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisional según lo dispuesto por el Artículo 338.

En los supuestos de investigación fiscal e instrucción abreviada, la prisión preventiva será dictada, si correspondiere, a solicitud del fiscal y en la oportunidad prevista en el Artículo 374 VIII. En el caso del proceso abreviado, cuando el juez instructor admita el acuerdo a que refiere el Artículo 548 IV, Segundo Párrafo.

Procesamiento sin prisión preventiva- Si no concurriere alguna de las hipótesis previstas en los incs.1) y 2) de esta disposición, el juez , según los casos, al dictar el procesamiento, confirmará la libertad provisional oportunamente concedida o la dispondrá de oficio, pudiendo aplicar las restricciones preventivas previstas en el Artículo 346”.

Por ello es necesario comenzar tratando de explicar la prisión preventiva como instituto, sus fundamentos, objetivos y requisitos, a lo largo de la historia y dentro del sistema procesal argentino y en especial en la provincia de Santa Fe.

La prisión preventiva constituye la medida de coerción penal mas grave, ya que importa el encarcelamiento de una persona inocente, ya que no se encuentra con condena firme, durante el transcurso del proceso.

En nuestro país, la mayor parte de la doctrina se encuentra claramente orientada hacia el desarrollo de principios que restrinjan las potestades estatales en materia de investigación de ilícitos. Respecto de este instituto surgen las mayores dificultades para sostener que la garantía de jurisdiccionalidad y el principio de inocencia continúan aún vigentes.

Por tal razón, al abordar el análisis hemos considerado apropiado comenzar por los fundamentos legitimadores de la prisión preventiva, cuyas advertencias más frecuentes son compartidas en términos generales por todos los autores.

2.2 Antecedentes

Tradicionalmente la prisión preventiva ha encontrado fuentes de legitimación en diversas razones. El gran jurista Beccaria⁸ ya expresaba en su tiempo *“... la cárcel es pues la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable; ... El rigor de la cárcel debe ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”*.

Con el tiempo éstas justificaciones han sido reformuladas o complementadas por otras. A modo de ejemplo puede señalarse que se han utilizado a favor de la prisión preventiva las necesidades de:

- a) asegurar la persona del imputado para el proceso, o más precisamente;

b) asegurar la disponibilidad del imputado como fuente de prueba;

c) impedir que el imputado pueda influir sobre la legítima recepción de las pruebas, d) garantizar el resultado del proceso;

e) defensa social proporcionada a la gravedad del delito y a la peligrosidad del imputado. Siguiendo esta orientación Carrara⁹ había sostenido la necesidad de que la prisión preventiva garantizara la “... *defensa pública, para impedirles a ciertos delincuentes que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno*”;

f) prevención general, en el sentido de impedir que la víctima (o las personas allegadas a la víctima) de un grave delito pase a actos de venganza contra el supuesto autor del mismo.

g) medio de educación;

h) sanción procesal determinada por la intolerancia del imputado al peso del proceso.

Los fundamentos señalados se corresponden con los resultados esperados de la prisión preventiva: a) defensa social, b) resguardo de los fines procesales y c) neutralización de la venganza de la víctima. En términos generales, en nuestro país la doctrina admite mayoritariamente las razones propuestas, como mencionamos al principio, mantenidas por Beccaria¹⁰.

Resulta peligroso mantener la separación entre fundamentos sustanciales o de fondo y los formales, transformándose los autores y doctrinarios en partidarios de la exclusividad de los fines procesales, o destacando la importancia de ciertos fundamentos propios del sustantivismo autoritario. Ello sucede, por ejemplo, cuando recordando la fórmula de protección de la salud de la población como ley suprema, se sostiene que en la lucha contra la delincuencia, nuestra realidad expone que la prisión preventiva es una herramienta sumamente eficaz, para lograr dicho objetivo.

Como fundamentos, esta posición expresa su razón, formulando que el mantenimiento de la prisión preventiva, por un lado, sólo se justifica cuando la gravedad de los hechos delictivos atribuidos al imputado permitan afirmar que su libertad pondrá en grave peligro a la seguridad

pública, por lo que si, cualquiera que sea el delito que se le imputa a una persona, el juez considera que su libertad ambulatoria no configura un riesgo para la seguridad pública, corresponde disponer su libertad.

En este ejemplo, es fácil señalar que la neutralización de la presunta peligrosidad criminal de los acusados juega un rol importante en la justificación de la prisión preventiva .

Las tesis sustantivas autoritarias de la prisión preventiva se han relacionado con el positivismo criminológico, el fascismo y el nazismo, toda vez que suponen la culpabilidad del acusado, o subordinan el principio de inocencia a las necesidades sociales.

Por su parte, desde una concepción liberal, el carácter gravoso de la prisión preventiva ha impuesto la necesidad de intentar la reducción o supresión de la privación cautelar de la libertad.

Los orígenes dicho pensamiento liberal pueden rastrearse en gran parte del pensamiento clásico cuyos exponentes, desde Beccaria en adelante, justificaron limitadamente la prisión preventiva en nombre de diversas necesidades, como ya hemos expresado arriba. Sus partidarios tienden a limitar las consecuencias gravosas de la prisión preventiva en un intento de integrar el respeto a la libertad y dignidad de los presuntos inocentes, con la necesidad de encarcelar antes del juicio a los acusados, por cuestiones referentes a la correcta tramitación del proceso investigativo y de juicio.

Los efectos de dicha postura, se asemejan a los de las tesis procesales en tanto ambos terminan siendo reduccionistas de la potestad de aplicar medidas de coerción. Los primeros, en razón del carácter gravoso de dichas medidas; los segundos, destacando la necesidad de asegurar estrictamente los fines procesales, y promoviendo en todo momento el saneamiento de los elementos punitivos del encarcelamiento preventivo.

Pero cualquiera sea la justificación que se utilice, una vez decidida la privación cautelar de la libertad ya no será posible distinguir entre objetivos sustanciales y procesales, porque el acusado preso difícilmente pueda cometer delitos ante la sociedad, alterar el curso de producción de la prueba, o eludir las decisiones del juzgador. Sin perjuicio de ello, no es indistinto que la justificación proceda sólo de uno o algunos de los diversos motivos, porque las condiciones de procedencia varían en uno u otro caso. Por tal razón es necesario intentar distinguir la índole de los argumentos empleados para justificar o deslegitimar las medidas de coerción.

Para los partidarios del pensamiento liberal, la prisión preventiva es ilegítima porque consiste en una restricción de la libertad equiparable a la pena de prisión.

Al legitimarse la igualdad de trato entre condenados e imputados, se niegan o desnaturalizan, en cuanto a estos últimos, los principios de culpabilidad e inocencia y las garantías de juicio previo y defensa en juicio.

Probablemente ningún autor sostenga como válido hoy un discurso procesal legitimador de un trato inhumano en las condiciones de cumplimiento de la prisión preventiva, las cuales resultan, entre otros motivos, de la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias de los sistemas de control jurisdiccional de la ejecución de penas, pero el cuestionamiento que los liberales realizan a los sostenedores de la tesis procesal no se refiere sólo a las usualmente ilegítimas condiciones de encarcelamiento.

La crítica se apunta también en que aún imaginando una ejecución en óptimas condiciones, de cualquier manera resultaría conflictivo diferenciar la pena de la medida cautelar, pues se trata de dos modos graves de afectación de la libertad ambulatoria. En tal caso, poco importa la justificación expresada, o las mejores condiciones de detención, frente a la privación de libertad, la distinción entre pena y medida cautelar solo se observa en el ámbito teórico.

En los ámbitos legal, doctrinario y jurisprudencial los argumentos legitimadores de orden procesal han logrado concertar la mayor cantidad de seguidores.

La prisión preventiva es considerada por muchos como un remedio para cuidarse de los peligros que el acusado despliega sobre el proceso penal. A grandes rasgos, quienes sostienen la naturaleza cautelar de la prisión preventiva entienden que ésta se justifica como un medio indispensable para la defensa del derecho, esto es, como una medida imprescindible para asegurar el imperio de la ley penal.

Sacrificando algunas diferencias, en un intento por integrar las opiniones más restrictivas sobre la materia, podemos afirmar que los partidarios de la tesis procesal consideran legítimo que la prisión preventiva pueda ser dispuesta en última instancia, cuando existan pruebas de la existencia del hecho y la participación del acusado.

Si fundadamente ninguna otra medida permitiera asegurar los fines procesales de resguardar la producción de la prueba y asegurar la aplicación de la ley penal, siempre en forma limitada en el tiempo y condicionada a la subsistencia del interés que justificó su adopción y en todo caso no puede producir en el imputado un padecimiento equivalente al de la pena de prisión, como veremos adelante con los requisitos de ésta institución, expresados por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia.

2.3 Garantías Constitucionales y Tratados Internacionales

Todo encarcelamiento preventivo conlleva una porción de peligro sobre la garantía constitucional de locomoción o física, propiamente dicha, por ello, cualquiera sea la naturaleza técnica del encarcelamiento preventivo, éste deberá contar con los siguientes requisitos o condiciones:

a) Excepcionalidad:

Teniendo como base las garantías constitucionales, todo hombre goza de estado de inocencia hasta que el mismo no sea revertido por condena firme por tribunal competente, dictada con respeto a los derechos de defensa en juicio. Por ello, el principio es que todo habitante sometido a proceso penal debe permanecer en estado de libertad, todo esto sin perjuicio que la persona debe estar a disposición del órgano jurisdiccional y obedecer y responder cuando es llamado por éste. Solo puede aplicarse la medida coactiva de prisión preventiva, como excepción, cuando en el caso concreto, conforme al delito, se pongan en peligro los fines del proceso, la investigación del mismo y la efectiva aplicación de la ley penal. Estas pautas deben tomarse como base. Toda privación que no persiga estos objetivos exclusivamente es inconstitucional¹¹.

b) Necesariedad:

Esta coerción solo será legítima cuando sea indispensable para asegurar los fines del proceso, de ahí su naturaleza cautelar y no sancionadora. En consecuencia, cuando el peligro de fuga o de entorpecimiento pueda asegurarse por otros medios, debe siempre optarse por estos.

c) Racionalidad:

Debe existir una relación de proporcionalidad en la medida con la posible sanción futura, sería irrazonable establecer a una persona un encarcelamiento mayor al cual podría ser pasible en caso de condena por el mismo hecho.. Lo que tiene naturaleza cautelar no puede tener mayor entidad que aquello que tienen por fin asegurar.

d) Ordenado por autoridad competente:

El precepto constitucional en el cual se establece que nadie puede ser arrestado si no es con orden escrita por autoridad competente es más que suficiente y explicativo de por si. Por una

interpretación abarcativa de la Constitución Nacional vemos que esa orden debe impartirse por parte del Poder Judicial. Hacer una interpretación diferente implica una indebida extensión del texto constitucional, al contrario, la interpretación debe ser restrictiva, pues se alude a normas que regulan la facultad de privar de su libertad a los habitantes. No se trata de cualquier autoridad, sino que la misma Constitución Nacional se ocupa de dejar en claro que se trata del Juez Natural, en el caso concreto el encargado de llevar adelante la orden de detención.

e) Mediante orden escrita:

Esto surge expresamente del art. 18 de la Constitución Nacional, esta exigencia debe entenderse en cuanto a la resolución los órgano jurisdiccional que la ordena, pero la comunicación de la misma a la autoridad policial que deba llevar la a cabo puede ser válidamente realizada en forma verbal, telefónica o por cualquier otro medio fehaciente, siendo de importancia la constancia escrita de la resolución tomada por el juez, con clara mención de la fecha, hora, autoridad y medios que se utilizaron, así como las razones de urgencia que le impidieron efectuar la misma en forma escrita..

f) Plazo razonable:

Si bien la propia Constitución Nacional permite la coerción personal sobre la libertad, sin condena firme, esta se debe realizar en forma cautelar solo como excepción, y este encarcelamiento no puede prolongarse de manera indefinida ni de forma irracional. Este principio deriva de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, para que en un período de tiempo adecuado se decida sobre la situación procesal del imputado frente al orden jurídico, porque es esencial un trato humanitario para con el imputado por parte del órgano jurisdiccional y también es un deber de la comunidad resolver los procesos judiciales con eficacia en un período de tiempo prudencial, de modo que no se dilate la situación angustiosa y gravosa que debe sufrir el imputado, ni la seguridad jurídica de la comunidad.

Esto también está consagrado en el art. 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su inciso 5°, donde dispone “ *Toda persona detenida o retenida, [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso*”.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que por “plazo razonable” debe entenderse el período de tiempo transcurrido entre el primer acto procesal o de privación de la libertad, en su caso, y la conclusión del proceso incluyendo los recursos que puedan interponerse¹².

También encontramos dentro de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos una serie de elementos en cuanto al plazo de detención sin condena:

- a) La complejidad del asunto;
- b) La actividad procesal del imputado;
- c) La conducta de las autoridades judiciales, debiendo procederse a un análisis global del procedimiento¹³.

La orfandad reinante en la legislación Argentina en cuanto al plazo, fue resuelta mediante la Ley 25.430, estableciendo que la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia, pudiendo prorrogarse por un año más sólo cuando por la cantidad de los delitos atribuidos o la evidente complejidad de la causa haga imposible el dictado de una sentencia en aquel plazo.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya se ha expedido en este tema, al expresar que el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en forma legal, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal¹⁴.

CAPITULO 3

3.1 El principio de inocencia

Para facilitar el tratamiento de este punto, caracterizaremos provisoriamente al principio de inocencia como un requerimiento de realización de los procesos penales, que determina que nadie debe ser considerado responsable de un delito, ni tratado como tal, hasta tanto exista una sentencia condenatoria que así lo declare.

Vélez Mariconde¹⁵ citaba, como la primera recepción relevante del principio de inocencia, la contenida en la declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la cual expresa en su artículo noveno: *"debiéndose presumir inocente a todo hombre mientras no se lo haya declarado culpable, si su arresto hubiera sido considerado indispensable, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley."*

La primera aparición en el mundo de las normas del principio de inocencia fue también el inicio de las discusiones que se generarían después, dado que desde su nacimiento contiene dos elementos centrales de la discusión; en primer lugar, porque se define a la inocencia como una presunción; y en segundo lugar, porque la misma inocencia, garantía de la libertad, nace acompañada de las medidas por las cuales el Estado está autorizado a privar de su libertad al individuo.

Tal expresión ritual fue receptada por nuestros constituyentes en el artículo 18° de la Constitución Nacional, que dispone, como ya lo hemos expresado: *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..."*; continuando luego con el párrafo *"Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente."*

Si bien el principio de inocencia no es manifestado literalmente en el texto constitucional, su vinculación con la garantía de juicio previo hace que toda la doctrina sobre el punto lo haya considerado implícita en la expresión constitucional¹⁶.

La doctrina procesal penal adoptó sin reservas esta idea; tanto Alfredo Vélez Mariconde como Jorge Clariá Olmedo, entre otros, coincidentemente trataron a la inocencia como una garantía constitucional implícita, no escrita en la Constitución Nacional, derivada de la garantía de juicio previo.

Ahora bien, en el debate doctrinario sobre el punto es sumamente relevante el cambio normativo derivado de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, momento en el cual ingresarían al escenario numerosas normas contenidas en pactos internacionales de derechos humanos, las cuales analizaremos más adelante; sin embargo, a los efectos de analizar este debate debemos tener en cuenta que los análisis se fundamentaban solamente en el artículo 18° de la Constitución Nacional, sobre el cual se enunciaron las tesis que expondremos a continuación.

3.2 La inocencia como presunción

En esta formulación, se considera a la inocencia como una presunción que juega a favor del imputado en el proceso penal, y que implica que la ley le atribuye condición y tratamiento procesal de inocente hasta tanto se dicte una sentencia condenatoria, y esta sentencia quede firme por agotamiento de los recursos.

Implica además que si la acusación no consigue acreditar acabadamente la responsabilidad penal en todos sus aspectos, tal deficiencia estatal debe ser computada a favor del imputado, quien por contar con la citada presunción en su favor, será beneficiado a pesar de que no haya aportado pruebas para acreditar su inocencia.

En resumen: aunque el acusado no realice actividad probatoria para acreditar la inocencia, igualmente se lo considerará y se lo tratará como inocente durante el proceso penal.

Mientras que la doctrina mayoritaria considera como términos equivalentes a la "*presunción de inocencia*" y "*presunción de no culpabilidad*", algunos autores se han preocupado por distinguir entre ambas, expresando que esta última implica una garantía algo más restringida que la primera.

En este orden de ideas Fabián I. Balcarce¹⁷ argumenta que el término "*presunción de inocencia*" implica reconocer al imputado una esfera amplia y abarcativa de derechos personales que deben permanecer intactos a pesar del proceso penal; mientras que "*presunción de no culpabilidad*" significa -estrechamente- que la persona debe ser considerada no responsable del hecho penal, pero admitiendo grados de sospechas y hasta "*presunciones*" de culpabilidad para fundar los actos procesales que impliquen restricción de derechos del acusado.

3.3 Tesis negativas de la presunción de inocencia

Ya instalada y recepcionada la presunción de inocencia como un principio básico del Derecho Penal liberal, desde algunos pensamientos se discutió su existencia y viabilidad.

Así, Vélez Mariconde¹⁸ mencionaba que Garófalo se había pronunciado contra tal principio, y mencionaba que este autor preconizaba la prisión preventiva en forma general como un medio de defensa social.

Sin embargo, en la ciencia procesal es el nombre de Vincenzo Manzini el que ha quedado vinculado a la detracción de la presunción de inocencia¹⁹.

El razonamiento de Manzini es el siguiente: las presunciones legales se fundamentan en lo que comúnmente pasa en la vida; sin embargo, en el caso de la presunción de inocencia nos

encontramos con una presunción "juris tantum" que proclama que el imputado es inocente, cuando la realidad de la vida nos muestra que comúnmente los imputados son culpables de los hechos por los cuales fueron acusados, lo que suele ser demostrado en las condenas posteriores.

Por ello, afirma Manzini, esta presunción no tiene arraigo en la realidad de las cosas, y debe ser descartada.

Por ahora diremos que el pensamiento de Manzini, seductor en principio, incurre en un error que frecuentemente ha oscurecido la discusión.

Obviamente que, conforme este pensamiento, la prisión preventiva se encuentra plenamente justificada, dado que el Estado estaría haciendo un anticipo de pena a quien podemos válidamente presumir que es culpable del hecho.

La afirmación lanzada por Manzini fue recogida por Vélez Mariconde, quien, preocupado por la conciliación entre inocencia y medidas de coerción personales, elaboró su tesis del "estado de inocencia", sobre la que nos detendremos más adelante.

Como advierte Ferrajoli, debemos distinguir entre las normas de trato procesal y las normas de juicio; las primeras hacen referencia al "status" de la libertad y demás derechos del imputado durante el proceso; las segundas, son relativas a la formación de la convicción judicial acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del imputado.

Mientras que en este último caso la presunción de inocencia implica que si la culpabilidad del imputado no se encuentra acabadamente acreditada procede su absolución, en el primer supuesto se ventila la cuestión de cuál es la razón por la que a un imputado se le puede hacer sufrir una prisión preventiva, que funciona materialmente como una pena de prisión a la cual todavía no sabemos si se ha hecho acreedor.

Sobre el punto se ha expresado también Fabián I. Balcarce, quien luego de criticar hasta e extremo tanto la tesis de Manzini como la de Vélez Mariconde, distingue entre presunción desde el punto de vista de la teoría de la prueba y presunción como directiva al juez.

Estableciendo que la presunción de inocencia se refiere a estos últimos casos, indica Balcarce que la institución puede ser clasificada como un caso de "*ficción legal*", vale decir aquellos supuestos en que la ley manda decidir en un determinado sentido, más allá de lo que la experiencia común de la vida -base de las presunciones- nos diga sobre el caso.

Así, el mismo autor la define de este modo: "*El principio de presunción de inocencia es una garantía procesal penal, protectora de un derecho esencial del individuo que, a través de una ficción legal, impone un mandato al órgano jurisdiccional, el cual consiste en reconocer (juzgar) inocente al individuo hasta el momento en que un acto complejo (sentencia firme) modifique tal circunstancia.*".

Por su parte Maier parece aceptar en un principio la "presunción" de inocencia, pero distinguiendo entre "praesumptio" como determinación normativa -concretamente, una orden al juez sobre cómo decidir en caso de duda- y como determinación fáctica, es decir, como elemento de prueba; para concluir en que ésta es una presunción en el primer sentido.

Resumiendo lo expresado, el razonamiento de Manzini se fundamenta en un error conceptual, consistente en identificar presunción como prueba, tema propio de la teoría probatoria, con presunción legal, materia correspondiente a las directivas normativas al juez sobre cómo resolver en un caso determinado.

3.4 Tesis del "estado" de inocencia

Como dijimos, la tesis de Manzini no pasó desapercibida en la doctrina argentina. Por el contrario, nuestros autores recogieron el desafío lanzado por el autor italiano, y respondieron con la

formulación de la tesis de la inocencia como estado jurídico, que fue la más ampliamente acogida en la ciencia procesal argentina del siglo XX, siendo sus mejores enunciadores y sistematizadores Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo.

Según esta postura, la definición de la culpabilidad durante el proceso no se encuentra contrapesada por una "presunción" de inocencia, lo que implicaría perfectamente un tratamiento amplio de no culpable al procesado hasta el momento de la sentencia, sino por un "estado" de inocencia, que a modo de principio debe ser destruido por la acusación para llegar a una condena.

La diferencia terminológica es muy importante. Los autores mencionados advirtieron inmediatamente la vinculación de temas que existe entre el principio de inocencia y las medidas restrictivas de la libertad durante el proceso, y buscaron por esta alternativa discursiva conciliar ambas posturas. Y obviamente, un estrecho "estado de inocencia" es más funcional para la admitir la existencia de la prisión preventiva que la amplia "presunción de inocencia".

En la construcción del pensamiento de Vélez Mariconde se advierte inmediatamente esto; el autor ingresa sin reservas en el juego propuesto por Manzini, y dado que este último autor relaciona en forma inmediata las medidas cautelares con la presunción de culpabilidad que las fundamenta, Vélez Mariconde se vio obligado a buscar una solución de conciliación entre el principio de inocencia, en el que creía de buena fe, y la presunción de culpabilidad que fundamenta la prisión preventiva.

Así nació el "estado de inocencia", como una proclamación con proyección al momento de la sentencia -implicando que en caso de duda se debía absolver-, pero a la vez compatible con los grados de sospecha que fundamentan las distintas resoluciones interlocutorias que se dictan en el proceso en contra de la posición o derechos del imputado (entre las que se encuentra la prisión preventiva).

Clariá Olmedo va directamente al tema central, en la vinculación entre el principio de inocencia y las medidas de coerción. Así, expresa el autor: *"Tomado aisladamente el texto de la fórmula francesa cabría la crítica en contra del principio de inocencia que varios autores han expuesto en el sentido de que ante tal "presunción de inocencia" la sociedad debería cruzarse de brazos frente al daño jurídico de posible producción, pues el respeto de esa "presunción" impediría asegurar la prueba, realizar el juicio y ejecutar la condena, ya que no podría encarcelarse al imputado en forma preventiva, ocultarle la investigación preliminar, ni impedirle la fuga mientras tal "presunción de inocencia" no hubiere sido eliminada por sentencia firme"*²⁰.

Como dijimos, la visión del principio de inocencia como "estado" no hace más que preparar el ingreso de su consecuencia inmediata, tal es la visión de la prisión preventiva como una medida cautelar más, que no afecta mayormente los derechos del imputado por su provisionalidad.

Lo curioso del caso es que estos autores, mientras que en un principio adoptan el principio de inocencia -estándarte del Derecho penal liberal- con amplias proclamaciones y sugestivas proyecciones, luego lo limitan y lo transforman en el estrecho y manejable concepto del "estado de inocencia".

Aclararemos no obstante, y en honor a estos dos autores argentinos, que nunca dejaron de destacar el carácter de necesidad -hoy diríamos de última "ratio"- de la prisión preventiva, así como su provisoriedad, con lo que dieron fundamento a las interpretaciones liberales sobre el punto. A ellos les debemos que la prisión preventiva no haya sido una regla invariable en la legislación y la práctica judicial del siglo XX.

Llegados a este punto, es lícito preguntarnos cuál es la tesis sobre el principio de inocencia con autoridad constitucional: ¿corresponde a la tradicional presunción? ¿no existe -tal cual proclama Manzini-?, ¿o reviste en realidad la forma de "estado" de inocencia?

La solución al dilema, según la doctrina, pasa por la advertencia del cambio de situación derivado de la reforma constitucional de 1994; ello significa que las tesis que eran sustentables y admisibles a la luz del artículo 18° de la Constitución Nacional, ya no son válidas luego de la reforma, como veremos seguidamente.

Pero para dilucidar las cuestiones planteadas en relación a la definición aceptable de la inocencia, es menester realizar una nueva indagación acerca de la naturaleza de la misma en relación al sistema normativo.

En efecto, sabido es que las directivas político criminales pueden inmiscuirse en el mundo normativo a través de los llamados "principios normativos", o a través de las denominadas "normas rectoras".

Conforme los primeros -y refiriéndonos a las normas relativas a la punición-, el diseño del sistema penal que se quiere para el Estado se incluye en los textos constitucionales, con directivas concretas que deben respetar las normas jerárquicamente inferiores como condición de validez.

Las normas rectoras, en cambio, no se encuentran incluidas en la constitución, por lo que tienen jerarquía de ley; pero por su carácter general, y su proyección de información del sistema jurídico penal en el mismo sentido de los principios normativos, deben prevalecer sobre otras leyes de igual jerarquía que regulan instituciones en particular.

Esta concepción es de utilidad para resolver el punto de la definición sobre el principio de inocencia, dado que nos permite advertir que tal principio ha experimentado un ascenso en su consideración; primitivamente ha sido una norma rectora, para luego pasar a revisarse como principio normativo.

En efecto, mientras rigió exclusivamente la Constitución Nacional como cúspide del sistema normativo argentino, el principio de inocencia fue definido exclusivamente como un

corolario derivado del principio normativo de juicio previo incluido en el artículo 18° de la ley suprema.

Adviértase que la cláusula de juicio previo en realidad nos dice muy poco acerca del trato procesal previo a la sentencia; así, si es culpable (hoy diríamos responsable penalmente) quien ha sido condenado por sentencia firme, en caso de no existir condena, nos encontraríamos frente a alguien no culpable o inocente, según quiera considerarlo el intérprete.

Pero la cláusula constitucional no nos permite avanzar más allá, quedando librado a los intérpretes la definición del tratamiento que debía darse al no culpable o inocente.

Tal estado de cosas dejaba libre un espacio de juego en el cual se pronunciaban los autores y los legisladores conforme su preferencia; en ese contexto, no podían atacarse por invalidez constitucional tesis como la del estado de inocencia de Vélez Mariconde y Clariá Olmedo, ni la de la presunción de inocencia.

Curiosamente, en este vacío constitucional también habría sido admisible hasta una tesis como la de Manzini, fundada en la presunción de culpabilidad: mientras existiera un juicio previo a la sentencia condenatoria, ya los obstáculos constitucionales estarían salvados.

Quizás advirtiendo este espacio libre se dio sustento a las definiciones de "*normas rectoras*" incluidas en la parte liminar de los Códigos Procesales Penales de Vélez Mariconde o de Ricardo Leven (h); normas que, por su claridad e intención, cerraban el paso a interpretaciones autoritarias como la de Manzini.

Ahora bien, el espacio de juego mencionado quedó rotundamente alterado con la modificación del artículo 75° inciso 22 de la Constitución de 1994, en cuanto admite con plena jerarquía constitucional los Tratados de Derechos Humanos, dando inicio a la más trascendente y

enérgica modificación de estructuras normativas acaecida en la Argentina desde la misma sanción de la Constitución Nacional.

Y si bien el artículo 18° de la Constitución Nacional no ha sido modificado, la inclusión de textos normativos que expresa y claramente se pronuncian por la adopción en el sistema penal de la presunción de inocencia como tal, determinan que tanto las tesis negatorias como la tesis del estado de inocencia ya no puedan ser sustentadas actualmente con apoyatura constitucional.

Así, el apartado I del artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos²¹ dispone: "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, [...]*".

A su vez, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: "*Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable*".

A su turno, el inciso 2° del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos²² expresa: "*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*".

El apartado 2° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³ expresa: "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*".

Finalmente, el artículo 40, apartado 2, letra b, inciso i de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: "*Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*".

Por lo dicho, entendemos que si bien antes de la reforma constitucional de 1994 era sustentable una tesis distinta, el actual marco constitucional impone actualmente como "*tesis oficial*" la correspondiente a la presunción de inocencia como tal.

3.5 Derivaciones del principio de inocencia

El principio constitucional de inocencia reviste ciertas derivaciones que son del mayor interés para dilucidar la cuestión planteada al principio de este trabajo, y que esbozaremos brevemente:

1) Regla de "In dubio pro reo": Esta es una consecuencia de la proyección del principio de inocencia al momento de la decisión del proceso, y significa que en caso de no contar el juez con elementos que permitan afirmar la responsabilidad penal del imputado, debe absolver al mismo.

Desde el punto de vista lógico, contando el acusado a su favor con la presunción de que es inocente, la carga de acreditar la culpabilidad corresponde exclusivamente a la acusación que busca destruir la inocencia.

Por otra parte se advierte claramente su antecedente en el principio de inocencia enunciado de esta manera, dado que el principio de juicio previo no alcanza a sustentar por sí solo una solución de esta naturaleza.

2) Regla del "onus probandi": Conforme esta regla, es el acusador quien debe producir la prueba que acredite la responsabilidad penal del imputado, y no éste quien tenga la obligación de producir la prueba de su descargo.

3) Regla del tratamiento como inocente: Significa que el imputado, considerado inocente por la presunción de inocencia, tiene el derecho a ser tratado como tal en la aplicación de los medios de coerción procesal.

El principal efecto de esta regla es el derecho a permanecer en libertad durante el proceso penal, cuyo alcance y límites examinaremos por separado.

3.6 Proyecciones constitucionales del principio de inocencia

Una vez que hemos establecido que el principio de inocencia reviste la forma de presunción, y que la misma es un principio normativo receptado en los tratados internacionales, pasaremos a analizar cuáles son sus repercusiones en materia constitucional.

Resulta en primer lugar del mayor interés dilucidar la naturaleza constitucional del principio de inocencia, dado que desde el punto de vista doctrinario se lo ha clasificado indistintamente como garantía o derecho constitucional.

La diferencia entre derechos y garantías es perfilada por la doctrina:

"Los derechos son facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres. Implican adjudicar a éstos una cierta potencia, basada en el deber ser ideal del valor justicia; dicha potencia atribuida en el orden de las conductas de reparto y valorada como justa, aparece en el orden de normas como derecho. Los derechos que se consideran inherentes al hombre por su calidad de persona se denominan, tradicionalmente, derechos naturales del hombre."; "Las garantías son instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos. Tales garantías están también establecidas en la parte dogmática de la Constitución. En tanto los derechos que inviste quien es sujeto titular o activo de los mismos se reputan ambivalentes o bifrontes, en cuanto aquél sujeto los puede hacer valer ante dos sujetos pasivos (ante el estado, y ante los demás hombres)... las garantías sólo dan origen a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el estado exclusivamente. Los derechos son oponibles, entonces, "erga omnes" (contra todos), mientras las garantías existen solamente ante el estado"²⁴.

3.7 El principio de inocencia como derecho constitucional

De acuerdo a las definiciones citadas respecto a la distinción entre derecho y garantía, el principio de inocencia parece operar como un derecho de índole constitucional.

En efecto, la libertad ambulatoria es un derecho fundamental de la Constitución Nacional, tal como lo prevé el artículo 14° de ley suprema y su normativa conexas.

Este derecho atribuido a todo ciudadano ingresa, sin embargo, en un "status" especial en cuanto ese mismo ciudadano es sometido a un proceso penal, dado que desde ese momento la libertad ambulatoria es susceptible de limitaciones sobre la base del respeto a los fines de la institución procesal.

Teniendo en cuenta que el sistema penal argentino se ha definido por la estatalidad de la definición del catálogo de delitos y de la aplicación de las penas, lo cual implica que el Estado reserva en forma exclusiva para sí la coerción penal, en el ámbito penal cualquier facultad que puedan hacer valer los particulares tiene como contraparte al Estado, y no a otro particular.

Esto nos indica que el principio de inocencia opera como un derecho de las personas acusadas en sede penal, a ser consideradas y tratadas en una forma determinada.

El principio de inocencia no es en sí mismo una garantía constitucional, salvo que se le otorgue al término un sentido lato; es un derecho subjetivo que, como tal, puede ser protegido por una institución o procedimiento de seguridad -léase garantía constitucional-.

De este derecho que tiene vigencia en el ámbito de cualquier proceso penal surge, como derivación lógica, un principio subordinado que es el derecho a permanecer en libertad durante el proceso penal.

Por ello este derecho a la libertad durante el proceso penal asume un carácter de cierta autonomía con respecto al derecho a la libertad ambulatoria en general del artículo 14° de la Constitución Nacional.

Desde el punto de vista histórico, el derecho a la libertad durante el proceso penal tiene un surgimiento paralelo e independiente del derecho a la libertad ambulatoria; inclusive podemos apreciar que los primeros fallos de la Corte Suprema hablan de la "libertad bajo fianza" como un derecho autónomo, lo cual encuentra autoridad en ciertos precedentes históricos tales como la Declaración de Derechos de 1688 de Inglaterra, de la cual derivó la VIII enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América dictada en 1791, que prescribe "*No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas desmedidas ni se aplicarán penas crueles o desusadas.*".

Este derecho reviste un carácter relativo, lo que significa que puede ser reglamentado; y su protección práctica es la excarcelación -o la institución que en cada particular ordenamiento haga sus veces-, lo que caracteriza a esta figura como garantía constitucional. Inclusive una voz doctrinaria tan autorizada como la de Bidart Campos ha propuesto que atento su vinculación con la materia constitucional, el régimen de excarcelación debe ser regulado por el Congreso de la Nación.

Sentado que existe un derecho constitucional autónomo a la libertad durante el proceso penal, y que la excarcelación es su garantía, debemos formularnos a esta altura el problema central: la reglamentación del derecho a la libertad durante el proceso penal, ¿puede determinar la supresión total de la mencionada libertad, autorizando el encarcelamiento preventivo?

3.8 Compatibilidad entre principio de inocencia y prisión preventiva

Conforme estas ampliamente difundidas y receptadas tesis, no existe conflicto desde el punto de vista constitucional en la coexistencia del principio de inocencia con la institución de la prisión preventiva.

La cláusula del arresto contenida en el artículo 18° de la Constitución Nacional ("*Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.*") ha sido el fundamento habitual de las tesis que admitían la validez constitucional de la prisión preventiva en la etapa constitucional previa a la reforma de 1994.

El razonamiento seguido era el siguiente: admitido que en la Constitución Nacional se halla explicitado el principio de juicio previo (y su derivado principio de inocencia) en la primera cláusula del artículo 18°, también debe advertirse que en la misma disposición existe la cláusula que permite arrestar por orden escrita de autoridad competente.

En consecuencia, no hay inconvenientes en admitir además la validez constitucional de la prisión preventiva, dado que la mención al "arresto" que hace la segunda cláusula del artículo 18° hace referencia a cualquier medida restrictiva de la libertad que pueda dictarse en el proceso penal.

No obstante el amplio apoyo de que gozó tal interpretación en la época previa a la reforma constitucional de 1994, entendemos que tal interpretación es errónea; tanto en la época de los constituyentes como ahora, la referencia a "arresto" alude a una medida privativa de libertad de corta duración²⁵, por lo que validar las largas prisiones preventivas que normalmente se imponen en nuestro sistema procesal utilizando esta cláusula constitucional implica construir sobre la arena.

Otra cláusula constitucional a la cual se recurrió para argumentar la validez de la prisión preventiva es la relativa a "*cárceles sanas y limpias*" del último párrafo del artículo 18°, y fue temporalmente el primero usado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sintéticamente expresado, el desarrollo es este: dado que las cárceles son para seguridad y no para castigo de los detenidos, sólo la seguridad puede justificar su encierro; y para los casos en que la pena prevista no sea de encierro, sino por ejemplo de multa o destierro, no se advierte la necesidad de la medida, por lo que debe ser declarada inconstitucional.

Los fallos sobre esta cuestión y los que siguieron sus lineamientos, pueden describirse como de criterio limitado, dado que restringe la garantía de libertad bajo fianza a los casos de delitos que no tengan prevista pena corporal.

Sin embargo, otros autores opinaron que el criterio sentado en Fallos, 102:225 tiene un alcance amplio, dado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación limitó la prisión preventiva a razones de seguridad, fundamentando así constitucionalmente la libertad bajo fianza.

Este argumento sobre el último párrafo del artículo 18 es retomado y sumado a la argumentación por Clariá Olmedo, quien expresa que la mención del artículo 18° a la existencia de cárceles, que en el siglo XIX se refería inequívocamente a lugares de internación de procesados, convalida lógicamente la posibilidad de la existencia de la prisión preventiva.

Admitimos que el último párrafo del artículo 18° legitima la existencia de centros de detención para no penados, dado que ese era el sentido que la palabra "cárcel" tenía a la época de la sanción de la Constitución de 1853, con lo que consecuentemente se admite la existencia de medidas restrictivas de la libertad de los procesados.

Sin embargo, entendemos que de tal norma no se puede extraer sustento para las extensas privaciones de libertad que implican las actuales prisiones preventivas, que las tornan similares a penas anticipadas.

CAPITULO 4

4.1 Tratamiento de detenidos bajo Prisión Preventiva

Resulta también procedente dedicar unas palabras sobre la situación de las personas detenidas bajo prisión preventiva, ya que éstos no han sido condenados y por tanto merecen una situación diferente a los primeros. En los diferentes ordenamientos normativos penales existen diferentes reglas establecidas para la calidad del alojamiento, lugares predeterminados, etc.

Los que fueren sometidos a prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados, esto es lo que estipulan tanto el Código Procesal Penal de la Nación como el de la Provincia. Se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les atribuye.

Podrán proponerse, a sus interés, las comodidades que no afecten al régimen carcelario y la asistencia médica que necesiten, sin perjuicio de la que deberá ser gratuita que presta el establecimiento donde se alojen, por medio de sus médicos oficiales, también recibir visitas íntimas periódicas sin distinción de sexo, en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley.

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

El antedicho concreta los derechos a la integridad personal reconocidos por el art. 5° inc. 4° de la CADH donde se establece la necesidad de separar a los procesados de los condenados y de asignar a aquéllos un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

4.2 La Prisión Preventiva y Los Pactos Internacionales

En este capítulo nos proponemos dar una mirada abarcativa de los instrumentos legales internacionales referida tanto a la privación de la libertad en general como a las medidas alternativas a ésta.

El art. 7º párr. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) expresa que *"...nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados parte o de las leyes dictadas conforme a ellas"*.

Mucho más protectora es la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH), en cuanto limita los motivos por los cuales se autoriza la privación de la libertad, estableciendo en principio seis categorías, a las cuales nos iremos refiriendo en el presente trabajo.

En tal sentido, se trataría de la conformidad no sólo con el texto convencional, sino también con los principios generales que éste consagre y con la finalidad de las restricciones a la libertad personal que autorice. Adecuación cuya inobservancia no es excusable con base en el derecho interno: según el Derecho Internacional:

"Las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no pueden invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, así como codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969"²⁶.

Del art. 7º párr. 3º de la CADH. surge para el Estado la prohibición de encarcelar al imputado arbitrariamente, pero no se establecen las exigencias bajo las cuales procede la prisión

preventiva. Sin embargo, en los arts. 16 y 20 párr. 1º del proyecto de Principios Mínimos para el Procedimiento Penal de las Naciones Unidas, y específicamente del principio 36 párr. 2º, surge que:

"La detención o el encarcelamiento hasta el comienzo de las investigaciones y del procedimiento sólo está autorizada si ello es necesario para asegurar los fines de la administración de justicia y en tanto esté fundada en motivos y se realice conforme a las condiciones y procedimientos determinados en la ley. Está prohibido imponerle restricciones -al imputado- en tanto ellas no sean absolutamente necesarias para los fines de la prisión o para la prevención de un entorpecimiento del procedimiento instructorio, de la administración de justicia o para la garantización de la seguridad y el orden en el establecimiento penitenciario".

Y en el art. 39 se dispone: *"Excepto en los casos previstos expresamente por la ley, toda persona que haya sido encarcelada por reprochársele la comisión de un hecho punible tiene derecho, sin perjuicio del cumplimiento de eventuales condiciones legalmente previstas, a ser mantenida en libertad hasta el comienzo del juicio oral, en tanto un juez o alguna autoridad, en interés de la administración de justicia no resuelva otra cosa. El juez o la autoridad tiene que examinar permanentemente la necesidad de la prisión".*

De acuerdo ha visto, se concluye que el imputado puede ser sometido al régimen de prisión preventiva siempre y cuando exista sospecha fundada de que podrá sustraerse de la acción de la justicia, o que entorpecerá la investigación, o ejercerá presiones sobre testigos o procurará destruir la prueba del delito. Ya vemos que son las mismas circunstancias que enumera el art. 346 del C.P.P.S.F.

Volviendo a la historia del derecho penal, vemos que estos motivos legitimantes de la prisión provisional ya fueron admitidos por Beccaria como *"necesarios"* contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, aunque la consideraba una pena que por estrictas razones de necesidad debe preceder a la declaración del delito.

Se afirma en la doctrina procesal con remisión al proceso civil que la prisión preventiva cumple las mismas funciones que las medidas cautelares en este último proceso y que el art. 18° de la Constitución Nacional, en cuanto autoriza el arresto por orden escrita de autoridad competente, legitima el encarcelamiento preventivo. Por último, algunos autores la explican en virtud de la prohibición del proceso en ausencia.

La fuga o el peligro de fuga, el peligro de entorpecimiento de la investigación, como luego veremos, puede conspirar contra el desarrollo del proceso y la eventual aplicación de la ley sustantiva; ello, sumado a otras situaciones excepcionales, permitiría, luego de un exhaustivo estudio caso por caso, su aplicación.

Debemos tener presente que dicha restricción sólo puede obedecer a motivos estrictamente procesales, ya que por mucho que se cuestione a los regímenes autoritarios que la convirtieron en regla, su incorporación no representa únicamente la vuelta al sistema inquisitivo sino la violación del estado jurídico de inocencia.

Si la presunción o estado jurídico de inocencia constituye un principio supremo en el estado de derecho, social y democrático, no puede reducirse este principio a una *"presunción burdamente paradójica e irracional"*, como con ironía lo bautizó Vincenzo Manzini.

Ahora bien, para que el derecho a la libertad personal y el principio o estado jurídico de inocencia no resulten desvirtuados deberán analizarse los requisitos sustanciales que autorizan el dictado de la medida en función de los fines que persigue el proceso y de estrictas razones procesales. Luego corresponderá se examine el derecho local a fin de valorar si el mismo cumple con los estándares internacionales en cuanto a la protección efectiva de los derechos humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce en sus instrumentos internacionales derechos, libertades y garantías mínimas, esto es, una suerte de orden público

internacional mínimo; esto quiere decir que los Estados signatarios de los convenios internacionales de derechos humanos pueden ampliar pero no reducir los derechos y garantías en ellos reconocidos.

La reducción operada en materia de prerrogativas estatales impone que los convenios internacionales de derechos humanos sean interpretados de buena fe, evitando lo que se conoce como "*fraude a la Convención*", lo que ocurre cuando la legislación ordinaria desconoce el objeto y alcance de los derechos contemplados en estos instrumentos.

Por ello en el marco de la C.E.D.H., el Tribunal Europeo, con fundamento en el art. 6º de la Convención, creó un verdadero "*Código de Derecho Judicial*", aplicable a todas las jurisdicciones internas, civiles, penales, administrativas, etc.

En nuestro país la Corte Suprema entiende que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales y que, en la medida de su jurisdicción, le corresponde aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en las condiciones que mejor concierten con su efectiva aplicación y, así, eviten una eventual responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.

Por lo tanto, la imposición de la prisión preventiva, de acuerdo a los Pactos Internacionales, debe, en primera medida, estar sujeta a la sospecha razonable de que el imputado ha cometido un delito

La sospecha de que el imputado ha cometido un delito es una condición *sine qua non* de la medida.

Se exige, entonces, el dictado de un auto de procesamiento en el que el juez a cargo de la instrucción preparatoria, en el orden nacional, federal o provincial, cuente con elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el imputado ha participado de su comisión (art. 306 C.P.P.N. y 325 C.P.P.S.F.).

La doctrina procesal argentina traduce dicha exigencia como probabilidad positiva de la existencia del hecho -no certeza- y de la intervención punible del imputado. Esto es una situación de mayoría de los elementos incriminatorios de cargo, o sea en contra del imputado, sobre los de descargo, a su favor.

Los elementos suficientes de sospecha autorizan el dictado del auto de procesamiento, pero para que este presupuesto legitime la prisión preventiva deberán cumplirse otros requisitos, tal como se verá a continuación.

Si la libertad personal sólo puede ser restringida para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley, entonces la prisión preventiva como medida cautelar asegurativa que le permita al Estado cumplir con su obligación de afianzar la justicia sólo será procedente en contados casos, a saber. La sospecha razonable debe entenderse como elemento que integra al *fumus boni iuris*.

4.3 Otros requisitos de la Prisión Preventiva

Tal como hemos visto, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, dirigida a asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso penal y a garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia condenatoria, que en su caso pueda dictarse. La imposición de una medida cautelar tan gravosa y restrictiva del derecho a la libertad ambulatoria se justifica principalmente -como hemos visto también- para evitar el riesgo de fuga del imputado.

De lo hasta aquí expuesto surge nítidamente que la prisión preventiva procura conjugar ciertos riesgos relevantes para el proceso, y, en su caso, par la ejecución del fallo. Por ello en ningún caso pueden perseguirse fines punitivos o de anticipación de la pena. Debe tenerse presente que quien sufre esta privación de libertad es una persona inocente.

La medida en cuestión requerirá entonces cumplir con las notas de jurisdiccionalidad, instrumentalidad y provisionalidad propias de las medias cautelares y, tratándose de una privación de la libertad, deberá, además, resultar proporcional a los fines que persigue el proceso penal.

Con relación a la nota de jurisdiccionalidad estimamos que el Código nacional no respeta el principio de imparcialidad objetiva como característica del acusatorio, en cuanto autoriza al juez instructor, o, por lo menos, no lo prohíbe expresamente, a imponer la prisión preventiva de oficio.

Teniendo en cuenta que un juez es quien tiene a su cargo la dirección de la investigación en el Código Nacional, aun cuando la determinación de los hechos relevantes que delimitan el objeto procesal penal queda reservada a la iniciativa fiscal (art. 195 *CPPN* “*La instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, según lo dispuesto en los artículos 188 y 186, respectivamente, y se limitará a los hechos referidos en tales actos*”), se impone que la medida sólo pueda ser acordada previa petición fiscal o del querellante conjunto -cuando este sujeto procesal haya tomado intervención-.

La medida cautelar deberá observar, como se dijo, los principios de proporcionalidad y necesidad que justifiquen su dictado.

Con relación al principio de proporcionalidad es útil recordar que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia y doctrina alemanas; tiene su origen en el Derecho Administrativo de policía, extendiéndose posteriormente al conjunto del Derecho Administrativo, en cuyo ámbito se entendía como prohibición de exceso, directamente relacionada con la prohibición de la arbitrariedad de la Administración. Posteriormente ha pasado a considerarse como un principio general de todos los sectores del Derecho Público, cobrando especial importancia como criterio legitimador de las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales, tanto a nivel de su regulación legal como en el de su aplicación judicial (los órganos jurisdiccionales no pueden autorizar medidas restrictivas de derechos fundamentales si en el caso concreto resultan desproporcionadas).

En definitiva, el principio de proporcionalidad se configura como un límite a las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, prohibiendo aquello que resulte desproporcionado, en el caso concreto, el sacrificio del derecho afectado, en relación con la finalidad que con las mismas se pretende alcanzar.

Este principio se completa, como se dijo, con tres subprincipios elaborados por la doctrina y jurisprudencia alemanas, a saber: principio de idoneidad o adecuación, que exige que la medida sea adecuada para la consecución de los fines que con la misma se pretenden; principio de necesidad o exigibilidad, conforme al cual la medida acordada debe resultar imprescindible; y principio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que el sacrificio del derecho sea equilibrado o proporcionado con respecto al grado de satisfacción de interés público perseguido que se alcanza en el caso concreto.

Establecidas, entonces, las exigencias básicas a las que debe someterse la prisión provisional, procederemos a continuación al análisis de dos situaciones normativas contempladas tanto en el Código Procesal Penal Nacional como en el vigente en la provincia de Buenos Aires, en cuanto autorizan al juez a imponer la prisión preventiva no obstante el delito atribuido al imputado sea susceptible, en caso de ser éste condenado, a una pena de ejecución condicional; y otra por la cual resulta obligatoria la prisión preventiva con fundamento en la gravedad de la sanción penal del hecho.

CAPITULO 5

5.1 Distintas formas de recuperar la libertad

Luego de haber perdido, por circunstancias procesales, la libertad personal, antes de la finalización del proceso, el ordenamiento procesal de la Provincia de Santa Fe prevee varias maneras de recuperar la libertad.

Algunas se encuentran agrupadas dentro del Capítulo VIII del Título III, referido a la “Libertad bajo promesa o caucionada”, otras las encontramos dispersas en el Código referido.

Entre las primeras se encuentra la comúnmente llamada, por tradición, *excarcelación*, que corresponde cuando el imputado encuadra en alguno de los supuestos del art. 337 sin que exista en su contra comprobados algunos de los supuestos previstos en el art 338.

Dice la norma: *“Salvo las limitaciones del artículo siguiente, el imputado contra quien aparezca procedente o se haya dictado prisión preventiva deberá ser puesto en libertad bajo caución o promesa jurada:*

- 1) Cuando el delito o los delitos que se le atribuyen estén reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis años.*
- 2) Cuando, no obstante exceder dicho límite, sea probable el dictado de una condena condicional.”*

O sea, que cuando objetivamente y con prescindencia de la situación del encartado, el delito que se le imputa no supere el monto previsto o en realidad, como regla general, cuando no solo sea posible, sino aun probable, el dictado –si correspondiera- de una condena de prisión de ejecución condicional. A fin de establecer el monto mencionado deberán aplicarse las reglas del concurso en el caso de ser varios los delitos imputados.

Si encuadra en dicha situación aun debe superar el análisis (que efectuará el magistrado actuante) respecto de la no existencia de alguno de los supuestos previstos en el art. 338 del mismo cuerpo legal, que citamos a continuación:

“No se concederá la libertad bajo promesa o caucionada:

1) A los reincidentes, en los términos del Código Penal;

2) A los que por sus antecedentes, por carecer de residencia, por haber sido declarados rebeldes o por su presunta peligrosidad, o por la calidad y monto de los perjuicios causados, pudieran ser sospechados de que tratarán de eludir la acción de la justicia o perturbar las investigaciones;

3) A los que hubieran obtenido la libertad bajo promesa o caucionada en dos procesos anteriores en trámite”.

Como vemos, en realidad la Ley, así como dispone no aplicar prisión preventiva a quien en caso de ser condenado lo sería a una pena de ejecución condicional, sin perder por lo tanto su libertad, dispone no eximir de la prisión preventiva quien presume, por las circunstancias enunciadas arriba en el art 338, que en el caso de ser condenado, lo será a una pena de prisión efectiva, no pudiendo aplicarse en su caso la condicionalidad de la misma.

Sacando estas situaciones objetivas, el art dispone en realidad la aplicación de la prisión preventiva y la imposibilidad de eximirse de la misma cuando exista peligrosidad procesal en destinatario de la definición de dicha situación. Así hemos visto que la norma menciona en forma expresa a los que *pueden ser sospechados de que tratarán de eludir la acción de la Justicia o perturbar las investigaciones..*

Debe remarcarse que la mencionada peligrosidad que obsta según al normativa procesal santafesina a la libertad durante el proceso es, como se dijo claramente, una peligrosidad *procesal*: en otras palabras, que la norma estima que dejar al imputado en libertad correría serios peligros los fines del proceso.

No debe, por tanto, confundirse bajo ningún punto de vista dicha peligrosidad procesal con la supuesta peligrosidad personal que pudiera atribuirse o sospecharse al imputado, supuesto que, no es ocioso mencionarlo, son absolutamente ajenos a nuestro régimen procesal y en ningún caso pueden ser fundamento del rechazo de un pedido de libertad o de excepción a la disposición de la prisión preventiva.

Entre las formas de recuperar la libertad que se encuentran dispersas en el Código Procesal Penal, encontramos:

- a) cese de prisión preventiva (art. 331)
- b) libertad por el transcurso del tiempo (último párrafo del art. 208),
- c) libertad por falta de mérito (art. 308)
- d) libertad por cumplimiento de la totalidad de la posible condena
- e) libertad provisoria en caso de absolución apelada por el Ministerio Fiscal.
- f) Libertad por aplicación de medidas sustitutivas (art. 346), motivo principal de este trabajo.

a) Dice el art. 331: *“Cuando hubiere elementos de juicio para concluir que en caso de condena el procesado no sufrirá privación efectiva de la libertad superior a la que hubiere cumplido preventivamente, a su pedido o de oficio y en cualquier momento del proceso, el Juez o Tribunal ordenará por auto la cesación del encarcelamiento y la inmediata libertad previa constitución de domicilio. La resolución del Juez será apelable, sin efecto suspensivo, por el Fiscal y el imputado.”*

Como vemos, este artículo se acomoda a la nueva filosofía que con cierta congruencia se ha ido construyendo dentro de la legislación ritual penal de la provincia: no colocar a una persona que no ha sido condenada, pese a estar dentro de un proceso penal, en peor situación de

la que estaría si en dicho proceso recayera una sentencia que aun siendo condenatoria, lo pondría en situación mas beneficiosa que antes de la misma. En otras palabras, nadie puede continuar –de acuerdo a dicho artículo- en prisión preventiva previa, por tanto, a la sentencia definitiva, si podemos establecer mediante la operación matemática correspondiente, que aún en el caso de resultar condenado recuperaría la libertad.

b) Este modo de recuperar la libertad no necesita del trámite excarcelatorio, en este caso, según opinión del Dr. Carbone, tampoco obstaría la aplicación de las medidas restrictivas del art. 346 C.P.P.

c) La doctrina está dividida en cuanto a la interpretación, algunos dicen que se debe tomar en cuenta el mérito de la persona sobre el fondo de la causa, tomándolo como una especie de anticipo del dictado de la medida prevista por el art. 327 del C.P.P, que obviamente provocaría la libertad, otros interpretan que se tendría que analizar el mérito o razones particulares de la persona en cuestión para continuar detenido, en otras palabras, cuál es la peligrosidad procesal del mismo que motiva y obliga a mantener su detención.

e) Se presenta otra causal provisoria en el caso de dictarse absolucón y el Ministerio público apela está decisión, cuando el imputado estaba detenido, se procede a su libertad, aunque la causa no esté firme.

f) Obviamente la causa más interesante de analizar es la contenida en el reformado art. 346, objeto principal de análisis de éste trabajo, para el cuál vimos de necesaria explicación, todos los institutos nombrados anteriormente

Aunque de carácter absolutamente distinto a las situaciones que acabamos de enumerar, parecería contribuir a la claridad de la exposición, la mención de la recuperación definitiva de la libertad, ya sea por haberse dictado auto de sobreseimiento firme o sentencia absolutoria, también firme, a favor del imputado. Por supuesto que no podemos hacer distinción alguna entre los

distintos fundamentos que pudiera utilizar el tribunal para dictar el sobreseimiento o la absolución referidas: lo cierto es que el proceso no ha logrado vencer el principio de inocencia que al quedar ratificado judicialmente impone la inmediata recuperación de la libertad del anteriormente acusado, libertad de la que provisoriamente había sido despojado durante el proceso.

CAPITULO 6

6.1 Otras medidas de libertad con restricciones

Como ya dijéramos, entre las recomendaciones dadas por la O.N.U., se encuentra la búsqueda de procedimientos para la reducción, en lo posible, de la detención de personas que se encontrasen en espera de juicio o sentencia.

Tal recomendación, en el caso particular de nuestro ordenamiento jurídico, cobra fundamental importancia si tenemos en cuenta, que toda persona se presume inocente hasta tanto no se la declare culpable mediante una sentencia fundada en la ley anterior al hecho que motiva el proceso, como ya lo hemos expuesto cuando consideramos la relación entre prisión preventiva y Garantías Constitucionales.

Por ello, la detención o prisión preventiva debiera ser la excepción, y la libertad, la regla. En otras palabras, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *"la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro"*²⁷.

Es decir, que la razón que nos lleva a buscar alternativas o reducción del encarcelamiento preventivo, tiene un fundamento constitucional, aún si fueran establecimientos modelo los destinados a alojar procesados, cosa que no existe en ningún lugar del país.

Si a ello sumamos que estos lugares no son exactamente "modelos": que el hacinamiento y la promiscuidad son allí comunes; que no existe supervisión, asistencia psicológica, o demás tratamiento educativo; y que el período de esta medida cautelar suele ser excesivamente prolongado, tales establecimientos son verdaderas escuelas de criminalidad, donde los encarcelados son personas

a quienes la Constitución manda considerar inocentes pero que están allí cumpliendo una "pena" efectiva sin haber sido condenadas, y sin importar que pudieran ser inocentes.

En tal situación, se encuentran actualmente las dos terceras partes (63 %) de las personas encerradas en los establecimientos carcelarios nacionales del país, por lo que las "recomendaciones" de la O. N. U. debieran ser tomadas como ordenes para el cambio.

Tanto a nivel nacional, ejemplo es nuestro Código Procesal Penal, como en el derecho comparado, se comienzan a proponer distintas alternativas al encierro preventivo, o, en su caso, a la reducción o distinta modalidad del mismo.

Como ya sostuviéramos, hay determinados delitos por los cuales no resulta posible la concesión de la libertad caucionada, por lo que el procesado debe cumplir la detención y prisión preventiva, en un establecimiento afín. Tal negativa, se basa fundamentalmente en el hecho de que, ante una eventual condena, la misma será de efectivo cumplimiento, por lo que se presume que el beneficiario se sustraerá al accionar judicial.

Entre estas medidas encontramos el arresto domiciliario, esta modalidad de cumplir la detención preventiva podría ser una suerte de paliativo para aquellos casos en que de recaer condena la misma será de efectivo cumplimiento, mas no en virtud de la gravedad del delito o peligrosidad del delincuente, sino por una cuestión estrictamente legal.

El ejemplo típico, en el caso de nuestra legislación nacional, sería el de la persona que tiene una condena anterior por un delito menor, a 30 días de prisión en suspenso, y dentro de los cuatro años, comete el delito sancionado con prisión, por lo que la eventual condena deberá ser de efectivo cumplimiento.

Ante tal situación, el arresto domiciliario, bajo el contralor de la comisaría policial con jurisdicción en su domicilio, podría ser el justo medio entre una detención preventiva y la excarcelación actual, sujeta a ninguna vigilancia.

Otra de las medidas, con un mínimo grado de implementación en nuestro país es la libertad vigilada por monitoreo electrónico.

En algunas jurisdicciones del Canadá, como aproximadamente en 20 Estados de los EE.UU., se están utilizando mecanismos de monitoreo electrónico sobre más de 900 personas. El sistema en sí, consiste en la instalación de un receptor en el hogar del reo, a quien se provee de un transmisor que por lo general se le coloca en el tobillo o muñeca bajo la forma de una pulsera irrompible, y equipado con un equipo de alarma para evitar intentos de manipuleo. El receptor graba las señales emitidas por el transmisor, pero, si el reo se aleja más de cierta distancia de su casa, el receptor alerta una computadora central que inmediatamente alerta al personal correccional.

Este sistema, puede también ser utilizado no sólo para el confinamiento domiciliario, sino que se pueden programar en el receptor distancias varias, permitiendo, por ejemplo, que una persona se mantenga dentro de los límites de su comunidad.

Otra de las alternativas es el llamado “Trabajo en la comunidad”. En virtud de ello, debieran instrumentarse trabajos que reporten un beneficio para la comunidad, trabajos éstos que, por razones de seguridad, se cumplirían bajo la debida supervisión.

Tales actividades, harían sobrellevar al encausado sus días de encierro, serían una forma de canalizar angustias y ansiedades propias de su situación procesal de incertidumbre, a la vez que le proporcionarían una oportunidad para aprender o ejercitar un oficio.

De más está decir, que el ingreso a tales programas de trabajo, sería siempre por exclusiva voluntad del solicitante, ya que al no estar aún condenado, debe ser presumido inocente y por ello, no puede ser obligado a trabajar.

6.2 Medidas que importan la suspensión del proceso

La "probation", es una medida, de gran apogeo en los EE.UU. e Inglaterra, la cual comprendería dos supuestos:

a) la suspensión del procedimiento una vez conocida la acusación fiscal (mediando un pedido inferior a ciertos años de prisión);

b) la paralización de la causa luego del procesamiento y/o dictado de la prisión preventiva, en hipótesis de delitos menores.

Sea como fuere, esta medida sería el correlato, antes de una sentencia, de la condena de ejecución condicional, alternativa ésta de la prisión, de amplia difusión en nuestro medio²⁸.

Asimismo, cabe decir que como último recurso para lidiar con la prisión preventiva, numerosas legislaciones procesales han ideado mecanismos para evitar encierros prolongados, previos a una condena.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7.5), el art. 437 del Cód. de Proced. Penal de la Provincia de Buenos Aires (libertad al cumplir dos años de detención, cualquiera fuera el delito imputado), los arts. 379, 504 y 701 del Cód. de Proced. en Materia Penal entre otros.

En síntesis, consideramos que las medidas analizadas podrían ser verdaderos instrumentos de justicia en manos del juez, quien -ante casos particulares- no se vería obligado por la legislación,

a ordenar el encarcelamiento preventivo de un presunto inocente bajo determinados presupuestos, cuando él particularmente considera innecesario y nocivo tal encierro, pudiendo en consecuencia aplicar una medida sustitutiva.

CAPÍTULO 7

7.1 Las medidas alternativas en el ámbito internacional

En este sentido, en la misma dirección que la legislación local en diversas partes del mundo, las Naciones Unidas han hecho eco de la necesidad de impulsar la aplicación de medidas no privativas de libertad para las personas, mientras transitan por un proceso penal, podemos ver que ya desde el 6° Congreso de la O.N.U sobre "*Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*", se recomendó a los Estados miembros que examinaran sus legislaciones con miras a:

A) establecer los medios legales para poder aplicar medidas sustitutorias de la prisión, que puedan instrumentarse sin riesgo para la seguridad pública;

B) evaluar procedimientos cuya finalidad fuera la reducción -en lo posible- de la detención de las personas que se encontraran a la espera del juicio o la sentencia.

Cinco años más tarde, con motivo del 7° Congreso, se aprobaron numerosas resoluciones respecto a diversas medidas sustitutorias de la prisión, cumpliendo así -en parte- con las recomendaciones señaladas en el congreso anterior.

Años más tarde tuvo lugar el 8° Congreso sobre "*Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*" en el cual también se puso especial énfasis respecto de la preocupante problemática en torno a la pena privativa de la libertad y posibles sanciones alternativas o intermedias a la misma.

Creemos que uno de los factores decisivos en el éxito de estos objetivos, es sin duda la existencia de una corriente favorable de opinión en la sociedad, sobre las ventajas que los medios sustitutivos a la prisión conllevan, pero esto se hace cada vez más difícil ya que continuamente aumentan los índices de delincuencia y la sociedad está más interesada, influida por los medios de

comunicación o los sectores políticos interesados, en dejar a los supuestos delincuentes dentro de las prisiones.

También encontramos en Cuba un ejemplo de medidas cautelares no privativas de libertad, en su Ley de Procedimiento Penal (Ley nº 5 de 13 de agosto de 1977), donde las enumera, estas son:

- a) fianza en efectivo;
- b) fianza moral por la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca;
- c) reclusión domiciliaria;
- d) obligación, contraída en acta, de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale.

Según esta Ley, es una facultad exclusiva del fiscal, no sujeta a la aprobación ni revisión del tribunal correspondiente, la imposición de la medida cautelar de prisión provisional.

Para el cumplimiento de esta función de imponer la medida cautelar de prisión provisional, el fiscal general de esa República ha dictado instrucciones, las que pasamos a resumir y las cuales nos servirán como ejemplo a seguir cuando analicemos en el caso concreto la posibilidad de utilizar la sustitución bajo estudio:

En la Instrucción nº 1-95 del Fiscal General se establece: *“Reducir al mínimo indispensable la imposición de la prisión provisional mediante su análisis individualizado, adoptando otras medidas cautelares alternativas de existir los requisitos reales”*.

En la Instrucción nº 1 de 1996 del Fiscal General de la República, se estableció como objetivo para ese año, en relación con la prisión provisional, lo siguiente: *“Mantener la aplicación*

racional de las medidas cautelares de prisión provisional, reservándola para los casos en que no sea posible emplear alguna otra”.

Indicaciones más precisas aparecen en la Instrucción nº 11-94. En su sección VI, “*De la imposición y modificación de medidas cautelares*”, se dispone en el apartado 3 lo que sigue:

“Para decidir si procede la imposición de la medida cautelar de prisión provisional o alguna otra, el Fiscal realizará un minucioso estudio de las actuaciones practicadas hasta el momento comprobando en primer lugar que en estas se evidencien suficientemente la existencia de un hecho delictivo con sanción prevista superior a un año de privación de libertad o de multa superior a trescientas cuotas, valorando además la peligrosidad del hecho, su trascendencia y repercusión social, así como la personalidad del acusado. En este trámite es conveniente que el Fiscal se entreviste con el acusado a los efectos de valorar directamente sus características, actitud asumida ante el hecho cometido, sus motivaciones y otros elementos que permitan en conjunto un análisis certero y verdaderamente individualizado del caso”.

En otros apartados de la misma sección, y en consonancia con los mismos objetivos de las demás, se establecen otras indicaciones de importancia:

“El Fiscal durante el control de la fase preparatoria, si aprecia que las condiciones que dieron lugar a la Medida Cautelar de prisión provisional han variado, dispondrá de inmediato su modificación por otras de las contempladas en la ley, excepto en los hechos de máxima peligrosidad en que los acusados hayan evidenciado el propósito de evadir la acción de la justicia, y no posean domicilio reconocido y no existan garantías suficientes de su presentación ante las autoridades en la oportunidad que se requiera. Igual valoración deberá hacerse al evacuar el trámite de conclusiones provisionales.

Entre estos casos hay que tomar en cuenta también los acusados, a los cuales se les impone esta medida cautelar, debido a indicios que en los primeros momentos de la investigación

pueden resultar suficientes para asegurarlos, pero los mismos no se aplican ni comprueban en grado suficiente en el decursar de las investigaciones, caso en el que, no obstante no haber variado los motivos que dieron lugar a la imposición de esta medida, no se justifica suficientemente su mantenimiento”.

Como podemos ver, tanto a nivel de Naciones Unidas como en diversos países, la tendencia en la materia de prisión preventiva es lograr imponer un sistema donde la privación de la libertad de una persona, sin condena, sea la última medida a tomar.

Para ello se han estado proponiendo las medidas que hemos analizado, esperando que la sociedad entre en razón sobre de las virtudes de la *real y efectiva* aplicación de los Principios de Inocencia y de Estado de Libertad, que en la práctica cotidiana de los ordenamientos procesales criminales pareciera no querer imponerse debido a la presión social y a la inoperancia de los gobernantes a la hora de invertir a largo plazo sobre la situación social y educativa de base, raíz de la mayoría de los consiguientes problemas que aquejan a la sociedad en su conjunto.

7.2 Avance en la Normativa provincial

No debemos olvidar los avances producidos en la propia normativa provincial de nuestro país, en cuya ley, jurisprudencia y doctrina encontraremos ricas fuentes de información para contribuir al mejoramiento propuesto.

Al respecto, la más reciente norma, quizás, en el orden del tema estudiado, es la Ley 13.449 de procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, que por su importancia transcribimos en forma íntegra:

Art. 1.– Modifícanse los arts. 144 ; 148; 156; 157; 159 ; 169; 171 de la ley 11922 y sus modificatorias los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Art. 144.- Alcance. El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la ley para decidir lo contrario.

La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Art. 148.- Peligro de fuga y de entorpecimiento. Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga;

2. La pena que se espera como resultado del procedimiento;

3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual;

4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba,

2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente,

3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Art. 156.- Aprehensión por un particular. En los casos previstos en los incs. 1) y 2) del art. 153 , los particulares están facultados para efectuar la aprehensión, debiendo entregar inmediatamente la persona a la autoridad judicial o policial.

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

1. Que se encuentre justificada la existencia del delito.

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

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

4. Que concurran los presupuestos establecidos en el art. 171 para denegar la excarcelación.

Art. 159.- Alternativas a la prisión preventiva. Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias.

El imputado según los casos, deberá respetar los límites impuestos, ya sea referidos a una vivienda, o a una zona o región, como así las condiciones que se hubieran estimado necesarias, las

que se le deberán notificar debidamente, como así también que su incumplimiento hará cesar la alternativa.

Art. 169.- Procedencia. Podrá ser excarcelado por algunas de las cauciones previstas en este capítulo, todo detenido cuando:

1. El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho (8) años de prisión o reclusión.

2. En el caso de concurso real, ninguno de los delitos imputados tenga prevista una pena superior de los ocho (8) años de prisión o reclusión.

3. El máximo de la pena fuera mayor a ocho (8) años, pero de las circunstancias del o los hechos y de las características y antecedentes personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele condena de ejecución condicional.

4. Hubiere sido sobreseído por resolución no firme.

5. Hubiere agotado en detención o prisión preventiva que según el Código Penal fuere computable para el cumplimiento de la pena, el máximo de la pena prevista para el delito tipificado, conforme la calificación del requerimiento de citación a juicio del art. 334 de este código.

6. Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio, estuviere en condiciones de obtener en caso de condena, la libertad condicional.

7. Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio que a primera vista resulte adecuado, pueda corresponder condena de ejecución condicional.

8. La sentencia no firme sea absolutoria o imponga condena de ejecución condicional.

9. Hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme.

10. La sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional y concurrieran las demás condiciones necesarias para acordarla.

11. El juez o tribunal considerase que la prisión preventiva excede el plazo razonable a que se refiere el art. 7 inc. 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos en los términos de su vigencia, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso.

En el acto de prestar la caución que correspondiere, el imputado deberá asumir las obligaciones que se le impusieron aludidas en los arts. 179 y 180 de este código.

El auto que dispuso la libertad será revocado, cuando el imputado no cumpla con las reglas que se le impusieron, surja evidencia de que trata de eludir la acción de la justicia o no compareciere al llamado judicial sin causa justificada.

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

Art. 2.- (Texto según ley 13480, art. 1) Incorporase a la ley 11922 , Libro I “Disposiciones generales”; Título IV “Medidas de Coerción”, Capítulo IV “Incidencias”, el siguiente artículo:

Art. 168 bis.- Audiencia Preliminar. Antes de resolver el dictado de la prisión preventiva, su morigeración, la imposición de alternativas a ésta, la internación provisional del imputado, o la caducidad o cese de cualquiera de ellas, a pedido de parte interesada o por propia decisión, el Juez de Garantías fijará audiencia, debiendo notificarse la misma con cuarenta y ocho horas de anticipación. La audiencia será oral y pública y en la misma serán oídos el fiscal, el particular damnificado si lo hubiere, la defensa, y el imputado si se hallare presente, en ese orden, durante un tiempo máximo de quince minutos. Las intervenciones deberán dirigirse a fundamentar la procedencia o improcedencia de la medida a dictarse.

Transcurridos ocho (8) meses de la realización de la audiencia sin que se hubiere celebrado el debate, el imputado o su defensor podrán solicitar ante el órgano a cuya disposición se encuentre, la celebración de una nueva audiencia a los mismos fines que la anterior.

Cuando este órgano fuere Colegiado, la audiencia podrá ser atendida y la resolución dictada, por uno de sus integrantes.

Podrá reiterarse la solicitud, a los mismos fines y efectos, cada ocho (8) meses.

Esta reforma, según el análisis del Dr. Francisco Pont Vergés, parece resultar positiva, por hacer un poco más armónico el régimen coercitivo del código en general. Los cambios, si bien han sido presentados por la prensa y los legisladores como “dramáticos”, no introducen grandes variaciones al sistema vigente.

Parece pues, continúa su análisis, solamente una señal de la “nueva política criminal”, a partir de la situación carcelaria duramente criticada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si algún punto se pudiera destacar, estaría dado en un sinceramiento en cuanto a que el objeto de toda medida de coerción es instrumental y por ende debe atender a objetivos, que sólo pueden ser peligros procesales. Y éstos deben ser demostrados, aunque más no sea por presunciones que también deben tener su sustento fáctico, pero que admiten prueba en contrario.

La reforma pone fin, por su parte a la restricción de libertad excesiva en un número menor de casos, pero cuya situación debía atenderse en forma urgente. Sólo resta esperar lo que depara la práctica cotidiana y en tal sentido cabe formular votos en pos de que los jueces hagan una aplicación responsable (como se supone que siempre debieron hacerlo) de estas herramientas.

CAPITULO 8

8.1 El Art. 346 del C.P.P.S.F.

El anterior art. 346 se refería a restricciones preventivas que se podían imponer *“al procesado que estuviese o quedase en libertad, el Juez podrá imponerle que no se ausente de la ciudad o población en que resida o que no concurra a determinado sitio o que se presente a la autoridad los días que fije. Si el delito que se le atribuye está reprimido con inhabilitación especial, podrá disponer preventivamente, por razones de seguridad propia o de terceros, que se abstenga de la actividad respectiva”*.

Con la reforma se ha dejado sin efecto la inhabilitación especial que prevee la redacción actual, pensamos que esto último ha sido una gran mejora en el criterio del legislador, pues constituía una condena anticipatoria de mucha gravedad, generalmente se trataba de una prohibición referida a la actividad o profesión del imputado, cercenando la chance de continuar ejerciendo dicha profesión, causando un perjuicio de inmensa magnitud en la órbita económica, familiar y social del individuo.

Además de estar en profunda contradicción con garantías constitucionales de profunda importancia, como la defensa en juicio, la igualdad ante la ley y la presunción de inocencia, columnas rectoras del debido proceso sustantivo.

Otros autores, como el Dr. Carbone, entienden que la norma se compadecía con el actual art. 310 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto le es *aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, se podrá imponer también que se abstenga de esa actividad*, lo que es criticado por parte de la doctrina en torno a su constitucionalidad, como ya hemos mencionado, por presentar un anticipo de pena todavía no impuesta.

Con la reforma se busca seguir en el camino de lograr que la libertad durante el proceso penal sea un verdadero principio, solamente pudiendo ser alterado por circunstancias debidamente probadas, del orden objetivo, pero principalmente del orden subjetivo, poniendo énfasis en la persona del imputado, sus antecedentes, tanto penales como dentro del conjunto social, su familia, el ámbito donde se desenvuelve, etc.

8.2 El nuevo Art. 346 del C.P.P.S.F.

El **nuevo artículo 346** ha quedado de la siguiente forma *“Siempre que el peligro de fuga o el entorpecimiento probatorio se evite con otra medida menos gravosa para el imputado contra el que resulte aplicable o se haya aplicado la prisión preventiva, ésta podrá sustituirse por las siguientes restricciones:*

1) La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre informes periódicos.

2) La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad los días que se fije.

3) La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.

La sustitución deberá disponerse por auto fundado y, si fuera el caso, en el mismo acto de imponer la prisión preventiva.

También podrán ser impuestas las restricciones al imputado que no esté sometido a prisión preventiva, y como condición de su libertad, aún desde el momento en que hubiere prestado declaración indagatoria”.

La determinación ha lograr dicho propósito, por parte de la doctrina especializada, tanto nacional como internacional, se ha visto grandemente impulsado con la inclusión del mencionado art. 346 del C.P.P.S.F. donde las pautas para mantener al imputado bajo prisión durante el proceso, mencionadas en el primer párrafo del mismo, determinan que solo puede ser mantenido el imputado

cuando se dieran las circunstancias negativas expuestas y esto quedará a consideración del Juzgador, previo pedido del imputado o su abogado defensor.

Ya lo ha mencionado el prestigioso jurista Julio De Olazabal, Vocal de la Cámara de Apelación en lo Penal de la Ciudad de Santa Fe en la finalización del 1º Encuentro Regional Inter-institucional sobre Privación de la Libertad y Derechos Humanos, realizada en la Casa del Foro de Rosario, en fecha 2 de julio de 2005:

“Si la Constitución dice que somos inocentes hasta que haya una condena, obviamente que hasta que yo no haya sido condenado soy inocente y tengo que ser tratado como inocente. Obviamente que permanezco en libertad porque si no estoy condenado. Démosle todas las denominaciones jurídicas que nosotros le damos a la situación, vayamos a la situación de un sujeto que está en proceso, se pregunta, voy en cana o no voy en cana? Así de sencilla es la cuestión. Que a uno le digan “a título de cautela”, “a título de cumplimiento o no”, “es una pena” –y esto es un poco como los positivistas que dijeron que no digamos una pena sino que aplicamos una sanción, pero las cosas siguieron exactamente igual-.

Esto es bien claro, si en nuestra Constitución, si en los tratados y en los planteos constitucionales esto es absolutamente claro, que está ocurriendo que en la realidad económica los códigos procesales, la ley común, no se han alineado absolutamente, totalmente, a las normas que surgen de los tratados internacionales, pero todos, cual más, cual menos, se han visto obligados a establecer ciertas normas que traten de salvar la constitucionalidad, que traten de salvar la validez del sistema frente a eventuales instancias internacionales. Hoy sabemos cómo le tocó a la provincia de Mendoza. Santa Fe ha intentado legislativamente superar este tema con la reforma de la Ley N° 12.162, que estableció un artículo 346° para tratar de salvar el sistema.

Así también quedó demostrado el intento de reformular la legislación en las conclusiones de la Comisión A de dicho encuentro, referente al **Régimen de Restricción a la Libertad en el Sistema Penal:**

“En primer lugar, propender a una reforma integral del actual Código de Procedimientos en materia penal que rige en nuestra provincia, pasando del sistema inquisitivo que lo informa a uno acusatorio que respete los principios de oralidad, inmediatez, publicidad, y en el que prime el trípode procesal constituido por acusación y defensa en un pie de igualdad, actuando el juez como un tercero imparcial que resuelve. No obstante, se coincidió en que la reforma por sí sola no va a solucionar el problema de la criminalidad, en tanto se mantengan las profundas diferencias sociales que recaen como consecuencia de los altos niveles de exclusión social. Es necesario en este sentido, positivizar los principios de la Constitución Nacional en normas de procedimiento penal, incluyendo obviamente los tratados internacionales de DDHH incorporados desde la reforma de 1.994; teniendo en cuenta la interdependencia e indivisibilidad de los DDHH, fundamentalmente los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales.

También deberá solicitarse la colaboración de especialistas en ciencias económicas a efectos que estimen las partidas presupuestarias necesarias, para producir la adecuación de la estructura del poder judicial a los nuevos requerimientos que la reforma procesal demande.

Resulta imprescindible incorporar a la víctima en el proceso penal, otorgándole la legitimación necesaria a efectos de que pueda participar activamente en aquél, mediante su constitución en parte, no quedando así el ejercicio del derecho de acción exclusivamente en cabeza del Ministerio Público.

En relación a la prisión preventiva se coincidió en que su utilización debe estar sujeta a la regla de la excepcionalidad, circunscribiendo su aplicación a aquellos supuestos en que sea estrictamente necesaria para garantizar que el imputado no pueda sustraerse a la acción de la justicia, a partir de la plena vigencia del concepto de presunción de inocencia que informa nuestro régimen constitucional y aún en los casos de imposición de la misma, considerar la posibilidad de la atenuación en su forma de cumplimiento.

También se propiciará la utilización de mecanismos alternativos a la privación de la libertad, a través de la convocatoria de todos los actores vinculados con la problemática,

analizando todas las posibilidades, a efectos de incorporar aquellos acordes a la normativa vigente en materia de DDHH”.

CAPITULO 9

9.1 Análisis Jurisprudencial del Artículo 346 del C.P.P.S.F.

En este capítulo nos proponemos dar una visión específica sobre el artículo bajo estudio realizada por los Tribunales Provinciales de Santa Fe, en sus diversas esferas, tanto aceptando como rechazando la aplicación de las medidas del artículo mencionado.

Un ejemplo claro de la decisión de los jueces, al analizar un pedido de sustitución de prisión preventiva por las restricciones del instituto bajo estudio, lo vemos en un fallo de la Cámara de Apelación en lo Penal, Sala II de Rosario, cuando menciona las características del imputado, del hecho bajo investigación, las características de los peligros procesales del caso concreto y del compromiso asumido tanto por el mismo como por sus progenitores, pensamos que vale la pena transcribir el fallo en extenso, con la intención de mostrar la buena doctrina y como se deberá analizar el caso en concreto:

“Si bien el recurrente mantuvo el recurso en lo referido a la solicitud de revocación del auto denegatorio de la excarcelación, no obstante en la Alzada introdujo la petición subsidiaria de que se aplique en la especie la sustitución de la previsión preventiva por las medidas restrictivas previstas en el art. 346 del C.P.P., según la reforma efectuada por la ley 12162.

A tenor del principio iuria cura novis y ante la posibilidad oficiosa de seleccionar el nuevo instituto como el más adecuado a las circunstancias del caso, anticipamos que habrá de definirse por esta vía de coerción más benigna el recurso intentado por la defensa.

Que como bien lo ha señalado la Sala IV de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe la nueva redacción del art. 346 viene a conferir plena operatividad al art. 306 del mismo ordenamiento procesal, al dar instrumentalidad al principio de que la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el

descubrimiento de la verdad y la actuación de la pretensión punitiva, prescribiendo asimismo que el medio de coerción se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a la persona del afectado.

Que para la procedencia de la sustitución de la prisión preventiva introducida por el art. 346 resulta adecuado analizar si en el caso concreto basta con algunas de las alternativas previstas para reemplazar el encarcelamiento anticipado del sujeto sometido a la persecución penal a los fines de neutralizar el peligro de entorpecimiento de la investigación o el riesgo de la fuga del acusado.

Que en ese sentido cabe destacar que C. carece de antecedentes condenatorios, que las dos causas anteriores sobrellevan varios años y cuentan con un pedido de condena de seis meses de ejecución condicional y que el fumus bonis iuris de la causa actual -aún no resuelta pese a sobrellevar el imputado más de tres meses de privación de la libertad- deriva del robo cometido a los pasajeros en un ómnibus colmado de simpatizantes de un club de fútbol que se dirigían a la cancha; sin que exista incriminación concreta de algún afectado, ni secuestro alguno que comprometa directamente la situación de C.

Que el progenitor del imputado cuenta con un quiosco de venta de diarios y revistas y ubicado en la intersección de calles E. y Z., comprometiéndose a colocar a trabajar a su hijo con él durante toda la jornada, garantizando su cuidado y supervisión así como a informar periódicamente a esta Cámara cualquier novedad en el desarrollo de la obligación que asume.

Que, en consecuencia, a tenor de la excelente impresión suscitada en la audiencia de conocimiento de visu y las informaciones ambientales del grupo familiar, y habida cuenta de la posibilidad de una futura condena de ejecución condicional conforme a las reglas del concurso de delitos, la Sala estima suficiente para aventar el peligro de fuga la restricción preventiva acuñada por el art. 346 inc. 1° del C.P.P.

Por lo expuesto, se dispone la sustitución de la prisión preventiva por la restricción del art. 346, inc. 1º del C.P.P. (art. 18 de la C.N., art. 306 del C.P.P., todo en concordancia con el art. 7.5 de la Convención Americana y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

En un fallo de la Sala II de Cámara de Apelación de Rosario podemos apreciar la correcta aplicación del artículo bajo estudio, nos da valiosas pautas para analizar y resuelve, en el caso concreto, no solo la sustitución de la prisión preventiva por las medidas referidas en el art. 346 sino además la prisión domiciliaria para el imputado en cuestión, lo transcribimos por su valiosa información: *Rosario, agosto 7 de 2006. Considerando:*

Esta sala, por auto n. 234 de fecha 31 de julio del corriente, confirmó la denegatoria de la sustitución solicitada con fundamento en la escasa confiabilidad brindada por los familiares que se comprometían a la custodia y tutela del beneficiario del pedido y la falta de ofrecimiento expreso de la organización, la coordinadora de Trabajo Carcelario o de APRISI. para responsabilizarse en la medida adecuada para garantizar la futura comparecencia del acusado y practicar el seguimiento pertinente de Farías.

En el día de la fecha, a tenor de la presentación enunciada al inicio de la presente, se comprueba documentalmente que el ofrecimiento garantizador de marras existía, pero no fue agregado por el tribunal de grado o por el defensor, por lo que la petición integral no pudo ser considerada por el Juzg. de 1ª instancia ni por la resolución de esta Cámara.

La irregularidad invocada privó a la decisión jurisdiccional tener en cuenta el compromiso ofertado por dos instituciones específicas cuya seriedad y responsabilidad en materia de ejecución de penas no puede ser desconocida, y que en la incidencia concreta atentan el margen de la peligrosidad procesal diagnosticada en la reciente denegatoria. Se impone en consecuencia la revocación de lo decidido con sustento en las siguientes consideraciones:

I.- Según la CN. (art. 18) y de acuerdo a las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos (art. 9 y 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 y 8.2 Pacto de San José de Costa Rica, 9.1 y 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ningún acusado puede ser penado sin juicio previo, ni detenido arbitrariamente, debiéndoselo presumir inocente hasta que no se dicte una sentencia de condena demostrativa de su culpabilidad.

En consecuencia resulta indiscutido que, ordinariamente, según la ley y el derecho (nacional e internacional), el imputado debe permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso. (la negrita me pertenece)

II.- A partir de esta premisa, la doctrina internacional asume dos posiciones opuestas: 1) para unos, como Luigi Ferrajoli ("Derecho y Razón", p. 555) y otros (por ejemplo, en la doctrina nacional Gustavo Vitale en varios y enjundiosos trabajos sobre el tema), la prisión preventiva anterior a la sentencia condenatoria es siempre ilegítima, producto de una inconfesada concepción inquisitiva que quiere al imputado en situación de inferioridad respecto de la acusación, y por ello propician un proceso sin encarcelamiento anticipado;

II) la doctrina mayoritaria, en cambio, tolera la prisión preventiva como recurso excepcional, provisorio, de última ratio y de rigurosa interpretación restrictiva, cuando sea absolutamente necesaria para asegurar los fines esenciales del proceso (art. 7 CPP. Santa Fe y 2 CPPN.). Esta corriente sólo justifica el encarcelamiento previo a la sentencia de condena cuando se demuestre el peligro de que el imputado vaya a entorpecer la investigación o de que se fugará impidiendo la realización del juicio ulterior.

III.- Como colofón de lo expuesto puede advertirse, en la práctica, el abuso en la aplicación de la prisión preventiva, la cual solo procedería en carácter de medida cautelar, cuando la ley procesal expresamente la autoriza como remedio de extrema necesidad y no sean aplicables otras medidas restrictivas de la libertad menos rigurosas susceptibles de neutralizar el peligro de entorpecimiento de la investigación de la fuga del imputado.

De esa manera las reglas procesales que contienen supuestos de procedencia de la excarcelación u obstáculos para concederla, no pasan de ser presunciones iuris tantum, eludibles por prueba en contrario en concordancia con el estándar esencial del principio de presunción de inocencia (así C. Nac. Casación Penal, sala 3ª in re "Machieraldo, Ana M.", LL, del 28/2/2005, p. 5; C. Penal Rosario, sala 2ª, auto del 15/6/2004, en "Zeus" de 19/7/2004, p. 8). Bien ha señalado la CIDH. en su informe del 11/3/1997 que "si los magistrados que entienden en la causa no tienen posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento del acusado su prisión preventiva se vuelve injustificada".

IV.- En ese aspecto el Código Procesal Penal de Santa Fe , cuenta con una sistemática que permite ponderar adecuadamente, en cada caso concreto, el clearing de valores entre el principio de afianzar la justicia y tutelar el bien en lo concerniente al aseguramiento de los fines del proceso, con el principio de proteger la dignidad humana y la presunción de inocencia durante el trámite de la persecución penal.

Así en el art. 306 consagra un principio: "la libertad personal solo podrá ser restringida, de acuerdo a las disposiciones de este código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la pretensión punitiva". Más adelante, el art. 346 reglamenta: "siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio se evite con otra medida menos gravosa para el imputado contra el que resulte aplicable o se haya aplicado la prisión preventiva" ésta podrá sustituirse por alguna de las tres restricciones allí enumeradas (someterse al cuidado de una persona o institución que se comprometa a controlarlo; presentarse periódicamente ante una autoridad; obligarse a no salir de un ámbito espacial o no concurrir a determinados lugares o no comunicarse con ciertas personas). Por último, el art. 330 autoriza cumplir la prisión preventiva, en ciertos casos, en su domicilio, en un hospital o sanatorio y, en otros casos, internado en una institución terapéutica o educadora apta para el tratamiento o personalización del imputado que consintiera expresamente la medida.

V.- Ahora bien, si el tribunal está facultado (y, aún, obligado) a sustituir la prisión preventiva por otra medida menos gravosa para el imputado cuando ella fuere idónea para evitar

el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio (art. 346 CPP. Santa Fe), nada impide a ese tribunal que, en lugar de reemplazar lisa y llanamente el encarcelamiento por las alternativas enunciadas, opte por agregar una exigencia más a la restricción preventiva seleccionada disponiendo conjuntamente la prisión domiciliaria o la internación terapéutica o educadora prevista en el art. 330 del mismo ordenamiento, siempre que mediare consentimiento del imputado y en la medida que se estime adecuado para el aseguramiento perseguido. El aditamento, en cuanto implica mayor supervisión sobre el beneficiario, concilia con el principio de afianzar la justicia y asegurar los fines del proceso, pero también privilegia el principio de la dignidad humana y el derecho a la readaptación social en tanto permite computar en su momento como pena la duración de la medida cautelar dispuesta mientras tramita el proceso.

VI.- Como consecuencia de lo expuesto, la solvencia institucional del ofrecimiento garantizador en la situación concreta de Farías -quien por su parte en la actualidad releva un cambio apreciable en su perfil criminológico a tenor de las informaciones recogidas por este tribunal- brindan soporte adecuado al otorgamiento de una coerción más benigna conforme a las normas de derecho precedentemente citadas; y el eventual riesgo de elusión a la justicia resulta neutralizado en la especie con los compromisos asumidos por las personas y las instituciones ofrecidas como garantes y supervisoras del comportamiento del acusado, quienes suministrarán los periódicos informes que se les requieran a los efectos de prevenir cualquier transgresión al régimen otorgado.

Por lo expuesto, la C. Penal Rosario, sala 2ª resuelve:

Disponer la prisión domiciliaria de Alejandro C. Farías con el régimen liberal a determinar bajo la supervisión y tutela del Sr. Eduardo Loza, de las Instituciones APRISI. y coordinadora Trabajo Carcelario (CTC.) y el control del Sr. jefe de la comisaría n. 19 a quien se le oficiará al respecto.

Protocolícese, sáquese copia, notifíquese y hágase saber.- Ramón T. Ríos.- Juvencio L. Mestres. (Sec.: Fernández).

En otro caso, la misma Sala, concede la sustitución de la prisión preventiva del imputado, realizando un análisis de las circunstancias personales del interesado, y de igual manera que el anterior fallo transcrito, con el agregado de una restricción más al imputado, esta es la prisión domiciliaria:

“...Ahora bien, si el tribunal está facultado (y, aún, obligado) a sustituir la prisión preventiva por otra medida menos gravosa para el imputado cuando ella fuere idónea para evitar el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio (art. 346 del CPP. Santa Fe), nada impide a ese tribunal que, en lugar de reemplazar lisa y llanamente el encarcelamiento por las alternativas enunciadas, opte por agregar una exigencia más a la restricción preventiva seleccionada disponiendo conjuntamente la prisión domiciliaria o la internación terapéutica o educadora prevista en el art. 330 del mismo ordenamiento, siempre que mediare consentimiento del imputado y en la medida que se estime adecuado para el aseguramiento perseguido. El aditamento, en cuanto implica mayor supervisión sobre el beneficiario, concilia con el principio de afianzar la justicia y asegurar los fines del proceso, pero también privilegia el principio de la dignidad humana y el derecho a la readaptación social en tanto permite computar en su momento como pena la duración de la medida cautelar dispuesta mientras tramita el proceso.

6.- En el presente caso Juan C. R. Ferreyra, procesado por el delito de robo calificado por el uso de armas se encuentra privado de su libertad desde el mes de diciembre de 2004, nació en el año 1983 y no registra antecedente penal alguno. La supuesta participación en el hecho originario de esta causa rompe con una biografía al margen de toda conducta antisocial en una familia con excelente informe ambiental, oportunamente recabado.

El tiempo de prisión preventiva sobrellevado por Ferreyra y la circunstancia de haberse agotado la instrucción y elevada la causa a juicio, descarta la existencia del peligro probatorio o entorpecimiento de la investigación.

En lo referido al riesgo de fuga, la pena en expectativa y el lapso de encarcelamiento anticipado, a computar a tenor del art. 24 del CPen., relativizan el eventual intento de sustraerse a

la acción de la justicia; máxime si el acusado resulta beneficiario de la atenuación coercitiva que en esta incidencia se decide.

Se ha verificado la antigua residencia del imputado y su grupo familiar en el domicilio declarado.

El favorable conocimiento de visu de los padres de Ferreyra y del titular del comercio que se comprometiera tanto a su guarda y cuidado como a darle trabajo estable en la empresa (fs. 9); y la actitud voluntaria exteriorizada por el imputado ante el tribunal de reconocer sus responsabilidades y expresar su arrepentimiento por lo acontecido, brindan soporte adecuado al otorgamiento de una coerción más benigna.

7.- En síntesis, el eventual riesgo de elusión a la justicia en este caso resulta neutralizable mediante la obligación que asumirá el imputado de someterse al cuidado de sus progenitores y del titular del frigorífico Ronan H. Manzano, a quienes esta sala requerirá periódicos informes haciéndoles saber que deberán comunicar al tribunal cualquier transgresión al régimen resuelto.

Asimismo y para el mejor aseguramiento perseguido se dispone la prisión preventiva domiciliaria de Ferreyra con salidas transitorias laborales diarias a la empresa de Manzano, encomendándose la supervisión de la cautela al subjefe de la Cría. 1ª de Villa Constitución, sub comisario Lunek, quien habrá de informar a este tribunal cualquier novedad sobre el encargo asumido.

Por lo expuesto, la C. Penal Rosario, sala 2ª, resuelve:

Revocar la denegatoria apelada en los términos del considerando final, oficiándose a sus efectos (arts. 346 y 330 del CPP. Santa Fe).

Protocolícese, sáquese copia, notifíquese y hágase saber.- Ramón Ríos.- Humberto Giménez.- Juvencio Mestres.

Asimismo, vemos otro fallo donde se toma como referencia para la denegatoria del pedido, las cualidades personales del solicitante, sin entrar en detalles sobre todos los demás puntos que debería analizar, a modo de ejemplo, trascibimos, no solo el fallo en cuestión, sino el precedente pedido que realizan los defensores del imputado, detallando en este caso las circunstancias que el Juez debería analizar:

“Que venimos por el presente a expresar agravios contra la resolución N° XX del X de X de X mediante la cual se deniega la solicitud de sustitución de la prisión preventiva por las medidas menos restrictivas del art. 346 del C.P.P.

Que agravia a esta defensa dicha resolución por resultar contradictoria y arbitraria en sus argumentos.

Con respecto a las cuestiones de derecho que hacen al instituto contenido en el art. 346 y de hecho con respecto al Sr. X en particular, nos remitimos, en mérito a la brevedad, al escrito de fs. 1 y 2 del presente incidente.

Por otro lado y en lo que respecta a la resolución motivo de los presentes agravios debemos realizar las siguientes consideraciones:

Esgrime el Juez Instructor que “...han cambiado radicalmente las condiciones fácticas del probable enjuiciamiento al que será sometido el justiciable, pues a la época de la sustitución primigenia otorgada no había otro elemento de relevancia que la anterior causa por la cual objetivamente se comprendiera estar frente a un solo proceso judicial, siendo que el aquí hoy acumulado por haber sido procesado X, importa un cambio radical en la apreciación de las pautas del instituto en análisis”.

1.- En primer lugar debemos aclarar que el Juez instructor hace referencia a una causa anterior de similares características a la presente en la cual fue concedida la sustitución de la prisión preventiva. El argumento desarrollado sin embargo, es falaz. A la fecha de la resolución en la que se concede la sustitución (X de X de X), el Juez ya tenía conocimiento de la probable participación de X en un nuevo hecho, había sido informado de ello por escrito pormenorizado en fecha X de X de X por intermedio de un informe realizado por el Comisario Inspector X, Jefe de la X y elevada al Juez instructor junto con las actuaciones preventivas.

Con esto se quiere destacar que ninguna circunstancia ha cambiado radicalmente luego de que fuera concedida la sustitución de la prisión preventiva al Sr. X en la primera causa.

2.- Cabe aclarar además, que la “apreciación de las pautas del instituto en análisis”, son establecidas legalmente, siendo las mismas el peligro de que el imputado altere pruebas, obstaculice medidas probatorias o se abstraiga de la aplicación de la pena (peligro de fuga), y estas “pautas”, como se ha hecho referencia en el escrito de fs. 1 y 2, se encuentran directamente relacionadas con la situación personal del imputado, situación que se mantiene y no se ha modificado en lo absoluto, siendo que de ser así, debiera el Juez Instructor justificar dicho argumento.

3.- Por último, el hecho de que el concurso real de dos hechos calificados como extorsivos, pueda dar lugar a la aplicación de una pena de prisión efectiva, es tan cierto como que puede dar lugar a la aplicación de una pena de ejecución condicional, de la misma forma que un solo hecho extorsivo puede también derivar en ambos resultados, por tanto el argumento planteado en este sentido carece de validez, no se ha modificado tampoco en este sentido ninguna circunstancia.

Teniendo en cuenta todo ello, y el hecho fundamental de que la libertad no puede ser restringida en forma arbitraria, solicitamos que la resolución cuestionada sea revocada, concediéndose en su lugar la solicitud hecha por esta defensa de sustitución de la

prisión preventiva por medidas menos restrictivas, manteniendo para el caso de que no se haga lugar a lo solicitado, la reserva de plantear los recursos de inconstitucionalidad Provincial y Federal”.

Ahora vemos el fallo referido al pedido, demostrando que algunos Juzgadores, a diferencia de los fallos inicialmente analizados, no logran internalizar la necesidad de describir, en forma pormenorizada, las características y el peligro real²⁹, en el caso concreto, sino que se limitan a denegar el pedido por circunstancias ajenas a las mencionadas por la buena doctrina y la jurisprudencia de Alzada:

“Las características de los hechos probabilizados la apariencia de cumplir una función pública policial al ejercitar las intimidaciones denunciadas y la reiteración en el tiempo de las conductas endilgadas, a la luz de la pena en expectativa no autorizan conceder la sustitución de la prisión preventiva solicitada. Por lo expuesto resuelve: confirmar el auto apelado”.

En cuanto al **peligro de fuga** como elemento negatorio de la sustitución, podemos tomar como análisis jurisprudencial para este elemento, el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe³⁰, donde resuelve “...ante la desaparición del encartado después del hecho, y la magnitud de la pena probable hay riesgos apreciables para los fines del proceso derivables de la liberación del mismo, riesgos que considero no podrán ser superados de aplicarse alguna o todas las restricciones preventivas previstas en el art. 346 del C.P.P.S.F, por lo que corresponde rechazar el pedido de sustitución de la prisión preventiva...”.

También se ha hecho referencia³¹ en cuanto al número de hechos delictivos, que resultan un dato negarivo para la suerte de la solicitud de la sustitución.

También encontramos alusión al **riesgo probatorio**, como situación elemental para analizar la posibilidad de otorgar la sustitución estudiada, vemos en un fallo de la misma Cámara³² donde dispone que se debe hacer lugar al pedido de sustitución de la prisión preventiva porque “...la

investigación previsible ya está agotada, se recuperó el objeto del que la víctima aseguraba haber sido desposeída, las explicaciones que brindara el encausado para cubrir la tenencia del mismo ya fueron ampliamente dilucidadas, y, aunque niegue ser el autor del apoderamiento, su libertad, prácticamente muy poca influencia podría tener sobre el tema estudiado, dados los datos apuntados..”

CAPITULO 10

10.1 Elementos negatorios para la sustitución

Por tratarse de una alternativa a la Prisión Preventiva, los requisitos de estas medidas deben cumplir con los requisitos del instituto antedicho, con sus aclaraciones y distinciones, obviamente al tratarse de una situación donde el imputado se encuentra en libertad, se deberán tomar otras precauciones, el Juez deberá analizar, en el caso concreto, si con las medidas dispuestas se logra paliar los peligros que acarrea esta situación de libertad mientras se lleva adelante el proceso penal en su contra, se trata de presunciones legales contenidas en los art. 337 y 338 del C.P.P.S.F., que funcionan para habilitar o no la suspensión de la prisión preventiva³³. Estas circunstancias se deberán apreciar en el caso concreto, si operan o bien pueden resguardarse los fines del proceso o el supuesto peligro con medidas de cautela de menor gravedad.

Estas circunstancias objetivas para negar la aplicación de las medidas sustitutivas pueden ser: a) Peligro de fuga, b) Entorpecimiento probatorio y c) Colusión o presión sobre testigos

10.2 Peligro de fuga

Los factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de fuga son varios. Así, la doctrina entiende que dicho peligro no puede apreciarse únicamente por la gravedad de las posibles sanciones penales, sino que otras circunstancias, relativas, especialmente, al carácter del imputado, su moralidad, domicilio, profesión, recursos económicos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en que es procesado, pueden conformar la existencia de un riesgo de fuga, o descartarlo.

Se considera que es absolutamente comprensible que cualquier individuo, ante la posibilidad de verse privado de su libertad, intente escapar a este destino, se trataría, con este

análisis, en una especie de juego de impulsos y contra impulsos, en el trámite de imaginar la oposición a todos los factores que puedan incidir en una hipotética intención de fuga, con otros que operen en opuesto sentido.

Podemos encontrar algunos que hacen más débil la intención de escapar a la posible privación de libertad, como por ejemplo, un núcleo familiar que no es fácil trasladar y al que se está adherido por profundos lazos afectivos, un trabajo más o menos estable o bien remunerado, bienes económicos de alta apreciación que no son posibles de trasladar o liquidar, el estado de salud propio o de los miembros de la familia, etc.

Por ello sería mucho más fácil a otra persona tomar la decisión de huir, cuando no posea una o varias de las cualidades antedichas.

La incomparecencia injustificada del imputado ante el juez de instrucción en dos oportunidades podría justificar el temor de los jueces a la fuga; bienes del procesado en el extranjero, lazos de su esposa con el extranjero, la falta de domicilio fijo y la tenencia de documentos falsos constituyen elementos que, a modo de ejemplo, caracterizan el peligro de fuga.

El peligro de fuga vale como motivo autorizante del encarcelamiento cautelar, resultando compatible con el principio de inocencia, en tanto la fuga del procesado impediría la aplicación de la ley penal material. Sin embargo, cabe advertir que la gravedad del delito por sí sola no justifica la prisión preventiva.

En el derecho argentino nacional, el art. 319 CPPN. (LA 1991-C-2806) autoriza la denegatoria de exención de prisión o excarcelación en diversas circunstancias, que luego reduce al peligro de evasión de la acción de la justicia y entorpecimiento de la investigación. Estos motivos difieren del régimen general de la prisión preventiva, por cuanto dicha medida se impone cuando prima facie no proceda condena de ejecución condicional, es decir, se autoriza su dictado por la gravedad de la sanción, a pesar de que no se den los motivos previstos en el art. 319.

El peligro de fuga debe interpretarse como *periculum in mora*, criterio rector a la hora de disponer el dictado de medidas cautelares.

A modo de ejemplo, podemos enunciar un caso donde la persona que solicita la sustitución, amén de contar con antecedentes condenatorios de prisión condicional, la misma se consideró persona de considerable arraigo familiar y social en la ciudad donde reside y donde están radicados sus hijos y padres. Con esta persona, se consideró que la magnitud de los factores que pueden inducir a su fuga, aunque son apreciables, no son de extraordinaria contundencia y pareciera que pueden ser neutralizados con la imposición de una cautela que al poder operar sobre bienes de sus progenitores actúe desalentando toda acción de la que pueda seguirse tal consecuencia.

10.3 Entorpecimiento Probatorio

Ya lo ha expresado la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, al expresar que *“..antes de la condena, la libertad de los imputados solo puede ser restringida para asegurar los fines del proceso (descubrimiento de la verdad y actuación de la pretensión punitiva)...y no con otros propósitos...”*.

La existencia de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, según la doctrina más calificada, podrá elaborarse a partir del análisis de las siguientes circunstancias:

- 1) la magnitud de la pena en expectativa;
- 2) la importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado adoptara voluntariamente frente a él;
- 3) la ausencia de residencia fija;
- 4) el comportamiento del imputado durante el desarrollo del procedimiento o de otro procedimiento anterior, en la medida en que indicara su voluntad de perturbar o no someterse a la persecución penal.

Estas circunstancias también se encuentran dispuestas en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe.

10.4 Colusión o presión sobre testigos

También se ha admitido como peligro del imputado en libertad, la necesidad de investigar la posibilidad de colusión y riesgo de presión sobre testigos. El peligro efectivo de que la liberación del imputado pueda entorpecer el curso de la investigación, sea por la presión ejercida sobre testigos, en cuanto pudiera entrañar un cambio en sus dichos, o de colusión con otros acusados, ha sido invocado como motivo legítimo para convalidar el encierro cautelar.

Mucho más discutible es el mantenimiento de la prisión preventiva por la alarma social o la perturbación del orden público que podría ocasionar la liberación del imputado. Sin embargo, la CEDH. en el caso "Kemmaché" admitió estas restricciones cuando tales criterios resultan avalados por el derecho interno. Igualmente ello no basta para su mantenimiento, como tampoco invocar alarma social sobre la base del cuantioso número de damnificados por la maniobra delictiva, ya que en este último caso el encierro respondería a fines preventivos generales propios de la pena y extraños a un instituto de naturaleza procesal.

CAPITULO 11

11.1 Caducidad de las medidas

La caducidad de estas medidas bajo estudio, están contempladas en el art. 346 II del C.P.P.S.F, en ellas se dispone:

“Las medidas restrictivas cesarán automáticamente y de pleno derecho al cumplirse dos (2) años desde que fueran impuestas, salvo que antes del vencimiento y luego de presentar la requisitoria de elevación a juicio, el fiscal solicitare la prórroga de la restricción, la que no podrá exceder de un (1) año”.

Esto se compadece con la duración de la prisión preventiva, que tampoco puede durar más de dos años, ya que esto fue regulado por la Ley 24.390. Por ello lo mismo ocurre con las medidas restrictivas.

Como toda medida cautelar³⁴ no puede perpetuarse en el tiempo mientras se tramita un procedimiento que, como se da en la práctica, tiene todos los condimentos para demorarse en el tiempo mucho más de lo esperado y contiene todos los ingredientes para que se aplique esta lentitud.

Es por ello que el mantenimiento *sine die* de las medidas, como consecuencia de una dilación extrema, afectan no solo aquel supremo derecho constitucional sino también la dignidad humana de quien, además, se presume su inocencia.

El límite máximo lo fija en dos años desde que las dispusieran, siempre y cuando antes de su cumplimiento, el fiscal no pida la prórroga dispuesta, en tal caso no puede superar el año.

La extemporaneidad de la pretensión fiscal hace improcedente la prórroga, la que no puede ser impuesta de oficio por el juez.

Estos plazos parecen razonables si se los compara con los que fija la ley nacional para la duración del encarcelamiento preventivo.

Pero la caducidad de las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, obviamente, no significa el encarcelamiento o reencarcelamiento del imputado, sino el cese de las restricciones a su libertad, de la que seguirá gozando, esta vez sin restricción legal alguna, no siendo pasible de nuevos ataques a la misma, siempre y cuando se mantengan las mismas situaciones anteriormente previstas.

Debería estudiarse si esta caducidad de las medidas opera (como parece entenderse de la lectura de la norma) en forma automática, o si requieren de una resolución del Magistrado actuante.

Desde nuestro humilde lugar, creemos que la caducidad opera de pleno derecho, al cumplirse el plazo sin que se haya pedido prórroga, sin necesidad de contar con una resolución.

CAPITULO 12

12.1 Las restricciones preventivas del Art. 346 C.P.P.S.F

La ubicación de las mismas, como explica el Dr. Carbone, parecería brindar dificultades al interprete, al encontrarse inmersas en el título relativo a la libertad bajo promesa o caucionada, teniendo en cuenta que éstas pueden tener una extensa aplicación en aquellos tipos que captan el obrar imprecavido, que en la mayoría de los casos se encuentran en la materia correccional, sin tener en cuenta que cuando se trata de asuntos tratados en dichos Juzgados Correccionales, donde se ventilan causas en las cuales el delito investigado no cuenta con una pena posible mayor a tres años -a excepción del homicidio culposo-, como decíamos, dentro de ésta órbita, uno de los principios fundamentales es el estado de inocencia, receptado en el art. 497 del C.P.P.S.F.

Dentro del artículo objeto de este trabajo, encontramos una descripción de las restricciones que podrán ser impuestas al imputado favorecido por la sustitución de la prisión preventiva, estas son, como las califica Prunotto Laborde³⁵, “*una mezcla de instituciones*”, estas son:

1) La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre informes periódicos.

2) La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad los días que se fije.

3) La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.

Según el autor antes citado, estas medidas son de casi ninguna aplicación dentro de la realidad actual de las instituciones, tanto carcelarias, policiales y judiciales.

En el análisis de las medidas en particular, Prunotto opina sobre la última *“la mas interesante por su practicidad y que que aplicarse con la mayor prudencia por los comentarios vertidos más arriba, la constituye la prohibición”*.

Con mucho acierto menciona el autor³⁶ esta prohibición, la misma constituye tres supuestos diferentes, que a su vez, podrían combinarse entre si, de acuerdo a la situación particular del imputado como de la naturaleza misma del delito por el cuál se lo acusa, estas son:

- 1) Prohibición de salir de un ámbito territorial determinado.
- 2) Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- 3) Prohibición de comunicarse con ciertas personas.

Dentro de este análisis, se podría plantear como duda la forma de posible controlar el cumplimiento de los dos primeros supuestos, ya que la manera de realizarlo, fuera un control personal de la ubicación de la persona o mecanismos de rastreo personales (pulsera de rastreo), implican una importantísima inversión dineraria, que como es sabido, no se implementa solamente con una reforma legislativa, sino que implica un interés no común en las autoridades sobre la situación carcelaria.

Por otro lado, sería prácticamente imposible asignar el, escaso y mal pagado, personal policial a la vigilancia de los imputados.

La ley no contempla expresamente las consecuencias del incumplimiento por parte del procesado, solo encontramos una idea si lo relacionamos con la revocación de la sustitución, por analogía con los art. 82 y 350, volviéndose efectiva en este caso la prisión preventiva.

Siguiendo este razonamiento, tendría que pensarse que esto no podría ser de aplicación, por el principio de aplicación del beneficio a favor del imputado, ya que si se aplica, constituiría una situación mucho más gravosa y no se puede recurrir a la analogía en contra del procesado.

Por estas razones, lo único que podría aplicarse al imputado que incurre en algún incumplimiento de las restricciones aplicadas, sería algún tipo de multa o sanción disciplinaria, con fundamento en el poder coercitivo del ejercicio de la función judicial.

Como otra posibilidad, encontramos que ante la situación en la cual el imputado no compareciese al tribunal, cuando sea debido, sin justa causa, o bien cuando es citado, deberían aplicarse los art. 348 y 35 y por ende revocar, posición opuesta a la expuesta anteriormente, las restricciones y disponer en el mismo acto la prisión preventiva para el imputado.

Los críticos de esta novedosa institución expresan que este artículo también tiene una parte de autoritariedad, enmarcado, para algunos, en el llamado “desicionismo judicial”, al dejar plenamente en el juez la consideración, no solo de las circunstancias en las cuales se encuentra el imputado, sino también las restricciones que deberán aplicarse a cada persona, situación que no se compadece con la intención del Código en su conjunto, ya que se desprende, por ejemplo al analizar la excarcelación, que el mismo recurre, principalmente a causales objetivas (tipo del delito, pena probable aplicable, reincidencia, etc.) en vez de subjetivas, propias y esenciales de las medidas bajo estudio.

Algunos fallo jurisprudenciales han hecho alusión a la aplicación de estas restricciones, estableciendo que no se daría lugar al Juez a aplicar otras de su propia creación, para ello recurren al art 7 del C.P.P.S.F., el cuál establece que toda disposición que coarte la libertad personal de un individuo debe interpretarse en forma restrictiva³⁷, pero no mencionan si se podrá aplicar otras medidas por el propio interesado.

También podemos analizar la posibilidad de que el Juez, además de las medidas descripta, puede imponerle al imputado medidas distintas, obviamente a pedido del propio imputado o su defensor, o previo consentimiento del imputado, principal interesado en obtener el beneficio.

Pensamos que esta circunstancia no puede quedar afuera del ámbito de aplicación de este novel instituto, ya que, al no contener el Código, prohibición expresa de aumentar o diversificar las medidas previstas, no debe dejarse esta posibilidad de lado.

Esta posición encuentra fundamento, además de la doctrina calificada, en la jurisprudencia de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, Sala II, cuando estableció lo siguiente “*...si bien el art. 346 de C.P.P.S.F. al enumerar en los incisos ulteriores las restricciones preventivas que pueden operar en reemplazo del encarcelamiento provisorio del imputado, solo hace referencia a su cuidado por otra persona o institución, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad, o la prohibición de salir de su ámbito territorial, pero ello no impide al tribunal, previo consentimiento del imputado, agregar una exigencia más a la restricción preventiva seleccionada, conforme a las circunstancias particulares del caso y en la medida que se estime adecuada al aseguramiento perseguido..*” (fallo de fecha 15/06/2004).

CAPITULO 13

13.1 Momento de Aplicación dentro del Proceso Penal

El artículo bajo estudio no especifica el momento en el cuál resulta de aplicación la sustitución, pero haciendo un análisis extensivo y teniendo en cuenta que en cuanto a régimen de libertad debe estarse siempre a favor de lo más amplio para el imputado, podemos concluir que el pedido de sustitución se puede realizar en diversas etapas del proceso penal, aún de forma preventiva a la detención.

Estas medidas pueden aplicarse en diversos momentos del proceso penal y con diferentes objetivos, tales como:

- a) después de la indagatoria, como condicionantes de la libertad;
- b) cuando se advierta, antes del procesamiento, que resultará aplicable la Prisión Preventiva, como sustitución de ésta;
- c) en el momento del procesamiento, sin Prisión Preventiva;
- d) Luego de la aplicación de la Prisión Preventiva, como modo de recuperación de libertad, cuando hayan cambiado determinadas circunstancias personales o del proceso mismo.

Pero debemos tener cuidado en la extensión de los momentos, ya que la aplicación de las medidas restrictivas sin un análisis preciso del momento y las circunstancias pueden llegar a desvirtuar, no solo el beneficio de sustitución de prisión preventiva, sino todo el ordenamiento penal de libertades, ya que como mencionaremos más adelante, en nuestro Código no se encuentra ordenado con claridad.

Mencionamos los peligros del pedido de dichas medidas sin un análisis crítico apropiado ya que se han visto situaciones extremas donde se ha llegado a solicitar la aplicación de dichas restricciones, donde al detenido se le imputaban dos hechos, ambos con posibilidad de prisión condicional y por tanto que resultaban evidentemente excarcelables (en este caso por darse las condiciones dispuestas por el art. 337 inc. 2º) y donde la aplicación de las medidas restrictivas, en vez de mejorar la situación personal del detenido, sustituyendo la prisión por una cautela diferente, se vería agravada por la aplicación de dichas restricciones.

Sin perjuicio de lo antedicho, y sin querer complicar mas la correcta interpretación de este aspecto del problema, debe advertirse que la concesión de la libertad bajo promesa o caucionada del art 337 y sig. no impide, en realidad faculta expresamente, al magistrado a aplicar medidas (art 341) que también son, en alguna medida, altamente restrictivas del estado de libertad, por lo que conceder la llamada “excarcelación” no implica necesariamente abstención por parte del magistrado de aplicar restricciones a dicha concesión de libertad. Pero la diferencia la encontramos en la mayor amplitud y gravedad de las medidas dispuestas en el art 346 y en la correcta aplicación del ordenamiento legal.

Por ello decimos que es el magistrado el que debe velar por la aplicación del mencionado artículo, decidiendo en su caso la aplicación o no, de las medidas restrictivas, teniendo en cuenta siempre los principios de libertad e inocencia

CAPITULO 14

14.1 Proyectos de Reforma del C.P.P.S.F.

En el marco actual, vemos de parte de los actores tanto institucionales como particulares, la intención de reformar el Código de Procedimientos Penales de la Provincia, principalmente para incluir la instancia oral en el proceso penal.

Pero dentro de este proyecto de reforma vemos que ya está plenamente aceptado por la doctrina la intención de regular de distinta manera tanto las medidas cautelares a imponerse sobre los sujetos intervinientes en el proceso penal, como las circunstancias en las cuales se deba requerir la aplicación de la prisión preventiva, como excepción.

14.2 Medidas cautelares

Dentro de las Reglas generales, podemos apreciar la incursión en el régimen Procesal Civil, donde la materia de las medidas precautorias y cautelares ha tenido mucha importancia y prestigiosos doctrinarios han expuesto de manera eficiente y exhaustiva los beneficio, requisitos y fundamentos, por ello se incluye en el Proyecto el Artículo 205, el cuál expresa:

“El Tribunal a pedido de parte podrá ordenar medidas de coerción real o personal cuando se cumplieran todos los siguientes presupuestos:

- 1) apariencia de responsabilidad en el titular del derecho a afectar por la medida cautelar;*
- 2) existencia de peligro frente a la demora en despachar la medida cautelar;*
- 3) proporcionalidad entre la medida cautelar y el objeto de la cautela;*

4) contracautela en los casos de medidas cautelares reales solicitadas por el querellante.

En cuanto a la finalidad, dispone que se trata de evitar el riesgo de que se frustre la actividad probatoria o las pretensiones de las partes.

14.3 Prisión Preventiva

En cuanto a este instituto, tan polémico como necesario, como hemos analizado previamente, dispone que el pedido se podrá efectuar por parte de algunos de los sujetos del proceso, cuando se estimaran reunidas las siguientes condiciones:

1) existencia de elementos de convicción suficientes para sostener su probable autoría o participación punible en el hecho investigado;

2) la pena privativa de libertad, que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena, sea de efectiva ejecución;

3) las circunstancias del caso autorizaran a presumir el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Para que esto se pueda realizar, será necesaria la implementación de una audiencia imputativa prevista para el caso que el Fiscal estimara que de los elementos reunidos en la investigación surge la probabilidad de que el imputado sea acusado como autor o partícipe de un delito

14.4 Alternativas a la Prisión Preventiva

Tomando como base el actual art. 346, el proyecto establece que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio, pudiera razonablemente evitarse con otra medida menos gravosa para el imputado, el Tribunal impondrá ésta en lugar de la prisión.

Entre otras alternativas, aún de oficio y con fundamento suficiente, podrá disponerse la libertad del imputado sujeta a una o a varias de las condiciones siguientes de acuerdo a las circunstancias del caso:

- 1) la obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quien informará periódicamente a la autoridad;
- 2) la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe;
- 3) la prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas;
- 4) la prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona;
- 5) la simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con ésta bastara como alternativa o fuera imposible el cumplimiento de otra.-

Además establece taxativamente las diferentes opciones que el Juzgador podrá imponerle, siempre con suficiente fundamento y consentimiento del imputado, estas son::

- 1) prisión domiciliaria, con el control o la vigilancia que se especifique;
- 2) encarcelamiento con salida diaria laboral y/o salida periódica para afianzar vínculos familiares, bajo la responsabilidad y cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre periódicos informes;
- 3) ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella.-

Estas medidas, al igual que las medidas cautelares, se podrán realizar una vez realizada la Audiencia Imputativa, mencionada anteriormente.

Las medidas que se dictaran como alternativas a la prisión preventiva, cesarán automáticamente y de pleno derecho al cumplirse los plazos y condiciones previstas para la cesación de la prisión preventiva.

El presidente de la Cámara de Apelación en lo Penal, Julio de Olazábal, expresó que con la reforma primarán dos cosas: las audiencias serán públicas, por lo que todo el proceso será absolutamente transparente ante el público, y será obligatorio para el magistrado de estar presente en todas las audiencias.

La figura de juez de Instrucción en lo penal desaparecerá, por lo que en el futuro será el fiscal el único encargado de llevar a cabo las investigaciones, la tarea de conseguir pruebas acusatorias. El juez sólo define, no prejuzga.

En cuanto a la cantidad de jueces que destinarán para la atención de las actuaciones judiciales, el camarista indicó que *"cuando se trate de delitos de menor envergadura, el caso podrá ser llevado adelante por un solo juez, mientras que si el caso es de consideración la causa será entendida por un tribunal"*.

CAPITULO 15

15.1 Conclusiones

Quizás fuera conveniente que el legislador, con ayuda de la doctrina especializada, estudiaran la posibilidad de ordenar el sistema de libertades y restricciones a la misma en el Código, por ejemplo, partiendo del principio de raigambre constitucional establecido en el art 306 del C.P.P.S.F., al reconocer el principio de la permanencia del estado de libertad para las situaciones que se determinen, tal como en nuestro actual ordenamiento esta previsto en el art. 497:

“Salvo que medien sospechas fundadas de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia, sea por sus antecedentes personales o por cualquier otra circunstancia grave, la autoridad preventora no procederá a su detención...”

Si ello no se estimara suficiente, seguiría el establecimiento de un instituto, que podría denominarse, como lo hace la doctrina europea, “custodia cautelar”, donde se establecerían restricciones a la libertad de la persona sujeta a juicio, sin sentencia condenatoria, pero sin llegar a privarlo de la libertad.

Va a ser necesario la sujeción a un trámite de pautas objetivas que establezcan obligatoriamente la concesión de la libertad, previo control de la ausencia de pautas personales de peligrosidad procesal, que por el contrario, hagan temer las consecuencias de la liberad del individual para la consecución de los fines del proceso.

En estos últimos supuestos de pérdida de la libertad del imputado, todavía cabrían algunas circunstancias que podrían permitir aún concederse la eximisión de la misma, si el magistrado estimara que cumplimentando determinadas medidas cautelares establecidas previamente -taxativamente o no- por el legislador, se lograría igualmente la protección del proceso y sus fines.

Dentro del ordenamiento que pensamos mas arriba, dentro de este último párrafo se encontraría un instituto igual o similar al actualmente establecido en el art 346 del C.P.P.S.F.

Estimamos que al establecer y ordenar un régimen gradual que parta del mantenimiento, sin restricciones de la libertad, hasta llegar al máximo de la pérdida de dicha libertad a través de la prisión provisoria, no solo se adelantaría en la claridad interpretativa de la norma y la uniformidad e igualdad, por tanto, de la aplicación de los magistrados en los casos concretos, sino que pareciera que se protegerían con mayor eficacia y en su justa medida los dos fines que el legislador claramente desea proteger: la libertad individual desde la legislación constitucional, inherente a la dignidad misma de la persona humana, así como al cumplimiento exitoso de los fines del proceso penal, pilar del mantenimiento en paz y justicia del régimen republicano y democrático.

Como ya lo ha dicho la jurisprudencia, esta reforma significa una mayor valorización de la actividad judicial, ya que implica una mayor confianza sobre los magistrados, quienes son los encargados de la conducción y cuidado del proceso penal.

A modo de conclusión, queremos también expresar que con la inclusión de este artículo, comienza el camino para cambiar los principios procesales en cuanto a la libertad del detenido durante el proceso.

Una correcta interpretación de las normas constitucionales, legales y procedimentales en juego permitiría argumentar que el pronóstico de pena efectiva, no necesariamente obliga a los magistrados a privar de libertad al imputado mientras se sustancia el proceso. En efecto, la libertad ambulatoria es un derecho fundamental de la Constitución Nacional, tal como lo prevé el artículo 14° de ley suprema y su normativa conexas.

La eventual pena efectiva actúa solo como una presunción "iuris tantum" de que el imputado tendrá posibilidades o intenciones de atentar contra los fines del proceso, se ha señalado la inconstitucionalidad de la interpretación normativa que considera la escala penal prevista para el

delito imputado como una presunción *iure et de iure* para denegar la excarcelación, esto lo mencionamos solo como un ejemplo.

Los jueces deberán aplicar, de acá en más, los criterios subjetivos de apreciación de las cualidades personales del imputado, sus antecedentes, la magnitud del delito cometido, la actitud del mismo adoptada voluntariamente frente al proceso, etc.

Estas circunstancias deberán ser de aplicación como regla, ya que más allá de los posibles atrasos o desperfectos del Sistema, tanto judicial, carcelario o policial, no se puede dejar de lado las normas constitucionales y menos una legislación tan determinada a llegar a ese objetivo.

Tomando estas circunstancias del caso concreto, y no comprobándose peligro procesal alguno que no pueda protegerse con las restricciones que describe el artículo y por otras que el mismo imputado, el mayor interesado en obtener el beneficio, se tornará de un modo verdaderamente operativo lo reglado por el artículo bajo estudio, y no como una excepción extraña dentro de la práctica judicial, que es la manera de la cuál se toma este instituto en nuestros días.

Por ello, podemos concluir como **resultado de este trabajo**, que la aplicación de las medidas sustitutivas referidas en el art. 346 del C.P.P.S.F. deberá realizarse siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con estas.

Cuando decimos “siempre” nos referimos a que este instituto sea tomado como regla a seguir por los magistrados, que, bajo el ordenamiento actual, deberá ser precedido por el análisis del art. 337 y 338 del ordenamiento procesal penal.

En cuanto al objetivo de este trabajo referido a los límites de mínima y máxima para la aplicación de las medidas, llegamos a la conclusión de que en la práctica esto se hace imposible, ya que la regla debe ser analizar el caso concreto y no sería beneficioso partir de la base de pautas estrictamente objetivas para negar la aplicación del art. 346, sino que será trabajo del magistrado, y

en su caso el Ministerio Fiscal, probar las circunstancias específicas, referidas a la persona involucrada, por las cuales no se pueda llegar a asegurar el proceso penal aplicando las medidas no privativas de la libertad.

La nueva redacción del art. 346 viene a conferir plena operatividad al art. 306 del C.P.P.S.F., al dar instrumentalidad al principio de que la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la pretensión punitiva, prescribiendo asimismo que la coerción personal se llevara a cabo de modo que perjudique lo menos posible a la persona del afectado.

Luego de estas consideraciones debemos concluir citando al Dr. Eduardo M. Jauchen, quien hace un comentario de la reforma del Código Procesal Penal de Santa Fe y en cuanto a la aplicación del art. 346 concluye en la pág. 450 del libro “Comentario sobre el Código Procesal Penal de Santa Fe” (Rubinzal Culzoni-Santa Fe-2004):

“La amplitud legal en cuanto a los elementos y circunstancias a tomar en consideración para evaluar si en el caso concreto existe o no peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio significa igualmente amplitud de criterio para tal análisis por parte del juez. Ahora bien, su discrecionalidad en este aspecto debe estar guiada por el principio rector del estado de libertad que emana de los instrumentos internacionales, de las normas constitucionales y legales de éste Código, y que sólo como excepción y en los casos absolutamente necesarios para asegurar los fines del proceso puede imponerse la prisión preventiva, siempre y cuando, a su vez, ellos no puedan asegurarse con otra medida menos gravosa.”

No nos podemos olvidar que estamos tratando con individuos a los cuales el ordenamiento jurídico, local, nacional e internacional, toma como verdaderos inocentes hasta que el órgano encargado pueda, mediante un proceso que proteja sus derechos, romper esa presunción, tan íntimamente relacionada con el Estado de Derecho y las libertades individuales.

Estos son pilares que la sociedad no puede romper con el propósito de mantener una sensación de seguridad, que no es cierta, o por no querer intentar (por parte de los gobernantes) las soluciones que el mismo Código Procesal Penal y la Constitución Nacional le ordenan llevar a cabo.

Cuán actual resulta ser el pensamiento del maestro del Derecho Penal, Francesco Carrara, quien en 1874 ya advertía a las sociedades futuras:

"...Las sociedades civiles deben estudiar los modos para conseguir que la punición corrija, pero deberán además estudiar los modos de impedir que la prevención corrompa...".

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ “E.L.C. s/ Incidente de libertad provisional” (Expte. Nro 1-04, Res Nro. 10 T1, F 411) Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe, Sala IV: Santa Fe; URL: www.saij.jus.gov.ar.
- ² Entre los que se encuentran Jauchen, Carbone y otros.
- ³ Art. 308 C.P.P.S.F.
- ⁴ Carbone, Carlos A.. Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentarios a la Reforma según Ley 12.162, p. 239 Editorial Nova Tesis. 2004.
- ⁵ CSJN, Fallos, 301:1181.
- ⁶ CSJN, Fallos, 312:345.
- ⁷ de acuerdo a lo establecido por el C.P.P.S.F.
- ⁸ Beccaria. *Derecho y razón*. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid. 1995.
- ⁹ Carrara, F. *Programa de Derecho Criminal*.
- ¹⁰ Beccaria. *Derecho y razón*. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid. 1995.
- ¹¹ Jauchen, Eduardo M. *Derechos el Imputado*. Primera Edición. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2005.
- ¹² Caso “Suarez Rosero”. Wlasic, Juan Carlos. *Convención Americana sobre Derechos Hmanos anotada con Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Juris. pag. 93/
- ¹³ Caso “Genie Lacayo”. Wlasic, Juan Carlos. *Convención Americana sobre Derechos Hmanos anotada con Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Juris. pag. 92
- ¹⁴ CSJN. Fallos. 300:642,
- ¹⁵ Velez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba. 1986
- ¹⁶ Gonzalez Calderon, Juan A. *Derecho Constitucional Argentino*. J. Lajouane & Cía. Editores. Buenos Aires. 1918.
- ¹⁷ Balcarce, Fabián I. *Presunción de Inocencia*. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba. 1996
- ¹⁸ Op. Cit.
- ¹⁹ Manzini, Vincenzo; "Tratado de Derecho Procesal Penal"; Traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín; E.J.E.A., Buenos Aires, 1951
- ²⁰ Clariá Olmedo, Jorge A.; "Derecho Procesal Penal"; Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1960
- ²¹ Aprobada por ley 24.430
- ²² Aprobada por ley 23.054, publicada en B.O. del 27/03/1984.
- ²³ Aprobado por ley 23.313, publicada en B.O. del 13/05/1986.
- ²⁴ Bidart Campos, Germán; "Manual de Derecho Constitucional Argentino"; Ediar, Buenos Aires, 1985
- ²⁵ Garcia Vozcaino, José; "Libertad Bajo Fianza"; ED, 1981-92
- ²⁶ Convención Europea sobre Derechos Humanos
- ²⁷ CSJN. Fallos 272:188.
- ²⁸ Morris, Norval .Alternativas de la prisión. Fracaso y perspectivas. Revista Doctrina y Acción Postpenitenciaria, año 2, núm. 3, 1988. EE.UU
- ²⁹ op.cit. 1
- ³⁰ “C., F.E s/ Recurso apelación” (Expte N° 439/04) Cámara Penal de Santa Fe, Sala IV Integrada, cit. por Prunotto Laborde, “Comentario al Código Procesal Penales de Santa Fe”, Zeuz, Buenos Aires, 2005
- ³¹ “G., S.G s/ Robo – incidente de libertad” (3/5/2004) Cámara Penal Rosario, Sala III, URL: www.saij.jus.gov.ar.
- ³² “B., L de J. s/ Recurso de apelación (sust. Prisión preventiva)” (Expte N° 636/04) Cámara Penal de Santa Fe, Sala IV, cit. por Prunotto Laborde, “Comentario al Código Procesal Penales de Santa Fe”, Zeuz, Buenos Aires, 2005
- ³³ De Olazábal, Julio; Patrizi, Jorge. Reforma del Procedimiento Penal en Santa Fe. Ley 12.162. Santa Fe: Librería Cívica; 2004
- ³⁴ Corvalan, Victor, “Acerca de la Reforma Procesal Penal”, Juris, Santa Fe, 2005
- ³⁵ Prunotto Laborde, “Comentario al Código Procesal Penales de Santa Fe”, Zeuz, Buenos Aires, 2005
- ³⁶ Prunotto Laborde, “Comentario al Código Procesal Penales de Santa Fe”, Zeuz, Buenos Aires, 2005
- ³⁷ CH, N s/ Recurso de apelación – Sustitución de la prisión preventiva (Expte. Nro 105-04, Res Nro. 17 T8, F 258) Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe, Sala IV: Santa Fe; URL: www.saij.jus.gov.ar

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1	5
1.1 Estado de Libertad	5
1.2 Pérdida de la libertad personal	7
1.2.1 Arresto	7
1.2.2 Citación	9
1.2.3 Detención	10
1.2.4 Detención sin orden judicial	11
1.2.5 Flagrancia	12
1.2.6 Aprehensión privada	12
CAPITULO 2	13
2.1. Análisis del Instituto de la Prisión Preventiva.	13
2.2 Antecedentes	14
2.3 Garantías Constitucionales y Tratados Internacionales	18
CAPITULO 3	22
3.1 El principio de inocencia	22
3.2 La inocencia como presunción	23
3.3 Tesis negativas de la presunción de inocencia	24
3.4 Tesis del "estado" de inocencia	26
3.5 Derivaciones del principio de inocencia	32
3.6 Proyecciones constitucionales del principio de inocencia	33

3.7 El principio de inocencia como derecho constitucional	34
3.8 Compatibilidad entre principio de inocencia y prisión preventiva	35
CAPITULO 4	38
4.1 Tratamiento de detenidos bajo Prisión Preventiva	38
4.2 La Prisión Preventiva y Los Pactos Internacionales	39
4.3 Otros requisitos de la Prisión Preventiva	43
CAPITULO 5	46
5.1 Distintas formas de recuperar la libertad	46
CAPITULO 6	51
6.1 Otras medidas de libertad con restricciones	51
6.2 Medidas que importan la suspensión del proceso	54
CAPITULO 7	56
7.1 Las medidas alternativas en el ámbito internacional	56
7.2 Avance en la Normativa provincial	59
CAPITULO 8	65
8.1 El Art. 346 del C.P.P.S.F.	65
8.2 El nuevo Art. 346 del C.P.P.S.F.	66
CAPITULO 9	70
9.1 Análisis Jurisprudencial del Artículo 346 del C.P.P.S.F.	70
CAPITULO 10	82
10.1 Elementos negatorios para la sustitución	82
10.2 Peligro de fuga	82
10.3 Entorpecimiento Probatorio	84
10.4 Colusión o presión sobre testigos	85
CAPITULO 11	86
11.1 Caducidad de las medidas	86

CAPITULO 12	88
12.1 Las restricciones preventivas del Art. 346 C.P.P.S.F	88
CAPITULO 13	92
13.1 Momento de Aplicación dentro del Proceso Penal	92
CAPITULO 14	94
14.1 Proyectos de Reforma del C.P.P.S.F.	94
14.2 Medidas cautelares	94
14.3 Prisión Preventiva	95
14.4 Alternativas a la Prisión Preventiva	95
CAPITULO 15	98
15.1 Conclusiones	98
CITAS	103
INDICE	104