

Acuerdo N° 1/2008, en Plenario N° 13.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de octubre del año dos mil ocho, reunidos los señores Jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal, en virtud de la convocatoria a Tribunal pleno ordenada a fs. 222 de la causa Nro. 7480 del registro de la Sala II del Cuerpo, caratulada **"DIAZ BESSONE, Ramón Genaro s/recurso de casación"**, para resolver sobre el siguiente temario: "No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal". El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

La cuestión a dilucidar, según quedara determinado en el temario, se centra en despejar la incógnita de "si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta, para su denegación, la imposibilidad de futura condena condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.); o si, pese a ello, pueden otorgarse ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (art. 319 del C.P.P.N.)".

Lleva razón Cafferata Nores al afirmar que lo que realmente importa al imputado es estar en libertad y que los nombres, las cauciones y hasta las obligaciones que se le imponen son asuntos accesorios, por cuanto, por más sujeciones o instrucciones que se deban acatar, la situación no es la de encarcelamiento -la más "caucionada" de las libertades será siempre libertad-. Así planteado, libertad y encarcelamiento se presentan como anverso y reverso de una sola moneda, las dos caras posibles de una misma realidad.

El meollo del problema reside en resolver cuándo el sujeto sometido a proceso deberá esperar la sentencia encarcelado, en qué casos podrá hacerlo en libertad y cuáles son los criterios a tener en cuenta para resolver el asunto (confr.: "La excarcelación", 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1988, pág. 3 y 4).

PRINCIPIOS RECTORES

El fundamento constitucional básico que debe iluminar al intérprete en la materia que viene a estudio es que la ley fundamental impide que se trate como culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, mientras el Estado, por medio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar la voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena (confr.: Maier Julio B.J. "Derecho Procesal Penal", Bs. As. Ed. Editores del Puerto, 1999, T. I, 2º edición, 1º reimpresión, p. 490).

Ello es así, por cuanto el art. 18 de la Constitución Nacional dice que "nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Esto de que nadie será penado sin juicio previo ha dado pie a que se le asigne a la llamada presunción de inocencia jerarquía constitucional. El argumento sería éste: puesto que sólo después de un juicio alguien puede ser declarado culpable, previo a ese momento toda persona debe recibir el trato de inocente (confr.: Carrió Alejandro, "La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional -una relación cambiante y difícil", Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1988, pág. 13).

Así se ha pronunciado nuestro más Alto Tribunal, señalando "que cuando el art. 18 de la C.N. dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una

sentencia firme. Así lo entendió esta Corte en un viejo precedente de 1871, al decir que '...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario' (Fallos: 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de 'presunción de inculpabilidad' (Fallos: 102:219 -1905-)"(confr.: C.S.J.N. causa N.284 XXXII "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P., rta. el 22 de diciembre de 1998, considerando 5º).

En esta línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que "la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma (Fallos: 7:368; 16:88; 54:264; 64:352; 102:219 y 312:185), y que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional (causa: R.324 XXIII, "Rodríguez Landívar, Blanca Sofía s/incidente de excarcelación", del 6 de agosto de 1991).

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

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

En verdad, el condicionamiento viene dado por cuanto la afirmación de que el inculpado de un delito debe ser tratado como inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario, "no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso

sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal" (confr.: Maier, ob. cit., pág. 510). Sucede que es propio ya del concepto de política criminal la tensión entre interés en la libertad y el interés en la persecución y para conseguir un equilibrio entre ambos se trata de llegar efectivamente a una síntesis dialéctica (confr.: Roxin C., "Política Criminal y Sistema del derecho penal", pág. 110).

Resulta que, "si bien es cierto que existe un derecho constitucional a la libertad durante el trámite del proceso penal no lo es menos que ese derecho (como todos) no es absoluto; ello significa que los habitantes gozan de él, conforme las leyes que lo reglamentan; el Estado puede reglamentarlo en función de una legítima finalidad: la de evitar que el individuo sometido a proceso eluda la acción de la justicia, sea impidiendo u obstaculizando la investigación del hecho o no cumpliendo la eventual pena que se imponga (confr.: Pessoa, Nelson R. "Fundamentos Constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación", págs. 55/157)" (confr.: Sala II de esta Cámara in re: "Albarracín, Marcelo G., causa n° 2783, reg. 3561, rta. el 26 de septiembre de 2000).

En este entendimiento, "el derecho de gozar de libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional" (Fallos: 305:1022).

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

Conforme Fallos 316:1947, "el Tribunal ha

reconocido también la raigambre constitucional de la prisión preventiva, necesario presupuesto del instituto de la excarcelación, desde que el art. 18 de la Carta Fundamental autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente. El respeto debido a la libertad individual -ha dicho la Corte- no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquir y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo. Se trata, en definitiva de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (Fallos: 280:297), pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 272:188)".

Ahora bien, en virtud de los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), "la prisión preventiva solo puede tener carácter excepcional, como lo establece expresamente el art. 9.3 del PIDCyP al disponer que 'la prisión preventiva no puede ser la regla general'. En la CADH, en cambio, esta conclusión no está expresada de modo tan claro, aunque puede tomarse como indicio argumental en favor de ella el orden de los incisos del art. 7, que regula el derecho a la libertad personal, pues allí el derecho aparece mencionado antes que las restricciones" (confr.: Ottaviano, Santiago "La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal", en "Los derechos humanos en el proceso penal", García, Luis M. coordinador, Biblioteca de estudios penales, Universidad Austral. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 210/211).

Asimismo, el art. 6.1 de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la

libertad (Reglas de Tokio)", establece que "en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima".

También el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación afirma el carácter excepcional de las medidas de restricción, señalando que "la libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley".

Así lo entendió también nuestro Máximo Tribunal en la causa N.284 XXXII "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P., rta. el 22 de diciembre de 1998, considerando 7º, al afirmar que "la potestad legislativa para, con amplia latitud, ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (Fallos: 280:60; 254:53, entre otros) y establecer así regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva -como medida de corrección procesal- conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia (Fallos: 8:291; dictamen del Procurador General en 21:121; mutatis mutandi 102:219), esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones".

En esa oportunidad, con cita del precedente de Fallos 102:219, sostuvo que "la prisión preventiva no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción, y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene en su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones" -considerando 19-.

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

-considerando 18 del fallo en análisis-.

A mayor abundamiento, recuerdo que la prisión preventiva, en tanto medida coerción procesal personal, presenta los siguientes caracteres:

1) es una medida cautelar: "la coerción se encamina a hacer posible jurídicamente el procedimiento, manteniendo a la persona sospechada corporalmente presente; el procedimiento penal debe asegurar así las consecuencias jurídicas que produce (no puede quedar sujeto a la voluntad del condenado el sustraerse prematuramente a la consecuencia penal) (confr.: La Rosa, Mariano R., "Exención de prisión y excarcelación", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 105; con cita de Hassemer, "Los presupuestos de la prisión preventiva", en "Crítica al derecho penal de hoy", p. 115).

Así se ha dicho que "a la institución se le asigna el papel de cautela instrumental y de carácter

específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso. De una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez o, bajo la autoridad de éste, a disposición del órgano encargado de la investigación, donde la misma corra a cargo del ministerio público; y, por otra evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables" (confr.: Ibáñez, Perfecto Andrés, "Presunción de inocencia y prisión sin condena", en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 9, nº 13, pág.10).

En atención a su naturaleza cautelar, la prisión preventiva requiere para su procedencia la acreditación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Es decir que sólo si se acredita al mismo tiempo la seriedad de la imputación y el riesgo de frustración de los fines del proceso resulta procedente la medida cautelar.

El primer término, también llamado fumus boni iuris, "se relaciona con la exigencia de pruebas que sustentan la aparente culpa del individuo, como presupuesto indispensable para la eventual restricción a su libertad durante el proceso; de donde surge la obligación de acreditar satisfactoriamente la verosimilitud -al menos, en grado de apariencia- del derecho invocado, cuya duda o ausencia a la vista del juez o tribunal torna improcedente la cautela interesada" (confr.: La Rosa, ob. cit., pág. 271, con cita de Chiara Díaz, "Las medidas de coerción en el proceso penal a propósito de un fallo acertado", L.L. 2001-D-735). La Comisión Interamericana ha dicho que "considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición 'sine que non' para continuar la medida restrictiva de la libertad" (informe 2/97).

Por su parte, el otro requisito, llamado periculum in mora -que se debe dar simultáneamente con el anterior-,

sostiene la necesidad de imponer la medida en tanto se advierta un riesgo para el derecho que se quiere proteger - en el caso, la actuación efectiva de la ley penal y la buena marcha del proceso-, si no se aplica tempestivamente la medida cautelar.

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

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

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

Este principio también ha sido consagrado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este sentido, se ha dicho que "su jurisprudencia se orienta en el sentido de que la prisión de quien es sólo sospechoso constituye una seria limitación del derecho fundamental a la inocencia, por lo que debe acordarse sólo con carácter excepcional y ante un 'interés público' que justifique el sacrificio de la

libertad individual" (confr.: Vázquez Sotelo, José L, "De la prisión provisional a la custodia cautelar. 'Corsi e ricorsi' de la prisión provisional en la moderna legislación procesal penal española", en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 4/2007, Lexis Nexis, pág. 636).

4) provisionalidad: las medidas coercitivas son de naturaleza provisional, puesto que deben aplicarse conforme un estricto criterio de necesidad actual y concreta, atento al grave grado de afectación de los derechos individuales. Por ello, nunca son definitivas, sino que deben ser revisadas en cualquier momento del proceso, y "solo pueden justificarse mientras persistan las razones que las han determinado, pues mantienen su vigencia en tanto subsistan las circunstancias que las engendraron, es decir mientras continúan existiendo todos sus presupuestos. De tal modo, si dejan de ser necesarias, deben cesar" (confr.: La Rosa, Mariano R., ob. cit., pág. 332). Hasta aquí he dejado especificado el marco teórico que ha de guiar la interpretación que haré de los art. 316 y 317 del C.P.P.N., en tanto reglamentación de los derechos de raigambre constitucional a los que venimos haciendo referencia.

INTERPRETACIÓN DEL ART. 316 DEL C.P.P.N.

No resulta ocioso mencionar en esta oportunidad, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido una doctrina clara y constante en el sentido de que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de "incompatibilidad inconciliable" (Fallos: 322:842; y 322:919); y cuando no exista la posibilidad de otorgarle una interpretación que se

compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. C.S.J.N.: Fallos 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros). Razones que conllevan a considerarla como *última ratio* del orden jurídico (Fallos 312:122; 312:1437; 314:407; y 316:2624), es decir, procedente "cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución" (Fallos: 316:2624).

Por otra parte, respecto al tema de la interpretación de la ley "mi postura se enrola en la convicción de que un ordenamiento jurídico, dado que no es un catálogo abstracto de casos contemplados por el legislador, sino que es una estructura totalizadora de normas que expresan valores, debe armonizarse con la situación fáctica de cada tiempo histórico" y que "no hay lagunas del derecho porque hay jueces que interpretan las leyes" (confr.: Sala II, causa n° 7, "Ávila, Blanca Noemí, s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. N° 18, rta.: el 2/7/1993, reg. N° 18).

Además, y siguiendo la jurisprudencia que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es del caso señalar que "la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y por ende, se reconoce como principio que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que la concilie y deje a todas con valor y efecto" (Fallos: 300:1080; 315:727; 310:195 y 320:1090 y 1962, entre muchos otros). Así como también que "es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos: 310:937). En definitiva, "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan", y "ello comprende no sólo la armonización de sus

preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico" (Fallos: 287:79).

En esta línea de pensamiento, entiendo que la interpretación de los arts. 316, 317 y 319 del C.P.P.N., que expondré es la que se compadece tanto con los principios constitucionales reseñados en el acápite precedente, como así también pone en juego las reglas interpretativas reseñadas por nuestro Tribunal Címero, dejando a salvo la constitucionalidad de las normas en cuestión.

Se afirma en doctrina que existen distintos modelos legislativos para tener por acreditado el riesgo procesal que permite fundar el encarcelamiento preventivo; y que nuestro código adjetivo adscribe al legalista, en tanto "el riesgo puede ser tasado de alguna manera por el legislador". (confr.: Solimine, Marcelo A., "La excarcelación de Chabán, 'Episodio III'. El fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal: una fértil oportunidad para el estudio del instituto", en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 4/2006, pág. 661 y sgtes.).

Dentro del modelo legalista, los parámetros seleccionados por el legislador pueden estar definidos como meros "indicadores de riesgo"-que el juez puede o no considerar relevantes para la solución del caso-, como "mandato legal" y como "presunciones legales" -de fuga o entorpecimiento de la investigación-. Estas últimas, a su vez, pueden presentarse como presunciones absolutas e incontrovertibles -iure et de iure, asimilables de hecho al "mandato legal"-, o como presunciones que pueden caer por prueba en contrario -iuris tantum- (confr.: Solimine, ob. cit., pág. 669).

Sentado ello, he de poner de manifiesto, que en alguna oportunidad sostuve la interpretación según la cual lo dispuesto por la normativa procesal respecto a la escala penal como parámetro para la obtención de la excarcelación era un mandato legal.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, he

variado mi criterio, en favor de una interpretación de los arts. 316 y 317 del C.P.P.N. según la cual su aplicación no es automática, sino que son pautas establecidas por el legislador que operan como presunción *iuris tantum*.

El cambio de criterio se afirmó en reconocer la necesidad de fijar condiciones aptas para el otorgamiento de los beneficios liberatorios en aquellos casos en los que la prisión preventiva -ordenada tan sólo en función de las escalas penales conminadas en abstracto- se tornaba írrita, si tomábamos para el análisis de la procedencia del beneficio, además, las pautas establecidas en el art. 319 del C.P.P.N..

En este entendimiento, en la Sala II de esta Cámara hemos sostenido en numerosos precedentes que el monto de pena amenazada en abstracto lo consideramos un parámetro que no es inflexible, y que cabe distinguir, además si la gravedad se da en el caso concreto (confr.: Sala II de esta Cámara Nacional de Casación Penal in re: "Ruiz, Néstor Fabián s/ recurso de casación", causa n° 6999, reg. 9226, rta. el 9 de noviembre de 2006; "Reis, Carlos Alberto s/recurso de casación", causa n° 6358, reg. 8872, rta. el 19/07/06; entre muchos otros). Así como también hicimos análisis de la presunción legal establecida en el art. 316 del C.P.P.N., examinada de manera armónica con las pautas del art. 319 del mismo cuerpo legal y de numerosas condiciones que reforzaban o desvirtuaban el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación establecido en virtud de la presunción legal.

De lo expuesto, se colige que concuerdo con Solimine, quien afirma que "el art. 316 del C.P.P., debe ser interpretado como un sistema de presunciones legales que opera *iuris tantum*. Así, cuando el máximo de la escala penal aplicable en abstracto no supera los ocho años de pena privativa de libertad el legislador ha presumido la 'no fuga' del imputado. En cambio, cuando supera tal monto ha presupuesto que fugará. Al resultar ambas presunciones *iuris*

tantum devienen rebatibles por prueba en contrario: para el primer caso (menos de ocho años), acudiendo a indicadores de riesgo procesal que existan en el caso concreto (fundado en la aplicación del art. 319 del C.P.P.); para el segundo caso (más de ocho años), arrimando a través de indicadores de 'no fuga' y de 'no entorpecimiento de la investigación' elementos valorativos concretos que permitan tener por desvirtuada tal presunción -que deberán llevar mayor poder de convicción cuanto mayor sea la gravedad de la pena en expectativa-" (confr.: Solimine ob. cit., pág. 671).

Sin embargo, aún considerándolo un baremo flexible, la fuerza de convicción respecto a la posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación que arrastra la escala penal prevista para el delito endilgado no es menor, ni tampoco irrazonable.

Nuestro máximo tribunal ha señalado que "el legislador nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 75, inc. 30 de la C.N. estableció un régimen general que regula la libertad durante el proceso y que, en lo que aquí concierne, contempla como supuestos de excarcelación aquellos en los que pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los 8 (ocho) años de pena privativa de la libertad y también en los que, no obstante ello, el juez estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional (art. 317, inc. 1º del C.P.P.N.). La restricción de la libertad se funda en ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación" (confr.: aUSA N.284 XXXII "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", rta. el 22 de diciembre de 1998, considerando 8).

En efecto, y como bien afirma Solimine "para que la presunción carezca de virtualidad, deberá resultar indefectiblemente cuestionada, con éxito; pues si no se la controvierte -y desvirtúa por prueba en contrario-, la presunción operará plenamente. Así, sólo en el supuesto de

que se pretenda desvirtuar la presunción legal, habrá que decidir si ella continúa rigiendo o si, por el contrario, ha perdido virtualidad y deja habilitada la libertad" (confr.: Solimine, ob. cit., pág. 670).

Como afirmara arriba, a la presunción iuris tantum del art. 316 del C.P.P.N. -parámetro de la pena conminada en abstracto-, corresponde analizarlo, además, en conjunto con la magnitud de la pena en expectativa -verificar si la gravedad de la pena está dada en el caso concreto-. Estableciendo así, una presunción de fuga en virtud de la severidad de la pena en expectativa para el caso concreto, que se relaciona con la presunción del art. 316 del C.P.P.N.. De este modo, "para la pretendida destrucción de la presunción legal, deberán arrimarse mayor cantidad de elementos descalificantes de ella, cuanto más alto sea el monto de la pena que se espera en definitiva" (confr.: Solimine, ob. cit., pág. 670).

En el mismo sentido se ha pronunciado Solimine bajo el título "Posibilidad de ponderar otros indicadores de riesgo procesal no enunciados", afirmando que "la magnitud de la pena en expectativa se encuentra expresamente contemplada en el inc. 1º del art. 148 del Código de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922) y resulta una pauta lógica para pronosticar la actitud que podría asumir el procesado, que es admitida doctrinariamente por Cafferata Nores y rechazada por Maier, Cevasco y Pastor"; y poniendo de resalto que así "la ha consagrado el párrafo 2º, punto c) de la resolución 17 del Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, aludiendo a la 'índole y gravedad del presunto delito', así como a la pena que cabría aplicar'; obteniendo legitimación esta pauta desde los órganos internacionales de derechos humanos" (confr.: Solimine, Marcelo A., Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación. Editorial Ad-Hoc, S.R.L., pág. 93 y siguientes).

Ahora bien, según nuestro criterio, no resulta posible realizar esta ponderación acerca de la pena en expectativa, sin tener en cuenta la naturaleza del hecho inculminado. Por lo tanto, el análisis de esta cuestión aduna un fundamento válido para inferir la eventual existencia de riesgo procesal.

Expresamente lo dispone el art. 319 del digesto adjetivo, al enunciar "la provisional valoración de las características del hecho", como parámetro fundante para la presunción de elusión de la acción de la justicia o de entorpecimiento de las investigaciones.

También lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, afirmando en la Conclusión 8° "b", "La naturaleza de las infracciones", de la Resolución N° 17/89 -Informe Caso 10.037, Argentina, del 13 de abril de 1989-, que "la Comisión estima que las características de los hechos (punibles) que forman la cabeza de esos procesos y las penas que podrían corresponder al acusado hacen presunción fundada de que es necesario cautelar que la justicia no sea evadida siendo, por tanto la excarcelación impropia".

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

Es dable poner de manifiesto, que las pautas establecidas por nuestro legislador en los incisos 2º, 3º, 4º y 5º del art. 317 del C.P.P.N., dan cuenta de esta necesidad de revisar la denegatoria de la excarcelación, en función del paso del tiempo; funcionando, a mi entender, como excepciones a aquella presunción *iuris tantum* establecida en el art. 316 del C.P.P.N..

No resulta sobreabundante poner de resalto que todo pronunciamiento acerca de la procedencia de alguno de los institutos liberatorios, debe tener en cuenta de manera conglobante, la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva. Ello así, puesto que el derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el art. 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica, de lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada y constituye una violación del art. 8.2 de la Convención (confr.: Castex, Francisco y Fernández Blanco, Carolina, "Los plazos de duración de la prisión preventiva bajo la óptica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", Bs. As., Ed. Ad Hoc, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 3, n° 7, pág. 963).

Entonces, a los efectos de estimar acerca de la razonabilidad del tiempo transcurrido en detención "no constituyen formas genéricas las que toman en consideración la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de la autoridad competente y por lo tanto pueden aplicarse para mensurar el plazo razonable de detención. Debe señalarse que en muchas ocasiones la complejidad del caso puede estar relacionada con la gravedad del delito imputado en cuyo caso este elemento también debe tenerse en cuenta para aplicar la garantía" (confr.: Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Segunda Edición ampliada y actualizada. Editorial La Ley, pág. 166).

Aunque desde otra vereda doctrinaria, resulta

acertado lo afirmado por Navarro y Daray respecto a que "en tal sentido además de considerarse las otras hipótesis habilitantes de la soltura previstas en el art. 317, que sirven de complemento al sistema es del caso señalar que éste se nutre también de las disposiciones de la ley 24.390 (reformada por la ley 25.430), por lo que el límite punitivo en abstracto o las razones subjetivas que impidan la excarcelación del imputado en razón del cumplimiento efectivo que se avizora de la pena encontrarán un valladar en dichas normas para justificar la prolongación de la prisión, como forma razonable de conciliar el derecho a la libertad de la persona con el interés del Estado en asegurar su poder penal" (confr. Navarro, Guillermo Rafael y Daray Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial. T. II, Hammurabi, José Luis Depalma Editor. Pág. 933).

Otra cuestión que debe ser analizada a los efectos de descartar la presunción legal del art. 316 del C.P.P.N., es la solidez de la imputación. En este sentido, y como bien afirma Alejandro Carrió, "a los fines de meritar cuántos incentivos tendrá una persona para presentarse al juicio que se llevará en su contra, el peso de la prueba reunida es un factor que debería ser tomado en cuenta" (confr: "Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad, ¿no es hora de mezclar y dar de nuevo?, en Revista de Derecho Procesal Penal "Excarcelación, Santa Fé, 2005, pág. 69 y sigtes.).

También debe ser analizado, a los efectos de evaluar el real riesgo de fuga del imputado, el momento procesal en que se le concede la libertad anticipada, puesto que "no es lo mismo tener que pronunciarse al comienzo de una investigación, por ejemplo, en el marco de una exención de prisión, que hacerlo con el sumario más avanzado, donde es posible que existan ya datos para calibrar las reales circunstancias del hecho, la conducta observada por el imputado, las defensas o pruebas que puede haber hecho

valer, etcétera" (confr.: Carrió, ob. cit., pág. 79).

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

Por último, estimo acertada la observación de la Comisión Interamericana que "reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar".

Atento a los recaudos establecidos por la misma Comisión, se puede afirmar que en verdad utilizar este fundamento para legitimar la prisión preventiva, constituye un hecho en verdad excepcional. En efecto, la Comisión enfatiza que "para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado" y al obligar a que "en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal" (informe 2/97).

En suma, tratando de desvirtuar la presunción

legal del art. 316 del C.P.P.N. se debe acudir a las pautas establecidas por el legislador en el art. 319 del C.P.P.N. -características del hecho, posibilidad de la declaración de reincidencia, condiciones personales del imputado, o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores-. Además, Solimine, en el "Tratado..." ya citado, realiza un estudio pormenorizado de otros indicadores de riesgo que se adunan a los establecidos por el legislador en el art. 319 del C.P.P.N., entre los que menciona las condenas anteriores, las causas paralelas, la violación de la libertad condicional, la declaración de rebeldía, la necesidad de extraditar al justiciable, la actitud del imputado frente al daño causado, la actitud del imputado ante la marcha de la investigación.

Con esta enumeración, que desde ya es meramente enunciativa, vemos que son muchos los factores de riesgo procesal que a mi entender deben ser analizados en forma armónica para verificar si la presunción legal establecida en el art. 316 del C.P.P.N. resulta desvirtuada.

En suma, si bien es conocida la existencia de una posición doctrinaria más radical, que pretende que el riesgo procesal sea acreditado en el caso concreto, sin que operen las presunciones legales de fuga -lo que en razón de coherencia acarrearía la declaración de inconstitucionalidad del art. 316 del C.P.P.N.-; yo adhiero a una interpretación más moderada, en donde el riesgo procesal es presumido por la ley, aunque esa presunción admite ser desvirtuada por prueba en contrario.

Entiendo que la postura que aquí defiendo permite interpretar el universo jurídico de modo que sus normas no resultan contradictorias entre sí, ni superpuestas las unas con las otras.

A su vez, permiten que el derecho a la libertad durante el proceso no se torne ilusorio, permitiendo que la rígida pauta establecida en el art. 316 del C.P.P.N. pueda ser desvirtuada.

Es que el libre desarrollo de la personalidad presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción y que la libertad sea protegida dentro del marco jurídico de la Constitución (confr.: Bacigalupo, Enrique, "Principios constitucionales de derecho penal", Bs. As. Hammurabi, 1999, pág. 57).

En definitiva, como ha afirmado la Comisión Interamericana, "el prudente arbitrio del juez en la apreciación de las condiciones señaladas por la ley, que pueden servir de pautas para la denegación o concesión de una excarcelación es una muestra de la independencia del poder judicial a la cual la Comisión se ha referido positivamente en varias oportunidades como requisito indispensable para una buena administración de justicia" (Resolución 17/89, considerando 5º, párrafo 4º).

En consecuencia, en virtud de las razones precedentemente expuestas, voto por la negativa al interrogante plasmado en la convocatoria, en el sentido de que **"No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal"**.

Atento a todo lo expuesto, propicio mantener en todos sus términos la resolución atacada.

En este sentido, es del caso señalar que en los fundamentos del registro de esta Sala nº 8839 -a la que remite la resolución aquí en estudio- se sostuvo que el máximo de la sanción prevista para los delitos imputados supera el monto establecido en el art. 316 del C.P.P.N.; además la pluralidad y gravedad de los hechos impide

razonablemente inferir que en caso de recaer condena, ésta pudiese ser de condena condicional; y que a ello se agregó como pauta a tener en cuenta, "la objetiva y provisional valoración de las características del hecho" (art. 319 del C.P.P.N.), en una interpretación armónica con los anteriores artículos citados, concluyendo entonces que, atento la naturaleza y gravedad de los hechos concretos del proceso, se presenta como posible que el imputado, una vez excarcelado, intente evadir la acción de la justicia; ante el pronóstico de una futura pena grave y de efectivo cumplimiento; siendo estos fundamentos válidos para la denegación del beneficio liberatorio.

Es claro para mí que, entendimos en aquella oportunidad que la presunción establecida por los arts. 316 y 317 del C.P.P.N. no resultaba desvirtuada, y que si hubiéramos sostenido una postura iure et de iure en dicho pronunciamiento, no deberíamos haber acudido, para completar nuestro razonamiento, a las pautas del 319 del C.P.P.N., como en definitiva hicimos.

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

Al interpretar las normas procesales que gobiernan la soltura provisoria del imputado durante el trámite de la causa he sostenido en esta Sala II, los siguientes extremos;

a) Que esas normas no son inconstitucionales toda vez que los derechos que emanan de las garantías establecidas por nuestra Carta Magna quedan subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio. Los requisitos que así se establezcan, obviamente, no deben contradecir el espíritu de la Constitución ni hacer ilusorios los derechos otorgados por ella. Y en tal sentido, la exigencia de una prueba semiplena, suficiente y necesaria para el dictado de la prisión preventiva y la gravedad objetiva del hecho o los hechos acriminados revelada por la pena con que se los fulmina -superior a 8 años de prisión y que impide la condenación condicional- da razonabilidad al art. 316 del

Código Procesal penal de la Nación con las limitaciones que establece el art. 317 idem.

b) Que el art. 316 es la norma general y el 319 no amplía su aplicación sino que, al contrario, la restringe.

En efecto, adviértase que sobre el último obra el título "Restricciones", o sea, limita aún más las posibilidades excarcelatorias establecidas en el art. 316; por lo demás ¿ que sentido tendría éste, con los topes legales que establece, si la negativa a la soltura provisoria, en definitiva, estuviese sujeta al peligro de fuga o la obstaculización de la justicia?.

c) Pero aún dentro de esta interpretación, he admitido que las penalidades referidas en el art. 316 del C.P.P.N. no podrían tomarse como una regla inflexible, sino como parámetros reveladores de la gravedad objetiva de los hechos atribuidos, que por su naturaleza y modalidades causaren una verdadera alarma social e hicieran imprudente la concesión del beneficio postulado.

Por estas breves consideraciones, propicio mantener en todos sus términos la resolución atacada.

El señor juez doctor **Juan E. Fégoli** dijo:

Para fundar mi opinión respecto del tema que se plantea en esta convocatoria he de tener presente lo señalado por nuestro más Alto Tribunal en el sentido de que la libertad provisoria, por vía de los institutos de la excarcelación o de la exención de prisión es la respuesta procesal al derecho constitucional de permanecer en libertad durante el debido proceso previo, lo que no puede ser visto como un beneficio o concesión de la ley de forma sino como un derecho derivado del principio de inocencia (C.S. causa "Guerra Percowicz, MF 20/12/94, G.688 XXVIII, entre otros, y Fallos 310:1835, citados por Guillermo Rafael Navarro en Código Procesal Penal de la Nación, tomo I, Buenos Aires, 1996, pág. 656).

Por otro lado, señaló también el Alto Tribunal que la ley procesal regula otro aspecto vinculado con el expuesto,

cual es el de asegurar el cumplimiento efectivo de la pena, fijando por ello límites a aquella libertad, conciliando así el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente, sea prohibiendo directamente en unos casos su otorgamiento, sea condicionándolo en otros a la concurrencia de determinadas circunstancias. (Navarro, ob, cit. pág. 656 y Fallos 280/297).

En este orden de ideas, recuerda Maier la exigencia en punto a que el juicio -la sentencia- "...sea el resultado de un procedimiento imparcial-fair trial- que permita al imputado amplia oportunidad y libertad de defensa para influir en el juicio del tribunal, con vigencia irrestricta de las limitaciones que la propia Constitución impone al ejercicio de la persecución penal...." (confr. Julio B.J. Maier, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, 2º edición, 1996, pág. 479).

De otra parte, he de señalar que la interpretación que propicia el distinguido colega que lidera la votación ha sido receptada en mis votos emitidos como integrante de esta Sala en los fallos "Brusa, Víctor Hermes s/recurso de casación", causa nº 6121, reg. Nº 8256 rta. el 16/12/05; "Solohaga, Sergio Alejandro s/recurso de casación", causa nº 6075, reg. Nº 8244, rta. el 16/12/05 y "Castaño Penoff, Claudio Orosman s/recurso de casación", causa nº 7220, reg. Nº 9205 rta. el 9/11/06; entre otros).

En tales precedentes evalué la procedencia del beneficio excarcelatorio a la luz de las pautas proporcionadas en el informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -analizado medulosamente por Alejandro Carrió en su trabajo "Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad, ¿no es hora de mezclar y dar de nuevo?, artículo publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, "Excarcelación", Santa Fe, año 2005.

En el sentido apuntado, en aquellos precedentes

tuve en consideración la historia personal del imputado - particularmente las condenas anteriores que registraba por ofensas similares tanto en calidad como en gravedad así como las rebeldías decretadas a su respecto-, la naturaleza violenta del crimen investigado y la solidez de la imputación en función del peso de la prueba reunida en el legajo.

En la misma línea de pensamiento, he ponderado como pauta indicativa la etapa procesal por la cual transitan las actuaciones, considerando a tal fin que la proximidad del debate oral resulta parámetro a tomar en cuenta a los efectos de analizar la procedencia de la soltura anticipada. (cfr. in re: "Albarracín, Marcelo G. s/recurso de casación", causa n° 2783, reg. N° 3561, rta. el 26/9/00, y " Saiegg, Herminio José s/recurso de casación" , causa n° 6125, reg. N° 8238, rta. el 16/12/05).

Por lo demás, y en lo que concierne puntualmente a la naturaleza del crimen investigado como pauta indicativa de la viabilidad del beneficio, no puedo dejar de mencionar que -en el caso que diera origen a la presente convocatoria plenaria- los hechos que se le atribuyen al encausado se encuentran comprendidos en la categoría de los denominados *delitos de lesa humanidad*, razón por la cual adquiere vocación aplicativa la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal in re "Nicolaidés, Cristino s/incidente de excarcelación" -CSJN N° XXXVIII, rta. el 16/03/04 (Fallos 327:496)-, donde se señaló que la desaparición forzada de personas -y los hechos colaterales- eran considerados ya para la época de su comisión, tanto en el derecho interno como en el internacional, delitos de lesa humanidad, no resultando pues arbitraria la presunción de los tribunales inferiores de que quien está imputado de estos delitos gravísimos, en caso de ser puesto en libertad atentará contra los fines del proceso, conjetura que encuentra su debido fundamento -tal como lo exige el artículo 319 del

C.P.P.N.-, en el indicio que si se buscó al cometerse los hechos una modalidad que asegurara la impunidad futura, este mismo afán de sustraerse al juzgamiento podría tener una posterior secuela al otorgarse la libertad al procesado.

Agregó la Corte en dicho precedente -con cita de la doctrina sentado en los casos "Firmenich", "Arana" y Bramajo"-, que el "plazo fijo" del cual habla la ley 24.390 debe interpretarse en conjunción con el "plazo razonable" del que habla la Convención Americana de Derechos Humanos según la inteligencia asignada por los tribunales internacionales, a cuyo fin deberá atenderse al examen de las condiciones personales del procesado, la gravedad de los hechos que se le imputan y la complejidad del caso, caracterización que también recepta la Corte Europea en la exégesis del artículo 6.1 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Más recientemente, y en la misma línea jurisprudencial, la especial naturaleza del delito investigado -graves transgresiones a los derechos humanos- fue contemplada por el Alto Tribunal -entre otras cuestiones- para rechazar el beneficio liberatorio solicitado por la defensa en la causa "Carlos Alberto Mulhall s/ excarcelación" -causa n° 350/06-, rta. el 18/12/07 (ver dictamen del Procurador General de la Nación).

Con estas breves consideraciones voto en el sentido de que la presunción legal establecida por el artículo 316 del catálogo instrumental puede resultar desvirtuada por prueba en contrario.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Raúl R. Madueño** dijo:

Sobre el tema que convoca a este plenario tengo opinión comprometida.

En efecto he señalado que tal como surge del código procedimental actualmente vigente, la escala penal a

la que hace referencia el artículo 316 se debe tomar en abstracto, esto es, si la pena "máxima resultante de la calificación por el juez de los hechos imputados (obtenida de acuerdo con las pautas de los arts. 54 y 55 del C.P.) fuera superior a los ocho años de pena privativa de la libertad no corresponde, en principio, la concesión de la exención de prisión (conf. causa 4335, "Fernández, Diego Martín s/recurso de casación" reg. N° 5552, de la Sala II, rta. el 1 de abril de 2003; y causa n° 6804, "Charo, Jorge Rodolfo s/recurso de casación", registro n° 8733, de la Sala I de esta Cámara; entre muchas otras).

Por su parte, el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación contiene las pautas que permitirán denegar la concesión de la excarcelación o la exención de prisión cuando las particulares circunstancias del caso hicieran presumir que el inculpado podrá intentar eludir la acción de la justicia o entorpecer el curso de las investigaciones. Ello según el caso deber ser valorado atendiendo a la naturaleza del delito reprochado, las circunstancias personales del encartado (individuales, morales, medios de vida, antecedentes penales, entre otros) así como la posibilidad de que obstaculice la investigación, la conducta observada luego del delito, su voluntario sometimiento al proceso, y en definitiva, todos los demás criterios que pudieren racionalmente ser de utilidad a los fines del otorgamiento del beneficio intentado.

En consecuencia si de la calificación de los hechos atribuidos al imputado se supera la escala penal a la que se refiere la norma aludida; o si por esta calificación, en caso de recaer condena -y sin que ello implique prejuzgamiento-, el mínimo legal supera el máximo de pena que puede ser dejada en suspenso, en tales condiciones no corresponde acceder a la excarcelación o la eximición de prisión.

Por lo que desde mi particular punto de vista,

voto por la negativa a la cuestión planteada, y en cuanto a la resolución en crisis, por lo que llevo expuesto, debe confirmarse.

La señora juez doctora **Liliana E. Catucci** dijo:

Sobre la base de sustentación constitucional, en la que incluyo la de los tratados internacionales efectuada en el voto que abre esta convocatoria, y a los que me remito en mérito a la brevedad, he de abordar el tema de esta convocatoria.

La respuesta de esta reunión plena debe contestar el interrogante referente a "si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta, para su denegación, la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiere corresponder al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.); o si, pese a ello, pueden otorgarse ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal: peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación (art. 319 del C.P.P.N.)".

Se trata de inteligir y de armonizar el texto de los artículos 316, segundo párrafo, 317, inc. 1º, y 319 del código instrumental.

A tal fin, nada mejor que recurrir a Sebastián Soler en su obra "Interpretación de la ley" (Barcelona, Edic. Ariel, pág. 112 y ss.), quien recordó que "lo primero que le ocurre a una ley en el momento de ser sancionada consiste en que, por la sanción, queda incorporada a un sistema preexistente de derecho, con el cual deberá funcionar sin contradicción. La exigencia de no contradicción constituye, en realidad, un principio formal del derecho semejante al principio lógico, que en el plano de la teoría pura [...] asume, naturalmente, una forma particular. Dentro de un sistema jurídico, esa exigencia se manifiesta como un efecto del principio de vigencia".

De esos principios emerge el presupuesto de que las normas deben estar en armonía y no entrañar oposición, criterio asaz repetido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 256:24; 261:36; 303:1007, 1118 y 1403; 307:843; 310:933; y 328:1108, entre otros).

Al leer los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal fácilmente se advierte que responden a un criterio concesivo de los regímenes de la exención o eximición de prisión y de la excarcelación. Se desprende del empleo de la expresión "podrá eximir de prisión al imputado" y al decir que "[n]o obstante ello, también podrá hacerlo [...]", según rezan los apartados 1º y 2º del segundo párrafo del art. 316, referente al primero de los institutos liberatorios.

El primer supuesto para otorgar este instituto está condicionado a que la calificación del delito de que se trate no supere los ocho años de pena privativa de libertad en el máximo de la escala.

El segundo contempla el caso de que aun cuando el límite superior de la escala supere ese tope pudiera corresponder al enjuiciado una pena de cumplimiento condicional (art. 26 del Código Penal).

El segundo instituto, previsto en el artículo 317 del código instrumental, corresponde a la excarcelación y establece que ésta "podrá concederse: 1) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión [...]".

No existe ninguna otra norma permisiva. Por el contrario, la otra disposición en juego, contenida en el art. 319 de ese cuerpo de leyes, obsta a la concesión de esos institutos. Ello surge de sus palabras, a saber: "Podrá denegarse la exención o excarcelación [...] cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado

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

Ha de recordarse en este punto que el derecho es un sistema y que, como dice Soler (opus cit., pág. 110 y ss.), “la exigencia de no contradicción constituye, en realidad, un principio formal del derecho semejante al principio lógico; [...] en un sistema jurídico, esa exigencia se manifiesta como un efecto del principio de vigencia. Una ley no puede, al mismo tiempo, ser vigente y no [serlo], lo cual equivale a decir que la ley no puede al mismo tiempo definir un acto como debido y como indebido [...]. El concepto de función es una consecuencia natural de la idea de sistema”.

Ahora bien, existen dos soluciones posibles como respuesta al tema que nos convoca. Entender: **a)** que es suficiente para denegar el beneficio que el delito atribuido al enjuiciado supere el máximo de ocho años de prisión como tope máximo de la escala, o que, aun sin superarlo, no pudiera proceder una condena condicional; ó **b)** que pese a que la infracción penal supere esa escala y no procediere la ejecución condicional de esa pena pudieran otorgarse esos beneficios siempre y cuando se compruebe la inexistencia de riesgo procesal, sea peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.

Con claridad y con apoyo en la lógica jurídica se advierte que en el supuesto b) los artículos 316 y 317 resultarían superfluos.

Planteado el problema de esa manera se produciría la prescindencia de dos normas jurídicas por vía de interpretación, defecto reiteradamente sancionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 300:558; 301:108, 595 y 865; 304:289; 306:1462; 307:1054; y 308:2013, 2132 y 2664, entre muchos otros, también señalado por Soler en su obra ya citada (págs. 168 y ss.) al decir que “en

virtud de este principio (el de vigencia), el juez no puede negar aplicación a un precepto. Cuando la ley ha *dicho* algo, debe entenderse que ha *querido* algo y que, por regla general, ha querido precisamente lo que dice [...]. Por eso, entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo". Principio que encuentra su desarrollo en el de unidad sistemática referente a que "si un precepto no puede al mismo tiempo ser vigente y no [serlo] (principio de no contradicción) la aplicación de cualquier precepto está condicionada al reconocimiento de la validez potencial de los demás [...]; la necesidad del reconocimiento de la validez simultánea de todos los preceptos hace necesario el examen de su interacción recíproca, de manera que por la combinación misma de sus propios preceptos un sistema jurídico esté como provisto de un mecanismo de autocorrección".

Como lógica conclusión, el art. 319 del Código Procesal Penal, a mi juicio, funciona como impediente de la exención de prisión o de la excarcelación cuando éstas hubieran podido concederse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 316 y 317 del código tantas veces citado.

En términos análogos se ha expedido la Sala I de la Cámara Federal de San Martín in re: "Orellano, Daniel Horacio s/ excarcelación", c. n° 7449, reg. n° 6569, rta. el 6 de octubre de 2005, al decir que "es liminarmente la calificación legal la que determina la posibilidad de soltura y no las pautas del artículo 319 del CPPN. En efecto, si al margen del encuadramiento típico del hecho imputado, lo excluyente fuera únicamente la posibilidad de que el procesado intente eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, es indudable que así lo hubiera establecido expresamente el legislador sin ninguna necesidad de formular previamente los artículos 316 y 317,

que carecerían por completo de sentido y resultarían absolutamente innecesarios e inútiles para el sistema, pues éste sólo giraría alrededor de las previsiones del artículo 319. Esta norma se refiere a otro supuesto de excepción a la regla de la libertad durante el proceso, en los casos en que, pese a satisfacer las pautas del artículo 316 para permanecer sin cautela, se considere que igualmente corresponde la restricción por cuanto resulta probable que el imputado intente eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones si permaneciera en libertad. En consecuencia, es claro que el artículo 319 del CPPN configura una hipótesis de excepción para los casos en que resulte objetivamente procedente la excarcelación o exención de prisión, y no, como postula la interpretación propuesta [...], en el sentido de que constituye la regla determinante del beneficio por imponerse al texto de los artículos 316 y 317, cuyo contenido está obviamente referido a otros supuestos distintos y de verificación previa a la aplicabilidad del artículo 319. Es que si se aceptara esa postura, los artículos 316 y 317 no tendrían ningún sentido y carecerían en absoluto de operatividad, ya que la única regla válida sería la del artículo 319. En tal razonamiento, entonces, el sistema estaría holgadamente cubierto con las normas de los artículos 280 y 319, sin encontrar sentido la incorporación al código de los artículos 316 y 317, lo que resulta francamente inadmisibles ya [que] la falta de previsión o la inconsecuencia no pueden presumirse en el legislador (Fallos: 310:195, 1689; 312:1614, 1849; 313:132, 1149; 314:458; 315:727; 316: 1319; 317:1820; 319:1131; 320:270; 321:2021; 322:2189; 324: 1481; 325:1731; entre otros). [...] En definitiva, la presunción 'iuris et de iure' establecida por el legislador para determinar los casos en que procede la prisión preventiva durante el proceso -plasmada en los artículos 316 y 317 del CPPN-, ha sido

adoptada dentro de las facultades naturales del Congreso y se ajusta a las normas constitucionales y a los parámetros trazados por los instrumentos internacionales de los derechos humanos y la doctrina emanada de sus órganos de aplicación. La doctrina que intenta la prevalencia de las reglas del artículo 319 por sobre toda otra, tornando inútiles e inaplicables los artículos 316 y 317, cuando claramente ellos se refieren a situaciones distintas de la prevista en aquella norma, no resulta [...] ajustada a una adecuada hermenéutica jurídica, ni es exigida por el respeto de principios constitucionales".

En razón de lo dicho y de lo anotado en los fallos de esta Sala "Scola, Francisco Luis s/ rec. de casación", c. n° 4698, reg. n° 5999, rta. el 23/6/03; "Walpert, Gastón Maximiliano s/ rec. de casación", c. n° 5355, reg. n° 6713, rta. 13/05/2004; "Acevedo, Martiniana Esther s/ rec. de casación", c. n° 6058, reg. n° 7664, rta. el 16/5/2005; "Centurión, Néstor Damián s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", c. n° 6200, reg. n° 7745, rta. el 17/6/05; "Tarditi, Matías Esteban s/ rec. de casación", c. n° 6253, reg. n° 7780, rta. el 24/6/05; "Florentín, Lelis Santiago s/ rec. de casación", c. n° 6339, reg. n° 7848, rta. el 25/7/05; "Baudino, Claudio Fernando s/ rec. de queja", c. n° 6185, reg. n° 7853, rta. el 26/7/05; "Rodríguez Céspedes, Evelyn A. s/ rec. de casación", c. n° 6509, reg. n° 8075, rta. el 16/9/05, "Nieto, Mario Enrique s/ rec. de casación", c. n° 7401, reg. n° 9187, rta. el 18/7/06; y "Guerra, Luis Ariel s/ rec. de casación", c. n° 8069, reg. n° 10.001, rta. el 28 de diciembre de 2006, entre muchas otras, que doy por reproducidos en mérito a la brevedad, concluyo en que en materia de excarcelación o de exención de prisión basta para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiere corresponder al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.).

En punto a la conclusión sobre el resultado del fallo recurrido, considero que atento al temario de este plenario debe mantenerse su solución y rechazarse el recurso de inaplicabilidad de ley.

Así voto.

El señor juez doctor **Eduardo R. Riggi** dijo:

1.- La cuestión a resolver en la presente convocatoria a plenario se circunscribe a establecer *"si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta, para su denegación, la imposibilidad de futura condena condicional o que pudiera corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.); o si, pese a ello, pueden otorgarse ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (art. 319 del C.P.P.N.)."*

Una de las respuestas posibles a tal interrogante sostiene en lo esencial que en aquellos casos en los que la pena con la que en abstracto se conmina el delito imputado supere los 8 años de encierro no corresponde acordar la libertad provisoria, salvo que se estime *prima facie* que podría aplicarse una pena de ejecución condicional. Para esta posición, basta el corroborar los extremos enunciados para mantener al imputado encarcelado preventivamente, pues la ley presume sin admitir prueba en contrario *-iuris et de iure-* que en tales casos el justiciable habrá de intentar eludir la acción de la justicia. Para así concluir, se argumenta en lo sustancial que la interpretación que propone la otra corriente -que luego comentaremos- supondría dejar al artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación vacío de contenido, extremo que confrontaría directamente con elementales reglas de hermenéutica jurídica.

Otra respuesta posible a la pregunta que preside esta convocatoria a Plenario, indica que el artículo 316 del

rito penal establece tan sólo una presunción *iuris tantum*, según la cual cuando la pena con la que se conmina el delito supere los topes previstos en la mencionada norma procesal, se presume que el imputado podría intentar eludir la acción de la justicia, no obstante lo cual (y en atención al propio carácter de la presunción de que se trata) resulta posible apartarse de ella cuando las circunstancias del caso evidencien su desacierto. Es en esta corriente en la cual nos enrolamos nosotros.

Antes de ingresar de lleno en el desarrollo de los motivos que nos persuaden del acierto de la postura de la que participamos, conviene tener presente y recordar que ella nació como una posición francamente minoritaria, habiendo ganado terreno a paso lento pero firme. Tan es así, que por nuestra parte antes defendíamos la tesis opuesta, al igual que lo hacían otros magistrados (incluso de esta Cámara Nacional de Casación Penal), que como nosotros han advertido la necesidad de ajustar la interpretación de la ley a los nuevos requisitos constitucionales derivados de la reforma de la Ley Suprema, ocurrida en el año 1994.

En efecto, el criterio que consideraba que no resulta posible conceder la excarcelación a personas imputadas por delitos cuya pena máxima supere los 8 años de prisión, o que la eventual pena a recaer no pueda ser dejada en suspenso, resultaba de aplicación prácticamente unánime y pacífica en la jurisprudencia, siendo esta también la posición tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia (conf. Fallos 280:297; 290:393; 300:643 y 311:652).

No obstante, esta doctrina fue parcialmente cuestionada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento recaído *in re* "Estevez", del 3/10/97 (Fallos 320:2105), oportunidad en la cual sostuvo que "*La sola referencia a la pena establecida para el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que*

registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio". Debe, sin embargo, aclararse, que en ese caso el Superior tuvo también en consideración el tiempo de detención que registraba el acusado, el que excedía las previsiones de la ley 24.390, en su redacción originaria, por lo que tampoco resultaba clara la extensión que los referidos conceptos podrían tener en orden a la interpretación que amerita el artículo 316 del rito penal.

Esta línea jurisprudencial del Alto Tribunal pareció afianzarse a partir de lo resuelto en la causa "Napoli, Erika", del 22/12/98 (Fallos 321:3630), coyuntura en la que señaló que "la potestad legislativa para, con amplia latitud, ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando, los objetos de la legislación (Fallos: 238:60; 251:53, entre otros) y establecer así regímenes excarcelatorios diversos, **sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva -como medida de corrección procesal- conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia** (Fallos: 8:291; dictamen del Procurador General en 21:121; *mutatis mutandi* 102:219), **esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones**" (el resaltado nos pertenece); y que "en este contexto, el legislador nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 75, inc. 30 de la Constitución Nacional, estableció un régimen general que regula la libertad durante el proceso y que, en lo que aquí concierne, contempla como supuestos de excarcelación aquellos en los que pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los 8 (ocho) años de pena privativa de la libertad y también en los que, no obstante ello, el juez estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución

condicional (art. 317, inc. 1º Código Procesal Penal de la Nación). **La restricción de la libertad se funda en ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación.**" (el resaltado nos pertenece). En este caso, y si bien la materia recursiva se ceñía a determinar la validez constitucional de excluir a determinados delitos del régimen general de la excarcelación -cuestión que nuevamente introducía matices que dificultaban extender el precedente a supuestos que no presentasen estas particularidades- la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró que la prisión preventiva se legitima sólo ante la posible fuga del imputado, o de su intención de entorpecer la acción de la justicia.

Sin embargo, en la causa "Domínguez", del 19/8/99 (Fallos 322:1605), el Superior sostuvo -frente a un recurso extraordinario deducido contra una decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico que denegó la excarcelación del acusado teniendo en cuenta la pena prevista para el delito, y que la cantidad de hechos atribuidos hacían presumir que no se le impondría una sanción de carácter condicional- que el referido fallo se limitó "a la aplicación de las normas de derecho sustancial y procesal que rigen el caso". Añadió el Alto Tribunal que "no resulta de aplicación al caso el art. 319 del ordenamiento adjetivo, el cual tolera la denegación de la excarcelación en los casos en que es procedente mas no excluye la estimación de posibilidad de condena de ejecución condicional que para los casos de delitos reprimidos con pena privativa de libertad de máximo superior a ocho años de prisión prescribe el art. 316". Es decir, en este supuesto la Corte Suprema convalidó el criterio que considera que en los casos que no se presenten los requisitos del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación no puede concederse la excarcelación, esto es, le acordó a dicha

norma el carácter de una presunción *iuris et de iure* (que no admite prueba en contrario).

Tal era el estado de cosas, cuando como juez de la Cámara Nacional de Casación Penal, e interpretando -luego de producida la reforma constitucional del año 1994- las normas que rigen el instituto de la libertad provisional durante el proceso, nos pronunciamos sobre el particular en la causa n° 2113, caratulada "Llanos, Luis Alberto y otra s/ recurso de casación" (rta. 9/12/99). En esa ocasión, se aplicó al caso el criterio que podríamos llamar restrictivo, es decir, el que considera que la regla del artículo 316 de la ley procesal impide en todos los casos de delitos graves, la concesión de la exención de prisión o la excarcelación. Esa misma conceptualización, fue aplicada posteriormente en otros casos, tales como "Santander Bustamante" o "Corbalán".

No obstante que luego del caso "Domínguez" la jurisprudencia del Alto Tribunal parecía encontrarse afianzada en el sentido antes comentado, con fecha 12/11/03 se dictó sentencia en la causa T. 513. XXXIX. Recurso de hecho "Trusso, Francisco Javier s/ incidente de excarcelación", ocasión en la que con remisión al dictamen del Procurador General, se actualizó el precedente "Estevez", pues el dictamen del titular del Ministerio Público Fiscal que la Corte Suprema hizo propio, señalaba que *"conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal respecto de este supuesto de excarcelación previsto en la ley 24390, sobre el que ha dicho, por ejemplo, que 'la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado' (caso 'Estévez', publicado en Fallos 320:2105)."*

A ello se sumó -pocos meses después- la sentencia recaída en la causa M. 960. XXXVII. "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación" (del 15/4/04), en cuyo marco el Superior aseveró que *"la extrema gravedad de los hechos que constituyen el objeto de este proceso, o de otros similares, no puede constituir el fundamento para desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares ni para relajar las exigencias de la ley procesal en materia de motivación de las decisiones judiciales, a riesgo de poner en tela de juicio la seriedad de la administración de justicia, justamente, frente a casos en los que se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico internacional"*.

2.- Sin embargo, y como ya adelantáramos, las corrientes que sustentaron un criterio amplio fueron abriéndose paulatino camino en nuestra jurisprudencia. Así, la Sala I de este Cuerpo, en la causa n° 2749 "Vicario, Antonio s/ recurso de casación" (14/4/00), sostuvo que *"si bien debe recordarse (...) que 'uno de los motivos más poderosos entre los que pueden inducir al imputado a intentar eludir la acción de la justicia, es la gravedad de la amenaza de privación de libertad que se cierne sobre él, en virtud de la pena conminada para el delito que se atribuye'; y que 'la existencia de esa grave amenaza hará indispensable el encarcelamiento preventivo, porque éste será el único modo de neutralizar el peligro de que aquél intente burlar los fines del proceso' (...), estas conclusiones, que importan presunciones en el sentido de que el beneficiario intentará sustraerse a la acción de la justicia o entorpecer sus investigaciones, deben ser razonables y tener sustento bastante (...) pues de lo contrario se transformarían en hipótesis irrefragables iuris et de iure aun en los casos -muy excepcionales, seguramente- en que por sus especiales circunstancias sea posible invocar y demostrar que es posible descartar aquel riesgo procesal"*

sin cuya presencia carece de legitimidad la privación de libertad con fines cautelares".

Este precedente fue quizás el hito inicial en el camino evolutivo que venimos comentando, y fue seguido, tiempo después, por otros inspirados en similares criterios -aunque aplicándolos con un sentido más general (esto es, no vinculados a las "muy excepcionales" circunstancias del caso)-. En ese orden, merece especial mención el pronunciamiento dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, en la causa n° 21.143 "Barbará, Rodrigo Ruy" (10/11/03), precedente en el que se aplicó la tesis amplia en cuanto a la interpretación de las reglas de la excarcelación, y que tuvo una amplia repercusión en ámbitos académicos y judiciales. Allí, se sostuvo que *"no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal como el codificador lo ha expresado de manera terminante en el artículo 316 del CPPN, expresión sin duda del origen de este Código Procesal. Si se quiere entender este código de manera armónica con las convenciones de derechos humanos, debe aceptarse que este artículo es inconstitucional cuando sea interpretado iuris et de iure y por ende, sólo rige el artículo 319 del CPPN, en cuanto el tiempo de detención sea racional. En esa dirección fue interpretado por el señor juez de grado el artículo 316 del CPPN, por lo cual deviene inconstitucional su aplicación al caso concreto, toda vez que impuso la prisión preventiva del imputado sustentando su decisión exclusivamente en la calificación de los hechos que fueran atribuidos al nombrado, los que a su criterio, impiden que el imputado transite el proceso en libertad"*.

Posteriormente, otras Salas de la referida Cámara del Crimen siguieron la misma línea. Así, la Sala IV, en la causa n° 22.918 "Merola, Cayetano" (13/11/03), en la que se afirmó que *"si el imputado fue procesado en orden al delito*

de miembro de una asociación ilícita, permaneció privado de su libertad por más de dos años, registra muy buena conducta y concepto bueno, de mantener el criterio en cuanto a que la pena a imponer superaría los tres años de prisión, se presentaría un estado de incertidumbre acerca del tiempo que debe permanecer detenido para acceder a la excarcelación, lo que conllevaría a aplicar una condena anticipada y podría generar un perjuicio irremediable. Con ello, y toda vez que objetivamente no se presumen los peligros procesales previstos en el artículo 280 del CPPN, corresponde revocar el auto que denegó la excarcelación al imputado y concederla bajo caución real".

Para esa misma época, la Sala III de este Tribunal -que integramos junto a la doctora Angela E. Ledesma y Guillermo J. Tragant- emitió su también recordado fallo recaído en la causa n° 5474 caratulada "Macchieraldo, Susana Raquel s/ recurso de casación" (reg. n° 838/04, del 22/12/04).

Por su parte, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional -en otro proceso que también tuvo una amplia repercusión pública (causa "Chabán, Omar s/ excarcelación", del 13/5/05)- indicó que "la prisión preventiva en los términos de los artículos 280 y 319 del CPPN se torna infundada y, por ende inconstitucional, si no se avizora peligro alguno de fuga del imputado ni entorpecimiento de la investigación, pues se estaría interpretando en forma automática o iuris et de iure el artículo 316 del citado ordenamiento ritual, lo que contraría la Constitución Nacional -artículo 18 y tratados internacionales en materia de derechos humanos incorporados al artículo 75, inciso 22-, debiendo dictarse dicha medida como último recurso para asegurar la realización del juicio". Esa conceptualización jurídica que surge de ese fallo fue confirmada por el pronunciamiento de la Sala III de esta Cámara Nacional de Casación Penal, cuya mayoría en

la ocasión integramos junto al doctor Guillermo J. Tragant, aunque también concordamos en la necesidad de revocar el beneficio por coincidir en que las pruebas del caso indicaban la intención del acusado de eludir la acción de la justicia (conf. causa n° 5996 caratulada "*Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación*", reg. 1047/05, del 24/11/05, a la que luego nos referiremos más extensamente).

Otros tribunales que han seguido esta línea son la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A (ver causas "*Eurmekian, Eduardo s/ ley 24.769*", del 22/7/03, y "*Alonso de Bernstein, María s/ incidente de excarcelación*", del 13/7/03).

Por su parte, también otras Salas de esta Cámara Nacional de Casación Penal adhirieron a este criterio que considera que la presunción del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación admite prueba en contrario (conf. Sala II, causas n° 6624 caratulada "*Suárez Maldonado, Miguel Angel s/ recurso de casación*", reg. 8684, del 2/6/06, y n° 6689 caratulada "*Berrozpe, Ricardo A. s/ recurso de casación*", reg. 8826, del 10/7/06; y Sala IV, causa n° 5199 "*Pietro Cajamarca, Guido s/ recurso de casación*", del 20/4/05); al igual que lo hizo la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad (ver causa n° 37.964 caratulada "*Renduelles, Fabiana Andrea s/ excarcelación*", del 8/7/05; y causa n° 37.486 caratulada "*Olivera Róvere, Jorge Luis s/ excarcelación*" del 3/5/05).

3.- El panorama descripto en punto a la multiplicidad de tribunales que paulatinamente han variado su criterio sobre la materia, nos conduce a afirmar que nos encontramos en presencia de un verdadero cambio de paradigma en la interpretación de las normas jurídicas que rigen el instituto de libertad durante el proceso. En ese orden, no hesitamos en afirmar que no existe duda alguna que ello ha obedecido a la receptación jurídica de la reforma

constitucional realizada en nuestro país en el año 1994, mediante la cual se acordó jerarquía constitucional -por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Ley Suprema- a un importante catálogo de instrumentos internacionales de derecho humanos que abordan la cuestión, entre los que se cuenta y destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe recordar, que conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "...la 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2º) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2º de la ley 23.054." (conf. doctrina de la causa B. 851. XXXI "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación", sentencia del 12/9/96, -considerando 8-). Es decir, las opiniones que en el legítimo ejercicio de su jurisdicción emita la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben ser tenidas como un parámetro hermenéutico válido y de necesaria consideración al momento de resolver cuestiones que se encuentren comprendidas dentro de las disposiciones de la citada Convención.

Ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones

vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/06).

Frente a la sustancial variación del cuerpo normativo producido como consecuencia de la referida reforma constitucional, podría plantearse el interrogante relativo a por qué motivos no fue sino recién algunos años después de producida dicha reforma que comenzaron a dictarse pronunciamientos jurisdiccionales que se apartaron de los criterios tradicionales.

Para comprender ello, es preciso traer a colación aquí la explicación que algunos doctrinarios han esbozado tanto en relación al modo en que funcionan los sistemas jurídicos, como a los problemas que estos suelen enfrentar debido a las deficiencias del lenguaje que vehicula el programa normativo del legislador, el cual termina concretándose en la sentencia judicial. Mediante la debida comprensión de tales cuestiones, puede brindarse una respuesta cabal al proceso de maduración que, en ocasiones, requiere la introducción de un cambio normativo para integrarse realmente en el sistema jurídico.

Puede suceder que una reforma constitucional como

la producida en nuestro país y su consecuente reformulación conceptual de tan amplio calado no tenga una aplicación inmediata en la práctica. En efecto, los sistemas jurídicos no funcionan como si fueran computadoras a las cuales una vez que se les incorpora una modificación, si ella fue correctamente introducida, fluye de modo inmediato por el sistema para traducirse en el resultado lógico esperado, el cual no admite, naturalmente, otra derivación divergente. Es obvio, que en principio el sistema jurídico carece, lamentablemente, de esa lógica operacional inmediata. En primer lugar, no se encuentra integrado por máquinas automáticas, sino por seres humanos: jueces, abogados, académicos y demás auxiliares que colaboran en la función judicial. En segundo lugar, resulta evidente que si los sistemas jurídicos funcionaran como si fueran verdaderas máquinas no se explicaría el porqué de la existencia de las disidencias en las sentencias judiciales, de las distintas teorías relativas al concepto de dolo, en las diferentes posiciones en torno a la teoría de la interpretación, etcétera. En efecto, si de A más B debiera necesariamente resultar C, todos los fallos judiciales deberían concluir en C siendo, en consecuencia, impensable la consideración de una tercera, cuarta o quinta posibilidad (D, E y F). En tercer lugar, si los jueces funcionaran como máquinas no sería necesaria la existencia de tribunales superiores que revisaran las resoluciones de los inferiores, pues sólo reinaría la homogeneidad que se deriva del chip que contiene el programa informático incorporado al sistema operativo. La realidad es evidentemente otra. En cuarto lugar, pretender que el desarrollo jurisprudencial pueda ser determinado automáticamente por la ley supone desconocer el lado interno de la independencia judicial que debe someter el contenido de las disposiciones al estricto control de su constitucionalidad¹. Esta última cuestión, necesita en muchos

¹ Así, HASSEMER, "Rechtssystem und Kodifikation, en *Einführung in Rechtsphilosophie und*

casos, debido a la ambigüedad del legislador, de un intenso debate hasta que pueda llegar a obtenerse un consenso racional al respecto. Al igual que Roma no fue construida en un solo día, el Derecho no es algo estático, sino dinámico, pues es el fruto de un esfuerzo racional de todos los operadores jurídicos que se encuentra en continuo desarrollo².

El sistema jurídico que procesa la información de todo su sistema normativo conforme a sus propios códigos, los cuales le permiten calificar a los casos que somete a su estudio entre legales o ilegales (o si se prefiere entre justos o injustos), frente al nuevo cambio normativo producido por el legislador necesita, en algunos casos, de la oportunidad procesal indicada en los respectivos Códigos rituales para incorporar en su lógica binaria los nuevos datos que fueron suministrados al sistema. En efecto, en algunas ocasiones la modificación normativa no entrará propiamente en el sistema hasta que aquella no cobre una realidad palpable que se traduzca en un caso concreto, el cual permita a los operadores jurídicos tratar específicamente la cuestión. Por ejemplo, piénsese a título hipotético que el día de mañana el legislador incorporara - en abuso de su poder- al Código Penal un delito que se encuentre amenazado con pena de muerte (algo que sería manifiestamente inconstitucional), hasta que no se produzca la existencia de un caso justiciable en el cual un tribunal pueda pronunciarse sobre el particular, el sistema jurídico no habrá podido todavía procesar esa información como ilegal (en nuestro sistema jurídico, a diferencia del de España o Alemania por ejemplo, no existe un recurso de inconstitucionalidad que permita cuestionar una ley en

*Rechtstheorie der Gegenwart*⁷, Ed. Kaufmann/Hassemer/Neumann, p.261.

² Sobre ello cfr. ampliamente, LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³, Berlin-Heidelberg 1995, pp.187 y ss.

abstracto directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin la existencia de un caso concreto). O, incluso, piénsese en el caso de que un querellante denunciara a un sujeto por este mismo delito, el cual incluso fuera dependiente de instancia privada, pero, careciendo de legitimación activa porque no ha aportado los poderes especiales para constituirse en querellante. En tal supuesto, seguramente, el juez rechazará la querrela por motivos formales, sin poder pronunciarse sobre el fondo de la cuestión consistente en la ilegitimidad de aquel delito en atención a la flagrante inconstitucionalidad de la pena con la que se encuentra amenazado. En consecuencia, el sistema jurídico seguiría contando con un latente cuerpo extraño a la espera de que se produzca un caso para poder procesarlo conforme a sus códigos y expulsarlo.

Pero además, en otras coyunturas, puede ocurrir que una reforma normativa necesite de un proceso de asimilación hasta llegar a plasmarse en la realidad del sistema normativo. Es decir, puede que el sistema jurídico necesite de un proceso de maduración o asimilación del cambio normativo hasta que éste pueda llegar a digerirse de manera adecuada, en el sentido de que aquél pueda llegar a procesar correctamente la legalidad o ilegalidad del caso concreto. Las razones de ello obedecen a que con frecuencia el mensaje del legislador no suele expresarse con la claridad pretendida dando pie a situaciones ambiguas de difícil solución³. A ello debe añadirse, la dificultad

³ Como refiere HASSEMER, "Rechtssystem und Kodifikation, en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁷, Ed. Kaufmann/Hassemer/Neumann, p.253, «que las palabras de la ley no siempre ofrecen instrucciones inequívocas, se admite que ellas "necesitan ser valorativamente rellenadas", que son "porosas" o "vagas"»; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*¹⁰, München 2006, § 4 I, p.21 quien refiere que las palabras de la ley no raramente son "ambiguas" "mehrdeutig", es decir, que es posible unir a ellas con diferentes contenidos representativos. En ese sentido las palabras de la ley tienen con

consistente en poder desentrañar el genuino fin por él tenido en mente⁴, cuestión que dificulta inexorablemente, aún

frecuencia un espacio de juego conceptual o de significación "Bedeutungsspielraum". En esa línea de pensamiento, la correcta demarcación del significado de la ley sería la tarea principal de la interpretación jurídica.

⁴ Muchas veces debe recurrirse de manera casi obligatoria a una indagación objetivo-racional del texto normativo, pues es imposible determinar con claridad la voluntad del legislador -entendida como finalidad o motivos de éste-. En efecto, los motivos por los cuales la ley es promulgada son múltiples y diversos, pues, al participar en la toma de la decisión varias personas [Cfr. LARENZ/CANARIS, *Methodenlehrer der Rechtswissenschaft*³, Berlin-Heidelberg 1995, pp. 139-140, quienes hablan más que de una voluntad, pues eso procedería de una sola persona, de voluntad común de una mayoría de personas; RADBRUCH, "Die Logik der Rechtswissenschaft", en *Rechtsphilosophie*², Studienausgabe, Heidelberg 2003, p. 107], es decir, los representantes del pueblo elegidos democráticamente, esa pretendida finalidad se torna indescifrable, ya que al fin y al cabo la ley termina derivando de un consenso superpuesto [sobre esta noción véase RAWLS, "The Domain of the Political and Overlapping Consensus", *Collected Papers*, 2001, p.473, n.1, cuando refiere que «existe un consenso superpuesto en una sociedad cuando la concepción política de justicia que regula sus instituciones básicas es aprobada por cada una de sus principales doctrinas religiosas, filosóficas y morales probablemente para durar en esta sociedad de una generación a la próxima»; en esa línea explica HOERSTER, *Was ist Recht?*, München 2006, p. 127, que «en una forma de gobierno como las democracias modernas en absoluto existe el legislador, sino una multitud de individuos, a saber diputados, que han promulgado una ley determinada, o mejor dicho, que al mismo tiempo defienden. Pero eso significa, que de antemano no se excluye que los fines completamente divergentes de estos individuos serán unidos por la misma norma». Así, recurriendo este autor al ejemplo del incesto expresa que algunos han aprobado esa ley por las dificultades que acarrea genéticamente en la reproducción, otros por evitar la ruptura de un tabú moral, etc. De ello se derivaría a mi juicio que la apelación a la voluntad legislativa no sería un criterio que ayude al contrario complicaría aún más la misma; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*¹⁰, München 2006, § 4, II, c), p. 24, refiere que «sin embargo las teorías de la interpretación subjetiva en su forma extrema antes esbozada fracasan ya desde el punto de vista práctico en que las

más, que el sistema pueda considerar correctamente la legalidad o ilegalidad del caso presentado a pesar de su real existencia. En efecto, las leyes no son formuladas mediante lenguajes formales -como el de la lógica o el de las matemáticas-, sino a través de lenguajes naturales -en nuestro caso en Español-, los cuales si bien permiten que se produzca una comunicación medianamente aceptable, ella tiene lugar a costa de un considerable grado de indeterminación (es bien sabido por todos que las palabras padecen de vaguedad, ambigüedad y porosidad). Esta realidad lingüística, fue la que ha demostrado el fracaso del pensamiento filosófico promovido por el positivismo legalista, que pretendía considerar a los jueces como meros autómatas dedicados a la subsunción de las normas a los casos concretos; es decir, que consideraba a los jueces la boca que pronunciaba las palabras de la ley⁵.

representaciones personales de los miembros de un parlamento que aprueban una ley difícilmente pueden ser armonizables y tampoco son del todo identificables]. Esto significa que algunos de los representantes del pueblo votarán una ley en atención a consideraciones de índole religiosa, otros por razones filantrópicas, otros porque se han levantado de buen humor y otros porque con la aprobación de esa ley se aseguran la sanción de otra ley posterior que les es beneficiosa a sus fines partidarios, etcétera. Desde esa perspectiva, la búsqueda de esta pretendida finalidad -de esas razones subjetivas, de la "voluntad" del legislador- estará abocada en muchos casos al fracaso; HASSEMER, "Rechtssystem und Kodifikation, en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁷, Ed. Kaufmann/Hassemer/Neumann, p.261, sostiene contrariamente a lo propugnado por MONTESQUIEU que el juez no es la "boca de la ley", pues éste da la vuelta alrededor de la ley de manera creativa.

⁵ Cfr. ALCHOURRÓN, "Sobre derecho y lógica", en *Isonomía* N°13/Octubre 2000 (trad. Jorge L. Rodríguez/Militello), p.29, en cuanto expresa que los «problemas sistemáticos (la incompletitud y la inconsistencia normativa) así como **las indeterminaciones lingüísticas** (ambigüedad, derrotabilidad y vaguedad) **hacen necesario el uso de consideraciones valorativas en la toma de decisiones judiciales**. Desde una perspectiva más amplia, en todo proceso de toma de decisiones judiciales se encuentran involucradas consideraciones valorativas, tanto en la selección de las normas

Piénsese en el caso en el cual el legislador incorpora ciertas normas que poseen jerarquía constitucional, pero, no obstante, omite depurar el antiguo sistema legal, esto es, tras incorporar el nuevo material normativo no deroga aquellas leyes que presuntamente podrían entrar en colisión con aquél, cuestión que tampoco es

empleadas para justificar la decisión como en la identificación de los "hechos" relevantes del caso bajo consideración. En este sentido, **la interpretación es siempre una actividad valorativa. La ilusión formalista del modelo puramente deductivo debe ser abandonada**»; ATIENZA, *El sentido del Derecho*², p.265 refiere que «(a)sí como en los casos fáciles la concepción material y la concepción dialéctica de la argumentación no deja de estar presente, **en los casos difíciles** la lógica sigue jugando un papel muy importante. Lo que ocurre es que aquí no basta con la "justificación interna", sino que a ella hay que añadirle la "justificación externa", esto es, **se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal, lógico**. Lo que en último término presta apoyo a una premisa es una determinada teoría sobre las fuentes del Derecho, sobre la interpretación, sobre la valoración de la prueba...y, en términos más generales, una determinada concepción de la racionalidad práctica que hará uso de criterios como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias o el consenso». Las negritas nos pertenecen; HASSEMER, "Rechtssystem und Kodifikation, en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁷, Ed. Kaufmann/Hassemer/Neumann, p.252, califica de naíf al pensamiento que entiende que la decisión judicial se deduce directamente de la ley, en el sentido de que el caso subsumiría directamente en la norma codificada; HART, "Separation of Law and Morals", Harv. L. Rev. vol.71, Febrero 1958, nº4, p.607-608, explica que la aplicación de las reglas legales a casos específicos en las zonas de penumbra no puede ser una cuestión de deducción lógica, es decir, de razonamiento deductivo, el cual por generaciones ha sido apreciado como la justa perfección del razonamiento humano, en estos casos no puede servir como modelo para los jueces ni para nadie que deba subsumir el caso particular en la regla general. En esta zona no se puede salir únicamente con la deducción. De eso se sigue que si los argumentos legales y la decisión legal de las cuestiones de penumbra quieren ser racionales, esta racionalidad debe descansar en otro tipo de relación que la lógica que existe respecto de las premisas

abiertamente advertida por la comunidad jurídica. Una situación como la referida, generará indefectiblemente un caso de difícil solución. En primer lugar, porque si se piensa en la idea del legislador racional, la falta de derogación de aquellas normas posibilitaría pensar que siguen siendo constitucionales y que también lo es, en consecuencia, la consolidada interpretación jurisprudencial que de ellas se venía efectuando, la cual ofrece una clara seguridad jurídica de cara a los ciudadanos en atención a la vinculación fáctica que tienen los jueces con sus precedentes⁶. En segundo lugar, porque la declaración de inconstitucionalidad de una norma es siempre el último recurso en un sistema jurídico (conforme el principio de conservación de la norma). De esta manera, la doctrina explica por qué el poder judicial siempre ha sido caracterizado como un organismo conservador que va detrás de la academia, ya que su resistencia al cambio, frente a la duda, lo mueve a aferrarse al precedente.

Si bien es cierto que el legislador podría haber resuelto la cuestión derogando o reformulando aquellas normas acordándoles adecuación constitucional, no menos cierto resulta que al no haberlo hecho favorece la confusión, máxime si se parte de conceptualizar que el legislador es un ente racional. En efecto, un cambio que no es categórico puede generar esa duda que, ante la indefinición del legislador, pierde frente a la inercia de

⁶ La vinculación al precedente es una realidad fáctica que no puede desconocerse que contribuye a la seguridad jurídica, pues le permite a los ciudadanos prever lo que puede esperarles. Así, HASSEMER, "Rechtssystem und Kodifikation, en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁷, Ed. Kaufmann/Hassemer/Neumann, p.264, explica como funciona esta vinculación fáctica al mostrar «que el juez si bien "puede" apartarse del Derecho judicial, eso se establece conforme al precedente y no entonces con relación a la obligatoriedad formal del postulado de la vinculación con la ley. Pero si se aparta, entonces debe ofrecer en la fundamentación de su decisión un esfuerzo de argumentación considerable».

la lógica de los precedentes que se venía imponiendo. Naturalmente, el manto de dudas dejado por el legislador acerca de la constitucionalidad de esas normas deberá ser sometido a debate, entrando en juego, a partir de allí, no la interpretación de reglas, sino de ciertos principios abstractos, los cuales, normalmente, suelen entrar en colisión con muchos otros principios garantizados por la constitución, y que deben ponderarse, y a cuyo respecto no puede derivarse una única interpretación razonable, sino una propuesta, en todo caso aproximativa⁷. En el fondo, la indefinición del legislador termina, a través de una especie de delegación indirecta, desplazando una competencia propia a manos del poder judicial.

Es cierto que todo sería mucho más fácil si el legislador, ni bien introdujera una reforma normativa, se encargara de depurar el sistema jurídico derogando o ajustando la redacción de aquellas normas inconstitucionales, pues de esa manera facilitaría la inmediata asunción del nuevo programa normativo que ha incorporado. Caso contrario, daría lugar -reiteramos- a la existencia de casos de difícil resolución, porque al no ser su programa normativo diáfano y maduro, termina dejando

⁷ Cfr. ALEXY, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Ed. Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, Baden-Baden 2003, p. 222. Siguiendo a ALEXY debe expresarse que la mencionada ponderación teleológico-objetiva sólo puede tener lugar entre principios, ya que los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: una dimensión de peso. La diferencia entre reglas y principios consiste en que las reglas son aplicables de un modo "todo o nada". Los principios, por el contrario, no deben determinar la resolución del caso de forma concluyente, aún cuando, conforme al modo en que están formulados, sean aplicables al caso, sino que deben contener, solamente, los fundamentos que hablan a favor de una solución u otra, permitiendo una aproximación a la resolución. En la ponderación de intereses hay una situación de tensión, en la cual los principios representan los fundamentos que permiten hablar en pro o en contra de una determinada solución, la cual no viene impuesta como definitiva.

su aporte normativo a modo de embrión que merece ser debatido. En este debate, al entrar en juego la ponderación de principios, las soluciones que se arrojen como reconoce ALEXY no vienen impuestas como definitivas⁸. En estos casos, es importantísima la labor que se despliegue en todos los foros jurídicos (academia, cursos de formación judicial, los abogados en sus alegaciones, etc.), en el sentido de empezar a plantear y debatir la cuestión de manera que pueda desarrollarse e incorporarse en el proceso definitivo de determinación normativa. Ello deriva de que doctrinariamente también se suele señalar que aunque haya una reforma normativa, ella no implica, necesariamente, que la comunidad jurídica -en la cual se pretende que aquélla sea operativa- se encuentre receptiva a dicho cambio, siendo importante el debate doctrinal que permita preparar el camino para otorgarle a la cuestión el tratamiento que se merece. Aquí no debe desconocerse el rol fundamental que le cabe a la doctrina en este proceso que le aporta a la ley esa racionalidad, tendiendo un puente entre los principios y la ley que le permite al aplicador del derecho, concretamente, al juez, cuya función es administrar justicia, alcanzar el objeto de ésta, a saber: el derecho⁹. De hecho, SCHÜNEMANN califica a la dogmática como "cuarto poder" del Estado, toda vez que permite controlar de modo científico-jurídico a la judicatura¹⁰. En ese sentido, será decisivo determinar el

⁸ Véase nota nº12; En ese sentido, también SILVA SÁNCHEZ, "¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)", en http://www.indret.com/pdf/399_es.pdf, p.2, refiere que «una interpretación orientada a la Constitución es la que, en el marco del propio proceso interpretativo, aboga por aquellos resultados que, desde el punto de vista constitucional, resulten preferibles a otros».

⁹ En esa línea, SILVA SÁNCHEZ, "Introducción: Dimensiones de la Sistemática en la Teoría del Delito", en *"El Sistema del Derecho Penal Integral, Delito..."*, WOLTER/FREUND (eds.), Barcelona 2004, p.29.

¹⁰ Sobre la dogmática como "cuarto poder" del Estado cfr. SCHÜNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", *FS-Roxin*, p.8.

alcance de la reforma y lograr producir aquél programa que no ha sido finalmente concretado por el legislador¹¹.

¹¹ Véase MÜLLER, *Juristische Methodik*⁶, Berlin 1995, pp. 30 y ss, quien entiende que el proceso de aplicación del Derecho llevado a cabo por el juez constituye una concretización del programa normativo del legislador. En ese sentido es preciso distinguir entre el texto legal y la norma jurídica. Ésta es mucho más que aquél y su concretización práctica es más que la interpretación del texto. Metódicamente comprende, en principio, todo el modo de trabajo de la concretización y la realización del derecho. La concretización de la norma jurídica no debe ser mal interpretada en el sentido positivista como "silogismo", "subsunción" o aplicación, pero tampoco como comprensión de ponderación de intereses o valoraciones previamente efectuadas y representadas en el texto legal. Tampoco significa que una norma ya existente frente al caso jurídico, sería individualizada ateniéndose al caso, concretada en su extensión, estrechada. Mejor dicho en la solución del caso jurídico se trata de la construcción de la norma. La norma jurídica debe ser respectivamente solamente producida en el caso. La formulación de la norma jurídica creada será necesariamente más concreta que el normalmente así denominado tenor literal. El tenor literal es, en sentido técnico, el texto normativo (precepto jurídico, el texto oficial). Es un producto lingüístico (una cadena de símbolos), que se juntan en la codificación en forma de párrafos o artículos. El texto normativo constituye junto al caso la información inicial del procedimiento de concretización. El jurista moldea de manera profesional la comprensión profana del caso jurídico, que es la segunda información inicial, con los hechos. El participante en la vida jurídica se guía, fuera de la concretización profesional, por el texto normativo vigente. El jurista, que debe decidir el caso, selecciona a partir del hecho los textos normativos que según su precomprensión se le manifiestan como correspondientes. Sobre éstos entran en el trabajo los puntos de vistas objetivos de las normas jurídicas supuestas como adecuadas, que normalmente por causas de la economía de trabajo de conformidad con la individualidad del hecho son circunscriptas al ámbito del caso. La interpretación de todos los datos lingüísticos, también la interpretación del texto con todos los medios metódicamente reconocidos, revela el programa normativo. Con esta ayuda el jurista que decide selecciona el subconjunto de los hechos conormativos para el resultado del caso, el ámbito de la norma. Este delimita, entonces, el conjunto de aquellos datos reales que con razón sirven de base a la decisión. El programa normativo y el ámbito de la norma se juntan con la norma jurídica general abstracta que debe ser formulada. En la última

Normalmente, en la tarea se dividirán las aguas y luego de un intenso y arduo debate pueda quizás lograrse un consenso sobre el particular. Ello facilitará la aplicación real del programa normativo que de "embrión legislativo", podrá llegar a "dar a luz" en el mismo sistema que lo mantenía incubado.

Ahora bien, lo referido en absoluto desacredita a la anterior interpretación que pudo haberse venido haciendo antes de lograr el consenso, ni tampoco permite calificarla como prevaricadora. En efecto, hasta que se produce el proceso de maduración que permite allanar el camino para que el cambio normativo sea realmente operativo, la antigua interpretación que se presentaba en el contexto teórico previo era una de las opiniones defendibles de modo razonable dentro de la comunidad jurídica. Además, no debe olvidarse que conforme enseña el Tribunal Supremo Español, por «resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad»¹². Evidentemente, la plausible posición del referido Tribunal Supremo no se enmarca dentro de la teoría del «legalismo ético», que en su expresión extrema entiende que el derecho positivo es justo por el sólo hecho de estar positivizado. Ello también explica, que no todo voto

etapa de su trabajo individualiza el jurista ésta para la norma decisoria. Este último paso se realiza luego desde el punto de vista metódico como una simple deducción, pero únicamente en este sentido en efecto como subsunción bajo la norma jurídica antes producida

¹² Cfr. SSTs de 3/05/1986 [RJ 1986, 4666], caso Varón Cobos; de 4/07/1996 [RJ 1997, 5426], caso Estevil; de 15/10/1999 [RJ 1999, 7176], caso Gómez de Liaño; y de 11/12/2001 [RJ 2002, 1792], caso Raposo. Disponibles en Westlaw Aranzadi.

disidente puede ser tildado sin más de prevaricador. De hecho, también es bueno que exista disidencia¹³, pues la misma puede enriquecer el debate por la solución justa.

Por otro lado, explicando la lógica del funcionamiento de los sistemas jurídicos en el marco de un Estado de Derecho, no debe olvidarse que aquí estamos hablando de poder efectuar una interpretación conforme a la Constitución¹⁴, lo cual constituye una herramienta metodológica a la cual, incluso, en democracias consolidadas -antiguas y experimentadas- le ha costado ganar terreno dentro de la metodología jurídica¹⁵. Por ejemplo, cabe citar el caso de Alemania que, como bien saben todos, es el

¹³ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, *La obediencia al Derecho*, Madrid 1987, p.231.

¹⁴ Como expresa KUHLEN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg 2006, p.5, «en resumen es posible decir con ello que la interpretación conforme a la Constitución constituye una opción intermedia entre la declaración de inconstitucionalidad de un texto y la defensa de una interpretación de éste orientada a la Constitución».

¹⁵ Como explica SILVA SÁNCHEZ, “¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)”, en http://www.indret.com/pdf/399_es.pdf, p.3, «no debe llevar a ignorar los problemas que genera. En efecto, no es fácil determinar cuáles de las interpretaciones de un texto son conformes y cuáles, en cambio, contrarias a la Constitución. A partir de ahí, debe reconocerse el riesgo de que la “interpretación conforme” no sea tal, sino que se convierta en una verdadera modificación de la ley penal[...]. Es esto lo que explica el resquemor que siempre ha rodeado a esta figura y las críticas que se le dirigen por muchos, apuntando la seria posibilidad de que los tribunales (ordinarios o Constitucional) usurpen funciones legislativas. En el caso de la “interpretación conforme” efectuada por el Tribunal Constitucional, a lo anterior se añade el riesgo de que éste usurpe además funciones de los tribunales ordinarios, por ejemplo presentando como interpretaciones constitucionalmente excluidas lo que no serían sino opciones interpretativas que se moverían en el plano de la legalidad ordinaria. La obviedad del problema se hace patente si se advierte que a él subyacen varios debates de fondo. Entre ellos, por un lado, el que enfrenta a posiciones legalistas y constitucionalistas, que dista mucho de haber sido superado; y, por otro lado, el que se manifiesta en el conflicto institucional entre jurisdicción ordinaria y constitucional. A este respecto, no hace falta recordar la tensión que rodea con frecuencia las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español».

epicentro doctrinario del Derecho Penal a nivel mundial. En efecto, allí como claramente explica KUHLEN -en su reciente monografía titulada "la interpretación de las leyes penales conforme a la Constitución"- **las consideraciones y argumentos de Derecho constitucional recién han ganado en Alemania un significado creciente en los últimos diez años. Esa consideración, según KUHLEN, es también válida para la interpretación conforme a la Constitución que en Alemania fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Alemán y exigida para todas las ramas del ordenamiento.** Recién hoy en día este tipo de interpretación es un instrumento completamente indiscutido para el acervo asegurado de la ciencia jurídica¹⁶. Ello doctrinariamente podría explicar y facilita comprender, el por qué de algún retraso en la adopción por parte de los operadores del sistema jurídico argentino de la herramienta consistente en la interpretación conforme a la Constitución (no se olvide que también este procedimiento puede causar reticencias pues se le podría reprochar inconstitucionalidad al usurpar los jueces funciones legislativas¹⁷ y que en general la doctrina jurídico-penal en esta materia es muy sensible; como ejemplo de ello es dable citar su manifestación contraria a la

¹⁶ Cfr. KUHLEN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg 2006, p.1.

¹⁷ Véase nota n° 15; Abonando esa crítica véase GARGARELLA, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Comp. Rodolfo Vázquez, México 1998, quien refiere que «si los jueces quedan legitimados para dar -con carácter final- la interpretación "adecuada" de los textos constitucionales, entonces, imperceptiblemente pasan a concentrar en sus manos un enorme poder de decisión. Si consideramos los ejemplos citados, nos encontramos con que los jueces, y no los ciudadanos o sus representantes, estarían decidiendo [...] Y es este poder extraordinario que quedaría concedido a los jueces, y no al "pueblo", lo que resulta razonablemente puesto en cuestión por el argumento de la interpretación».

constitucionalidad de los fallos plenarios); por todo lo cual entonces, dicha rémora debe atribuirse al devenir lógico del procedimiento de maduración y fortalecimiento que requieren las instituciones que integran un Estado de Derecho.

4.- Sentado todo lo anterior, conviene ahora plasmar las razones que nos persuaden del acierto de la solución que en definitiva hemos de propiciar en este Acuerdo Plenario, para lo cual es necesario efectuar un pormenorizado análisis de las distintas normas -ya sean de fuente legal, constitucional o supra nacional- que rigen el delicado instituto de la prisión preventiva, y la interpretación que de ellas hemos realizado en las ocasiones en que expusimos nuestro criterio sobre el particular. Vinculada a esta cuestión se encuentra la relativa a los casos en que procede restringir la libertad del imputado durante el proceso o, lo que es sustancialmente equivalente, denegar su excarcelación. Para ello, hemos de recordar cuanto sostuvimos en las causas n° 6135 caratulada "*Castells, Raúl Aníbal s/ rec. de casación*" (reg. 636/05, del 11/08/2005) y n° 5996 caratulada "*Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación*" (reg. 1047/05, del 24/11/05), en las que analizamos el tema extensamente.

Señalamos en primer lugar en los precedentes citados, que la limitación de la libertad del encausado durante el proceso (aún cuando dicha medida adopte formas distintas a la prisión preventiva, tales como la obligación de no ausentarse de su domicilio por un término mayor al de 24 horas, o la de presentarse periódicamente ante la autoridad judicial) tiene un fin claramente diferenciable del que justifica el encierro luego de quedar firme la sentencia condenatoria.

En este segundo supuesto, la finalidad de la detención se encuentra orientada a lograr que "*el condenado adquiera capacidad de comprender y respetar la ley*

procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad" (conf. artículo 1º de la ley 24.660). Dicho precepto es concordante con lo que al respecto establece el artículo 18 de la Constitución Nacional, que expresamente ordena que *"las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos contenidos en ellas"*. Es decir, la potestad del Estado para privar a una persona que fue encontrada responsable de un delito -conocida bajo el nombre de *ius puniendi*, y cuyo ejercicio se legitima ante la comprobada infracción cometida por un individuo-, se dirige a procurar que el condenado adecue en lo sucesivo sus conductas a las expectativas sociales normativamente aseguradas.

Muy por el contrario, cuando no media aún un pronunciamiento jurisdiccional que con fuerza de cosa juzgada en sentido material declare que una determinada persona es responsable de un hecho delictual, mal puede señalarse que la privación de la libertad de ese sujeto encuentra fundamento en su acreditada inconducta -dado que no se han agotado aún las instancias procedimentales necesarias para arribar a un estado de certeza semejante-, ni tampoco que dicha detención obedezca a la necesidad de someterla al régimen penitenciario.

Y es que durante el transcurso de la instrucción y hasta tanto no medie una declaración de culpabilidad contra una determinada persona, rige el principio de presunción de inocencia. Así lo establece, entre otros, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que expresamente dispone que *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*, postulado que también se extrae del artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio*

previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

Siendo ello así, cabe memorar que la garantía de inocencia "crea serias dificultades durante la sustanciación del proceso punitivo, ya sea por las diversas interpretaciones que suele otorgársele a tal garantía o por el grado de extensión que se le atribuye. El inconveniente radica en determinar hasta dónde, en cada caso concreto, corresponde la aplicación de medidas precautorias, como la prisión preventiva, el embargo, secuestro, allanamiento, etc." (cfr. Levene, Ricardo (h) y otros "Código Procesal Penal de la Nación Ley 23.984 Comentado y Concordado", 2da. ed., Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 2).

A dicha advertencia, corresponde agregar lo apuntado por los autores, en orden a que "...el derecho a la libertad se afirma en el proceso penal, de modo tal que aquélla es la regla y su restricción la excepción, y toda norma que entrañe una limitación a ella, en caso de duda, se debe interpretar en favor del procesado..."; y que "...el fundamento del encarcelamiento preventivo es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley (ver art. 280), y mientras esos objetivos puedan ser alcanzados con medidas menos gravosas, su justificación desaparece, operando como formas de evitarlo la exención de prisión antes de que ocurra o haciéndolo cesar mediante la excarcelación cuando ya se hubiese producido..." (cfr. Levene y otros, op. cit., págs. 237 y 272).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, hace ya más de una centuria, que conforme las prescripciones del artículo 18 de la Constitución Nacional "...los reos de delitos que no son castigados con pena corporal, tienen derecho a que se les ponga en libertad bajo fianza, porque de otro modo se aumentaría su sufrimiento más allá de lo necesario para la seguridad de que se cumpla la pena establecida por la ley..." (CSJN T.7, p. 368 caso "Rufino Castro Boedo", rto. el 31 de julio de 1869).

También viene sosteniendo desde aquella época el Alto Tribunal, que a los fines de la excarcelación se deben tener siempre en consideración "...las circunstancias del caso..." y las condiciones personales del imputado; y en el supuesto que estos extremos lo justifiquen podrá "...acordarse la excarcelación bajo fianza ...sin peligro que se frustre la justicia que es el único objeto de la prisión durante la causa..." (CSJN T. 8, p. 291 caso "Exequiel N. Paz", rto. el 30 de noviembre de 1869; y citado en T. 21, p.121).

Asimismo puede ser citada la sentencia dictada el 1º de agosto de 1905 en el caso "Ramón Gómez, Antonio Abregú y otros" (T. 102, p. 219) donde se expresó: "5º.- Que la constitución nacional no contiene disposición expresa sobre libertad provisoria del encausado. Consagra la libertad personal y permite el arresto, 'en virtud de orden escrita de autoridad competente'; porque de otra manera se imposibilitaría, en algunos casos, la administración de la justicia represiva, desde que se estableciera que la privación de libertad sólo procedería a título de pena y mediante previo juicio y condenación. Pero, aunque no consigna en términos expresos, la limitación de la prisión preventiva, mediante fianza de cárcel segura, ha sido derivada por esta corte de la cláusula final del art. 18 de la constitución nacional, según la cual '...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...'. Esa prescripción, según la jurisprudencia establecida, tiene por objeto principal garantizar la libertad bajo fianza a los reos de delitos ...; porque denegada la excarcelación, se retendría en la cárcel a los procesados, sin que esa retención pudiera justificarse como una medida necesaria de seguridad, por manera que 'la

excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley penal de forma' (t. 7, p. 373; t. 16, p. 88; t. 64, p. 352)." "6º.- Que la prisión preventiva o privación temporaria de la libertad del encausado, no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción, y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio, compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, puede decirse, además, que esa garantía del derecho individual se funda también en la constitución, porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (art. 33 de la constitución nacional)..."

Por otro lado, es doctrina del Alto Tribunal que el derecho a gozar de libertad hasta el momento que se dicta la sentencia de condena no constituye una salvaguarda contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional (Fallos 305:1002). Así, también se sostuvo que 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 (Fallos 308:1631), y que se trata, en definitiva, de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (Fallos 280:297).

Que la privación de la libertad "no debe ser la regla", constituye un principio expreso constitucionalizado (artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Alberto Bovino enseña que el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (artículo 14 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y artículo 8.2 de la Convención

Americana de Derechos Humanos y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) - artículo 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos-. (*El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As. 1998, pág. 148/9).

Por su parte, Cafferata Nores señala que la privación de la libertad durante el proceso penal es una medida cautelar excepcional dirigida a neutralizar los graves peligros (*por lo serio y lo probable*) que se puedan cernir sobre el juicio previo, con riesgo de apartarlo de sus fines de afianzar la justicia. Explicita que el texto constitucional establece en forma expresa que el encarcelamiento durante el proceso "no debe ser la regla general" y que sólo tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo (artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). ("*Proceso Penal y Derechos humanos*", Editores del Puerto, Bs. As., 2000, pág. 186).

La privación de la libertad procesal sólo podrá autorizarse cuando sea *imprescindible* y, por lo tanto, *no sustituible* por ninguna otra medida de similar eficacia, pero menos gravosa (Cafferata Nores-Tarditti, Tomo 2, pág. 649).

5.- Lo expuesto en el punto anterior, nos conduce entonces a examinar cuáles son las exigencias que corresponde verificar para imponer a una persona que goza de la presunción de inocencia una medida restrictiva de la libertad. Con acierto se ha señalado que

"la libertad del imputado sólo cabe restringirla a modo de cautela y para asegurar la aplicación de la ley punitiva. Ello quiere significar que deben ser interpretadas restrictivamente las normas que autoricen el encarcelamiento, que son, en consecuencia, de neto carácter excepcional (la detención, la prisión preventiva, la denegatoria de excarcelación). En definitiva, interpretar restrictivamente es limitarse taxativamente a lo determinado por la propia ley" (cfr. Levene y otros, op. cit., pág. 2).

Dicho ello, corresponde indicar que en su informe 12/96, entre otros conceptos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "El objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa" (conf. § 84).

Según el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la gravedad del delito imputado y la severidad de la pena con la que se conmina la infracción es un parámetro razonable y válido para establecer, en principio, que el imputado podría intentar eludir la acción de la justicia; y ello es así, por cuanto la posibilidad de ser sometido a una pena de una magnitud importante sin lugar a dudas puede significar en el ánimo del justiciable un motivo suficiente (y humanamente comprensible) para sustraerse del accionar jurisdiccional (cfr. en similar

sentido nuestro voto en la causa N° 2113 "*Llanos, Luis A. y otros s/rec. de casación*", Reg. N° 671/99 del 09/12/1999).

No obstante lo expuesto, la aseveración formulada, lógicamente, no puede ser extendida a casos en los que la situación del encartado escapa a los extremos que se verifican en los supuestos para los que fue formulada. Así, rápidamente podemos señalar que bajo otros presupuestos objetivos la regla del artículo 316 del rito resulta insustancial para denegar la excarcelación del imputado. A modo de incontrovertible ejemplo, cabe memorar aquellos casos en que el imputado hubiere cumplido en detención el plazo máximo de la pena prevista para el delito que se le imputa (artículo 317, inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación); cuando hubiere cumplido en detención la pena solicitada por el fiscal, y que a primera vista resulte adecuada (inciso 3°); cuando hubiere cumplido en detención el término de la pena impuesta por sentencia no firme (inciso 4°); o cuando hubiere estado detenido por un tiempo tal que de haber existido condena le habría permitido obtener la libertad condicional (inciso 5°).

Los ejemplos enunciados de situaciones que escapan a los límites del artículo 316 del rito penal y que, no obstante ello, autorizan la excarcelación del encausado refuerzan aquella idea que antes comentáramos con relación a que la razón de ser de la regla de la norma citada radica en que ante la amenaza de sufrir una grave pena privativa de la libertad la ley presume que el imputado podría intentar sustraerse a la acción de la justicia. Adviértase que cuando el riesgo de una futura pena severa pierde intensidad -por haberse ya sufrido, cuando menos en parte, el mal amenazado- la presunción comentada se torna inaplicable.

En sentido contrario, tenemos que el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación establece las pautas que impedirán la concesión de los institutos de la exención de prisión y de la excarcelación cuando, no obstante

verificarse la concurrencia de los recaudos objetivos previstos en los artículos 316 y 317, las especiales circunstancias del caso llevan a concluir en aquella misma presunción legal descrita *ut supra* (conf. causa n° 4755 "*Lorge, Luis s/ rec. de casación*" Reg. N° 675 del 14/11/2003). Como se aprecia, en este supuesto la regla del artículo 316 interpretada a *contrario sensu* -es decir, que cuando la pena es de baja intensidad, el imputado no habrá de intentar sustraerse a la acción de la justicia- cede cuando las particularidades que se evidencien y las condiciones personales del acusado condujeran a un pronóstico contrario.

Lo apuntado, determina racionalizar que la citada presunción legal no se encuentra exenta de excepciones, sino que la misma puede ser válidamente conmovida -cuando medien razones que demuestren la inconveniencia de aplicarla en determinada ocasión- sea para conceder la excarcelación del imputado (lo que ocurrirá cuando pese a la severidad de la pena con que se conmina al delito atribuido, existieren sobrados elementos de juicio para pronosticar con un razonable grado de certeza que se someterá al proceso) o para denegarla (esto es, cuando pese a la nimiedad de la amenaza penal, el imputado demostrare su escasa o nula predisposición para someterse al proceso, o su intención de ocultar prueba, entre otros supuestos).

Nuestro criterio se apuntala también en los conceptos que los entonces integrantes de la Sala III vertiéramos en oportunidad de expedir nuestro voto en el Fallo Plenario N° 3 de esta Cámara, recaído en la causa "*Molina, Roberto Carlos s/ rec. de casación*", en cuanto sostuviéramos que el marco de los tratados internacionales incorporados en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional (conf. reforma de 1994), conduce a considerar el evidente objetivo de lograr que la aplicación judicial de cualquier clase de medida restrictiva de la

libertad se ajuste a exigencias humanitarias que reclaman un derecho penal mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo y estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y las prohibiciones penales. Y tal conclusión, por lo demás, es la que corresponde también extraer del texto de la Constitución Nacional. Así lo señala Joaquín V. González, quien indica -con relación al derecho a gozar de la libertad durante el proceso- que *"nada dice la Constitución respecto de este derecho; pero está en la naturaleza de los que consagra el artículo 18, al eximir de la prisión al individuo acusado de un delito, mientras no se dicte sentencia que lo condena, declarándolo culpable: porque sólo la ley, y la sentencia que la aplica, pueden privarle de la libertad. Pero la justicia no se haría efectiva sino en rarísimos casos, porque los reos escaparían de su acción (...). La fuerza o condición que caracteriza este derecho de pedir libertad o excarcelación, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la causa, por una garantía de que ha de presentarse al juicio cuando sea llamado y cumplir la condena cuando le sea impuesta"* (conf. "Manual de la Constitución Argentina", Angel Estrada S.A., Buenos Aires, 1983, pág. 200).

Un criterio contrario al sustentado, conduciría a que el derecho constitucional a la libertad -cuya vigencia es también garantizada por el principio de inocencia- se encuentre subordinado a una presunción legal formulada en abstracto que no daría lugar a ninguna interpretación en contrario -ni aun en aquellos casos en que medie una evidente falta de racionalidad o desproporción entre la medida cautelar y el fin perseguido-, consagrándose que el legislador determine una presunción *iure et de iure* opuesta -porque confronta- a la Constitución Nacional. Y ello es así, toda vez que la hermenéutica de todas las normas que componen el cuerpo normativo vigente, debe hacerse atendiendo el espíritu que los próceres en los albores de

nuestra patria le imprimieron

-interpretando el legítimo sentir del pueblo argentino- a nuestro texto constitucional, y que quedara plasmado en el Preámbulo de la Ley Suprema. Es por ello que tenemos particularmente presente que ella, la Constitución Nacional, nos determina a atender la necesidad de *asegurar los beneficios de la libertad*, precepto que caería en saco roto si consideráramos suficiente para privar a una persona de tan importante derecho la exclusiva formulación de una grave imputación delictual en su contra.

6.- a) Como se vio en el acápite precedente, el argumento de la severidad de la sanción penal no puede ser el único a tener en cuenta a la hora de evaluar sobre la procedencia del dictado de una medida cautelar de coerción personal, pues si bien el mismo resulta claramente indicativo en orden a la posible voluntad del imputado de someterse al proceso, otorgarle una preeminencia absoluta frente a otros parámetros que confronten con él y que pudieran resultar plenamente acreditados en una causa, puede conducir a resultados disfuncionales e incompatibles con el ordenamiento constitucional y legal.

Es por tal motivo que resulta necesario establecer cuáles son aquellos otros elementos de juicio que deben ser atendidos al resolver sobre el particular, mas ello no sin antes advertir que lo expuesto en modo alguno significa desconocer la importancia de las disposiciones de los artículos 312 y 316 del Código Procesal Penal. Muy por el contrario, de lo que se trata es de determinar el modo en que dichas disposiciones se concilian tanto con lo dispuesto por el artículo 280 del mismo cuerpo legal -en cuanto dispone que "*La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.*"-, como con las normas de fuente legal y

constitucional que aseguran el principio de inocencia.

Comentando el referido artículo 280, señalaba Ricardo Levene que *"todo el Código, a lo largo de toda su arquitectura, defiende la libertad, pues la considera el bien más sagrado, y sólo autoriza su restricción en casos muy estrictos y determinados, conforme a las pautas del art. 1 y a lo ordenado por los arts. 2 y 3"* (op. cit., pág. 237).

Asimismo, nos resulta particularmente esclarecedora de la cuestión -y además, de ineludible consideración, como antes se dijo- la opinión que en su informe 2/97 sostuviera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En dicha oportunidad, la Comisión abordó, aunque más ampliamente, una cuestión análoga a la tratada en el referido informe 12/96, ingresando en el análisis de los presupuestos que autorizan la restricción de la libertad del imputado durante el trámite de la causa.

b) Así, se señaló como primer requisito que medie la presunción de que el acusado ha cometido un delito, indicándose al respecto que *"26. La Comisión considera que **la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición 'sine qua non' para continuar la medida restrictiva de la libertad.** (...). 27. No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo"*.

Es decir, el primer elemento que necesariamente debe presentarse para que una determinada persona sea sometida a un encarcelamiento preventivo, es que sobre la misma pese una **fundada sospecha de culpabilidad sobre su participación en determinado hecho delictivo**. Esto es así, por dos motivos concurrentes: en primer término, porque la sujeción de una persona al proceso tiene sentido en tanto y en cuanto aparezca, al menos *prima facie*, como posible

responsable de un suceso delictual; y, en segundo lugar - pero íntimamente vinculado al anterior- porque quien no advierta la existencia en su contra de elementos de juicio que objetivamente le permitan suponer en forma razonable que podría resultar condenado, tampoco habrá de tener motivos para intentar profugarse, dado que en tales circunstancias - en principio- no tendría temor a perder su libertad en caso de afrontar un juicio.

Lo expuesto, valga la aclaración, no presupone convertir a la prisión preventiva en una verdadera pena anticipada, sino que de lo que realmente se trata es de discernir en qué casos puede el imputado tener motivos suficientes para intentar fugarse. Y es en ese análisis que resulta innegable que mayor motivación para adoptar esa actitud tendrá quien muy posiblemente (por las serias y concordantes pruebas acumuladas en su contra) se enfrente a un juicio condenatorio y con ello a una pena de cuanto menos mediana intensidad, que quien se encuentre imputado de un delito más grave (según su escala penal) aunque vinculado a dicho ilícito sobre la base de elementos de juicio de dudosa o precaria eficacia probatoria.

c) Seguidamente, la Comisión trató el peligro de fuga, expresando que "28. **La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia.** Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia. 29. **La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores**

morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. 30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada. 31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, **las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país.** En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia".

En nuestro ordenamiento positivo interno, las pautas mencionadas se encuentran reflejadas en los artículos 316, 317 y 319 del Código Procesal Penal de la Nación, que antes comentáramos. Queda claro también, a partir de la interpretación que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica, que la única hermenéutica válida y ajustada a las normas de jerarquía constitucional, es la que acuerde al referido artículo 316 el carácter de una presunción *iuris tantum*.

No obstante lo expuesto, resulta innegable que las previsiones del artículo 316 del rito penal resultan de ineludible aplicación, excepto en aquellos casos en que la presunción legal resulte conmovida por los elementos de juicio obrantes en el sumario y que demuestren el desacierto en el caso de observar dicha presunción. En efecto, la circunstancia que la norma contenida en el artículo 316 debe ser tenida como una presunción *iuris tantum* no autoriza a desconocer su existencia y operatividad, dado que en la medida en que se trata de derecho positivo vigente, su

aplicación a los supuestos que se encuentran abarcados por sus disposiciones resulta un imperativo legal (conf. nuestro voto en causas n° 6040 caratulada "López, Delia Angela s/ recurso de casación", reg. 673/05, del 1/9/05; n° 6042 "Amigo, José s/ recurso de casación", reg. 675/05, del 1/9/05; y n° 6096 caratulada "De Marchi, Gustavo Raúl s/ recurso de casación", reg. 678/05, del 1/9/05).

Recordemos en tal sentido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido también que por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto del caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos 249:425; 250:17; 263:460).

Ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que *"la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y por ende, se reconoce como principio que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto"* (Fallos: 300:1080; 315:727; 320:1090). También ha señalado el Alto Tribunal que *"es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional"* (Fallos: 310:937); y que *"la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan"*, comprendiendo ello *"no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran*

el ordenamiento jurídico" (Fallos: 287:79).

De esta manera, la presunción legal que indica que en aquellos casos en que los imputados se enfrenten a la posibilidad de una severa pena privativa de la libertad habrán de intentar profugarse debe ser tenida en cuenta al momento de decidir sobre su excarcelación; y sólo corresponderá apartarse de la referida disposición legal cuando concurren elementos de juicio objetivos y comprobables que demuestren el desacierto -disfuncional o irracional- de lo que la ley presume. Justamente por ello - porque admite prueba en contrario-, es que la referida presunción es *iuris tantum*. Y no está de más señalar que **tal prueba (la que confronte con la solución legal) debe existir y ser constatable, pues de lo contrario la presunción mantiene todo su valor y efecto.**

Así la Sala III de este Tribunal -que integramos-, en reiteradas oportunidades ha entendido que la confluencia de elementos de juicio que confrontaban con la presunción legal que el imputado habría de eludir la acción de la justicia, determinaban conceder el beneficio de transitar el proceso en libertad. Tal es el caso de las causas **nº 5450** caratulada "Ruere, Edgardo Angel s/ recurso de casación" (reg. 836/04, del 22/12/04), **nº 5474** caratulada "Macchieraldo, Susana Raquel s/ recurso de casación" (reg. Nº 838/04, del 22/12/04), **nº 5868** caratulada "Macchieraldo, Roberto Aquiles s/ recurso de casación" (reg. 839/04, del 22/12/04), **nº 5470** caratulada "Macchieraldo, Graciela María s/ recurso de casación" (reg. 840/04, del 22/12/04), **nº 5472** caratulada "Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación" (reg. 841/04, del 22/12/04), **nº 5466** caratulada "Macchieraldo, Horacio Anselmo s/ recurso de casación" (reg. 842/04, del 22/12/04), **nº 5473** caratulada "Macchieraldo, Aquiles Alberto s/ recurso de casación" (reg. 843/04, del 22/12/04), **nº 5555** caratulada "Rivero, Jorge Horacio s/ recurso de casación" (reg. 269/05, del 14/4/05), **nº 5739**

caratulado "Real de Azúa, Enrique s/ recurso de casación" (reg. 481/05, del 15/6/05), **nº 5831** caratulada "Fernández Alegría, Jorge s/ recurso de casación" (reg. 488 del 16/6/05), **nº 5983** caratulada "Kosik, Beatriz s/ recurso de casación", reg 672, del 1/9/05, **nº 5917** "Balanovsky, Gabriel s/ recurso de casación" (reg. 790, del 30/9/05), **nº 6140** caratulada "Brave, Marina s/ recurso de casación" (reg. 1144, del 19/12/05), **nº 6252** caratulada "Rupil, Enrique Gabriel s/ recurso de casación" (reg. 1147, del 22/12/05), **nº 6088** caratulada "Villarreal, Raúl Alcides s/ recurso de casación", **nº 6406** caratulada "Vega, Mario s/ recurso de casación", reg. 84, del 24/2/06, **nº 6499** caratulada "Pazo, Carlos José s/ recurso de casación" (reg. 160, del 14/3/06), **nº 5750** caratulada "Rolón, Juan Carlos s/ recurso de casación" (reg. 505, del 22/6/05), **nº 6659** caratulada "Jauregui, Luciano A. s/ recurso de casación" (reg. 1044, del 22/9/06), **nº 7809** caratulada "Rearte, Jorge Eusebio s/ recurso de casación" (del 3/5/07), **nº 7690** caratulada "Ferreira Rolón, Alcides s/ recurso de casación" (reg. 583, del 22/5/07), y **nº 7723** caratulada "Veltri, Christian Ariel s/ recurso de casación" (reg 800, del 15/6/07), **nº 7959** caratulada "Rachitzky, Diego Nicolás s/recurso de casación" (reg. 1088, del 15/8/07), **causa nº 7983** caratulada "Van Campenhout, Jonathan s/recursos de casación e inconstitucionalidad" (reg. 1089, del 15/8/07), entre muchas otras.

Muy por el contrario, en otros supuestos, la ausencia de referencias o pautas objetivas que demostraran la inconveniencia de utilizar en el caso la regla del referido artículo 316, nos determinaron a inclinarnos por aplicar la presunción que establece que la existencia de una seria amenaza penal, es un factor preponderante en la psiquis humana, y que en virtud de él, el imputado podría intentar sustraerse del accionar jurisdiccional; máxime en supuestos en los que se advertía la concurrencia de

elementos de prueba categóricos en contra del inculcado que podrían conducirlo a potenciar su temor a perder su libertad. Así ocurrió en las causas **nº 2113** caratulada "Llanos, Luis y otra s/ recurso de casación" (reg. 671/99, del 9/12/99), **nº 2523** caratulada "Santander Bustamante, José D. s/ recurso de casación" (reg. 318/00, del 20/6/00), **nº 3539** caratulada "Corbalán, José Silvano s/ recurso de casación" (reg. 648/01, del 5/11/01), **nº 4710** caratulada "Ñancupel Uribe, Guido Adrián s/ recurso de casación" (reg. 555/03, del 30/9/03), **nº 4729** caratulada "Meta, Carlos s/ recurso de casación" (rta. 3/10/03), **nº 5978** caratulada "Siddig, Julio Héctor s/ recurso de casación" (reg. 676/05, del 1/9/05, en particular nuestro voto), **nº 6100** caratulada "Silva, Eugenio Emilio s/ recurso de casación" (reg. 744/05, del 15/9/05, en particular nuestro voto), **nº 6156** caratulada "Contreras, Pablo Martín s/ recurso de casación" (reg. 722/05, del 13/9/05, en particular nuestro voto), **nº 6129** caratulada "Mazzuca, Lucas A. s/ recurso de casación" (reg. 1032/05, del 21/11/05); y las ya citadas causas **nº 6040** caratulada "López, Delia Angela s/ recurso de casación" (reg. 673/05, del 1/9/05), **nº 6042** "Amigo, José s/ recurso de casación" (reg. 675/05, del 1/9/05), **nº 6096** caratulada "De Marchi, Gustavo Raúl s/ recurso de casación" (reg. 678/05, del 1/9/05); **nº 7256** caratulada "García, Adolfo Omar s/ recurso de casación" (reg. 1432/06, del 24/11/06); **nº 7823** caratulada "Sironi, Mauro Alejandro s/ recurso de casación" (reg. 1045/07, del 6/8/07); **nº 7448** caratulada "Mancuello, Alejandro Roberto s/ recurso de casación" (reg. 111/07, del 14/2/07); y **nº 8173** caratulada "Espíndola, Rubén Esteban s/ recurso de casación" (reg. 1304/07, del 2/10/07), entre muchas otras.

En sentido inverso, en otras oportunidades nos ha tocado resolver la situación de quienes pese a encontrarse imputados por la comisión de delitos cuyas escalas penales no superaban los límites mencionados en el artículo 316 del

rito penal, evidenciaban que en caso de recuperar su libertad podrían intentar eludir la acción de la justicia. Fue así en las causas n° 4755 caratulada "Lorge, Luis Alberto s/ recurso de casación" (reg. 675/03, del 14/11/03), n° 6014 caratulada "Cornejo Parreño, Cristián Fabián, s/ recurso de casación" (reg. 716/05, del 12/9/05), n° 6016 "Mendoza Medina, Michael, s/ recurso de casación" (reg. 717/05, del 12/9/05), n° 6007 caratulada "Naftali, Harazi y otros s/rec. casación" (reg. 1041/05, del 21/11/05); n° 6489 caratulada "Akrishevski, Erez s/ recurso de casación" (reg. 292/06, del 6/4/06), n° 6491 caratulada "Ivgy, Moshe Ben s/ recurso de casación" (reg. 292, del 6/4/06); n° 7609 caratulada "Akrishevski, Erez s/ recurso de casación" (reg. 339/07, del 12/4/07).

Como fácilmente puede advertirse de la diversidad de situaciones reseñadas, si bien hemos reconocido la validez de la regla contenida en el artículo 316 del rito penal, no fue ese el único elemento de juicio indicativo de la intención del imputado que evaluamos en los casos en que nos tocó resolver sobre el particular; ya que si bien no negamos la relevancia que el *quantum* de una eventual sanción penal puede tener en orden a motivar al acusado a evadirse, tampoco menospreciamos la incidencia de otros factores que conducían a una conclusión en contrario.

d) Como tercer parámetro, la Comisión ubicó el riesgo de comisión de nuevos delitos, entendiendo al respecto que *"32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado"*

por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad." (el resaltado nos pertenece). En este punto, consideramos necesario abonar el criterio de la Comisión, indicando que el "peligro de reiteración delictual", nos remite a revisar -en definitiva- la "peligrosidad del agente", valorada ésta en orden a la naturaleza del delito imputado, y los motivos que lo condujeron a delinquir. Repárese en que ciertos delitos, una vez que el autor es descubierto, la posibilidad de que puedan ser vueltos a cometer es ínfima, dado que la iniciación del proceso penal suele encontrarse acompañada de otras medidas adoptadas por las autoridades estatales. Así, a modo de ejemplo, es claro que quien comete un robo tendrá más posibilidades de reincidir que quien comete un delito tributario, dado que en este segundo supuesto las autoridades -luego de comprobada la primera infracción- suelen ser más estrictas en el control que realizan sobre el contribuyente.

Son, sin dudas, elementos a tener en cuenta para evaluar la posible reiteración, el contexto familiar y moral del acusado, en cuanto pueden contribuir a generar la convicción de que el camino del delito es el incorrecto para arribar a un estado de realización personal y social; el tener medios lícitos de vida (sobre todo, cuando se trata de infracciones penales de contenido patrimonial); la circunstancia que el acusado no posea antecedentes de carácter delictual o contravencional, así como también que ostente una personalidad proclive al respeto de las disposiciones legales, y las reglas sociales y morales de convivencia.

También debe meritarse, a la par de la gravedad del hecho penal que se imputa, la peligrosidad evidenciada por el acusado, pues la posibilidad de reiteración delictual no deja de ser una presunción que sólo habrá de justificar el encierro cautelar en la medida en que los bienes

jurídicos que pudieran encontrarse comprometidos sean de una entidad suficiente para sustentar la medida (cfr. en este sentido la opinión del destacado maestro alemán Claus Roxin en "*Derecho Procesal Penal*", ed. del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, págs.261/262).

Por estricta aplicación de tales pautas, resolvimos denegar la excarcelación de imputados en múltiples oportunidades, aun cuando el delito que se les recriminaba escapara a las previsiones del artículo 316 del rito penal (conf. causas **n° 6129** caratulada "Mazzuca, Lucas A. s/ recurso de casación", reg. 1032/05, del 21/11/05; **n° 6014** caratulada "Cornejo Parreño, Cristián Fabián s/ recurso de casación", reg. 716/05, del 12/9/05; **n° 7261** caratulada "Bunetta, Claudio Marcelo s/ recurso de casación", reg. 1404, del 21/11/06; y **n° 7428** caratulada "Blanco, Marcelo Héctor s/ recurso de casación", reg. 5/07, 10/1/07).

e) También se consideró, cuando medie la necesidad de profundizar las investigaciones, que la posibilidad de colusión pueda constituir un elemento a tener en cuenta. Al respecto, se indicó que *"33. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad. 34. La Comisión considera que no es legítimo invocar las 'necesidades de la investigación' de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado"*.

f) Como quinto argumento o recaudo en el que reparar, se mencionó el riesgo de presión sobre los testigos, en estos términos: "35. *El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación ... Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado...*".

La posibilidad de que el acusado coarte a los testigos u otros sospechosos, o los induzca a falsear su declaración o a sustraerse a su deber de presentarse al llamado judicial, debe necesariamente ser analizada a la luz de su real capacidad para obrar en tal sentido. Así, son factores que permiten suponer ese extremo, que los testigos habiten la misma zona que el imputado -máxime cuando se trata de ámbitos geográficos en los que la inseguridad y los índices de criminalidad sean particularmente elevados-, los antecedentes violentos del imputado, el acceso de éste a estructuras formales o informales de poder -especialmente, cuando se sospeche de la posible connivencia entre el encartado y agentes de esas estructuras o del Estado, que pudieren tener interés en encubrir el delito-, entre otros.

Asimismo, reiteramos que una alegación en tal sentido -dirigida a restringir la libertad- debe ser siempre fundada en las circunstancias de la causa y jamás en meras afirmaciones dogmáticas; y resaltamos en particular que debe también ser acompañada de los recaudos necesarios para asegurar la vida e integridad física del testigo amenazado y su familia, dado que el encarcelamiento del imputado no evita el peligro de que otras personas (v.gr., posibles secuaces) intenten atentar contra ellos.

Este particular riesgo -el de coerción a los testigos- fue también el que nos motivó a votar por la denegatoria de la excarcelación en la causa n° 6156

caratulada "Contreras, Pablo Martín s/ recurso de casación" (reg. 722/05, del 13/9/05), oportunidad en la que señalamos que "el historial de violencia que denotan los antecedentes del encartado, sumado ello a las condiciones en que se produjo su aprehensión en la presente causa -y merituando muy especialmente al ámbito donde se produjeron los hechos que se le imputan (un asentamiento de emergencia) y que uno de esos hechos consistió precisamente en haber irrumpido violentamente en un domicilio de ese barrio, amenazando y lesionando a sus moradores- nos conducen asimismo a la fundada presunción que Contreras podría intentar amedrentar a los testigos, lo que en definitiva abona también la suerte del recurso".

g) Por último, se señaló que también debe tenerse en cuenta la preservación del orden público, sosteniéndose que "36.La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado. 37. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal".

Conforme con este criterio, la excarcelación del imputado puede ser denegada en ciertos casos en los que la extrema gravedad de los hechos que se le imputan y el alto grado de sensibilidad social que los mismos hubieran ocasionado conduzcan a que su libertad pudiera exacerbar las legítimas demandas de justicia de la sociedad, conduciendo a los protagonistas a desbordes indeseados.

Sin embargo, corresponde apuntar con relación a esto, que la denegatoria de la excarcelación del imputado por las reacciones que pudiera tener el público ante ello es una medida realmente excepcional, sólo aplicable ante supuestos en los que la posibilidad de desorden se explique (aún cuando no se justifique) por la confrontación del dolor y estupor social que el delito produjo con las aspiraciones de justicia de los ciudadanos, desprovistas de intencionalidades políticas u otras semejantes, y debe durar tanto como el tiempo que le irroque al Estado el generar los mecanismos que prudentemente conduzcan a evitar o reducir en sus consecuencias el posible disturbio al que alude la Comisión. Y es que no resulta prudente ni ajustado al más mínimo sentido de justicia sostener que una persona pueda ser privada de su libertad porque otras amenazan con hacer uso ilegítimo de la fuerza en caso de que el órgano jurisdiccional no resuelva como a ellos les parece que debiera hacerlo.

Queda claro que carecen de esa virtualidad los desórdenes civiles sea que acudan a la amenaza ilegítima o al ejercicio ilegal del uso de la fuerza, así como los que pretenden confrontar distorsionando maliciosamente la verdad objetiva comprobada en autos o bien reclamando con violencia en dicha sintonía, al impulso de agitadores o deformadores de la opinión pública al servicio de la persecución penal de terceros "adversarios o enemigos" sociales, políticos o gremiales, respecto de los cuales procuran determinar o desviar el debido y recto sentido de las decisiones judiciales. Convalidar alguna de tales situaciones conduciría, lisa y llanamente, a la legitimación de un estado de anarquía y a un desborde institucional inadmisibles, toda vez que comportaría un gravísimo avasallamiento de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial.

h) Finalmente corresponde expresar, que el

referido análisis sobre las condiciones personales del imputado en orden a su excarcelación, debe realizarse en aras de establecer con la máxima probabilidad posible, si en caso de encontrarse en libertad el acusado intentará eludir la acción de la justicia, obstaculizar el descubrimiento de la verdad, la actuación de la ley o bien cometer nuevos delitos de la misma especie -cfr. Roxin ya citado- (ya que constituiría un abuso el pretender evitar que un imputado cometa "cualquier" clase o tipo de delito); siendo asimismo la conducta observada por el mismo con posterioridad al hecho que se le enrostra un indicio importante y demostrativo de sus intenciones.

7.- Todo lo hasta aquí expuesto nos conduce a conceptuar que las medidas cautelares de coerción personal deben ser dictadas con el máximo de prudencia, procurando evitar caer en extremos en los que la ligereza en el dictado de la prisión preventiva del imputado se convierta en una verdadera pena anticipada, o en los que la laxitud al resolver en sentido contrario termine por constituir una verdadera frustración de las justas exigencias que la sociedad formula a los órganos estatales encargados de la prevención y represión del delito.

En ese orden, la Constitución Nacional, las disposiciones legales respectivas y, obviamente, los criterios apuntados, así como los que razonablemente pudieran ser esbozados frente a las particularidades de cada caso, deben ser aplicados con la mayor racionalidad, ejerciendo el más prudente sentido común y teniendo en consideración los hechos concretos que informan las actuaciones.

Así, conceptuamos que el análisis sobre la posible intención del imputado de evadir la acción de la justicia o entorpecer el curso de la investigación puede -según el caso- ser realizado valorando la severidad de la pena conminada en abstracto; la gravedad de los hechos concretos

del proceso; la naturaleza del delito reprochado; el grado de presunción de culpabilidad del imputado; la peligrosidad evidenciada en su accionar y su actitud frente al daño causado; las circunstancias personales del encartado (individuales, morales, familiares y patrimoniales, si tiene arraigo, familia constituida, medios de vida lícitos, antecedentes penales o contravencionales, rebeldías o violaciones a la libertad condicional anteriores, procesos paralelos en trámite, entre otros) que pudieran influir u orientar su vida, el cumplimiento de futuras obligaciones procesales y aumentar o disminuir el riesgo de fuga; la posibilidad de reiteración de la conducta delictual; la complejidad de la causa y la necesidad de producir pruebas que requieran su comparecencia, así como la posibilidad de que obstaculice la investigación impidiendo o demorando la acumulación de prueba o conspirando con otros que estén investigados en el curso normal del proceso judicial; el riesgo de que los testigos u otros sospechosos pudieran ser amenazados; el estado de la investigación al momento de resolverse la cuestión; las consecuencias que sobre la normal marcha del proceso habrá de tener la eventual libertad del acusado; la necesidad de proceder a la extradición del justiciable; la conducta observada luego del delito; su voluntario sometimiento al proceso, y en definitiva, todos los demás criterios que pudieran racionalmente ser de utilidad para tal fin, como los que antes desarrolláramos. Corresponde destacar, que el detalle transcripto es meramente enunciativo -obviamente no descarta otros que pudieran presentar cada caso-, habida cuenta la pluralidad de factores de riesgo procesal que a nuestro entender deben ser analizados en forma armónica para verificar si la presunción legal establecida en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación resulta desvirtuada.

Y deberá en tal coyuntura, asimismo, observarse

siempre como propósito principal, el de conciliar el interés social en castigar el delito con el individual de permanecer en libertad hasta tanto no medie declaración de culpabilidad, de manera que las restricciones que pudieran ser impuestas en el segundo lo sean únicamente en la medida de lo indispensable para asegurar la realización del primero.

"El estado de derecho, para existir realmente, debe garantizar -entre otras cosas- una estabilidad calculable de las relaciones de los particulares entre sí y con el Estado (Corte Suprema, caso 'Aval vs. La Prensa', Fallos 248:291, considerando 18°)... La realidad muestra que, por lo común, el ritmo de la vida social suele ser más rápido que el ritmo del Derecho, lo que obliga a los jueces a cumplir una tarea de actualización que sea compatible con los requerimientos de estabilidad, previsibilidad y objetividad del ordenamiento jurídico, los cuales son, también, pre-requisitos de una vida social ordenada... Los jueces, siempre, antes de pronunciarse, deben ponderar las consecuencias sociales de su decisión y, en tal sentido, deben comprender qué tan malo es aferrarse a una jurisprudencia obsoleta como apartarse de otra que -cualquiera sea su edad- conserva intacta la capacidad de servir al interés social y al interés personal" (conf. Julio Oyhanarte, "Recopilación de sus obras", Ed. La Ley, Avellaneda, 2001, pág. 778).

8.- En síntesis, somos de la opinión que el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación contiene una presunción *iuris tantum* que indica que en aquellos casos en los que el acusado se enfrente a una sanción de la severidad que prevé esa norma, su natural instinto a preservar su libertad lo impulsará a intentar eludir la acción de la justicia. Sin embargo, cuando las particulares circunstancias de la causa demuestren en forma inequívoca el desacierto en el caso de la presunción legal, corresponderá

acordar la excarcelación o la eximición de prisión al
incuso.

Mediante la interpretación que proponemos, entendemos que se arriba a un resultado que -sin restar operatividad a la norma jurídica contenida en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación- permite también descartar su inconstitucionalidad, dado que dicha exégesis concilia sus disposiciones con las contenidas tanto en la Constitución Nacional cuanto en los tratados internacionales incorporados a su texto según lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 (conf. causa n° **6611** caratulada "García de la Mata, Angel María s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg 432, del 16/5/06). Y es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma se trata de un acto de suma gravedad institucional, y debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, toda vez que la atribución de decidir la inconstitucionalidad de preceptos sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322), situación que -insistimos- no se presenta al acordársele a la norma que se examina el alcance que propiciamos.

Como se aprecia, compartimos el criterio moderado -concordante, por lo demás, con la postura que sentáramos en nuestros votos vertidos en las causas n° **6135** caratulada "Castells, Raúl Aníbal s/ rec. de casación" (reg. 636/05, del 11/08/2005) y n° **5996** caratulada "Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación" (reg. 1047/05, del 24/11/05)-, pues interpretamos que dicho temperamento es el que mejor concilia los intereses en pugna, permitiendo al mismo tiempo arribar al necesario equilibrio entre las disposiciones legales y constitucionales que rigen la materia, de manera que todas ellas conserven su valor y efectos.

Entonces, formalizando nuestra propuesta en este Acuerdo Plenario, votamos por declarar como doctrina

plenaria que "No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal" y que en mérito de ello, y a tenor de lo dispuesto por el artículo 11, segundo párrafo, de la ley 24.050, conceptuamos, respetuosamente, que corresponde anular la sentencia dictada por la Sala II de este Tribunal en la presente causa, debiendo por donde corresponda dictarse un nuevo pronunciamiento con ajuste a la doctrina que aquí se postula.

Tal es nuestro voto.

El señor juez **doctor Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Comenzaré mi exposición en este trascendental plenario con la mención de que he sostenido reiteradamente la tesis de que en el procedimiento penal el concepto de **ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional** (C.N.C.P. Sala IV, causa Nro. 1619 "GALVAN, Sergio Daniel s/recusación", Reg. 2031.4, del 31 de agosto de 1999 y mi voto en la causa Nro. 335, "SANTILLÁN, Francisco", Reg. 585.4, del 15 de mayo de 1996).

Es que, para el cumplimiento de sus fines de contribuir al orden jurídico y a la **preservación de la paz pública**, el Derecho Penal debe actuar de una manera que resulte siempre compatible con el ordenamiento fundamental de la Nación: la Constitución Nacional, de la que es apéndice.

Además, dentro de ese límite, la resolución de

conflictos de creciente complejidad, como las relaciones humanas -sociales, económicas y políticas- cada vez más entrelazadas y complicadas, requiere que el orden legal tome en cuenta los valores y las nuevas necesidades del individuo y de la sociedad, integrándose a esta evolución de manera armónica y creativa.

El Estado debe a todos justicia, protección y leyes que aseguren su persona, sus bienes y su libertad. Él se obliga a ponerlos a cubierto de toda injusticia o violencia, a tener a raya sus pasiones, a proporcionarles medios que les permitan trabajar sin estorbo alguno para su propio bienestar, sin perjuicio de los otros; a poner a cada uno bajo la salvaguarda de todos para que pueda gozar pacíficamente de lo que posee o ha adquirido con su trabajo, su industria o sus talentos (HORNOS, Gustavo M.: **"El nuevo nombre de la paz"**, en *Violencia y Sociedad Política*, editado por el Programa para el Estudio y la Difusión de la Reforma Constitucional Argentina, 1998, pág. 33; y mi voto en el Plenario n° 11, "ZICHY THYSSEN, Federico").

II. En directa relación a la cuestión sometida a la votación del pleno, habré de recordar, en prieta síntesis, que he sostenido de manera constante, al votar en diversos precedentes de esta Sala IV (causa Nro. 1575 "ACUÑA, Vicente s/ rec. de casación", Reg. Nro. 1914, rta. el 28/6/99; causa Nro. 1607, "SPOTTO, Ariel Alberto s/ recurso de casación", Reg. Nro. 2096, rta. el 4/10/99; causa Nro. 4827, "CASTILLO, Adriano s/recurso de casación", Reg. Nro. 6088, rta. el 30/9/04; causa Nro. 5117, "MARIANI, Hipólito Rafael s/recurso de casación", Reg. Nro. 6528, rta. el 26/4/05; causa Nro. 5115, "COMES, César Miguel s/recurso de casación", Reg. Nro. 6529, rta. el 26/4/05 y causa Nro. 5199, "PIETRO CAJAMARCA, Guido s/recurso de casación", Reg. Nro. 6522, rta. el 20/4/05; causa Nro. 5438, "BRENER, Enrique s/ recurso de casación", Reg. Nro. 6757, rta. el 7/7/05; y causa Nro. 5843, "NANZER, Carlos Alberto s/recurso de casación", Reg. Nro.

7167, rta. el 28/12/05; entre varios otros), que **la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional (función cautelar que es la única constitucionalmente admisible), y que sólo puede tener fines procesales: evitar la fuga del imputado y la frustración o entorpecimiento de la investigación de la verdad.**

Este criterio que surge del principio de inocencia como primera y fundamental garantía judicial, consagrado por la Constitución Nacional (artículo 18) y los Tratados Internacionales (artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 8.2.- de la C.A.D.H.), fue receptado por los artículos 280 y 319 del C.P.P.N., y reafirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("ESTÉVEZ, José Luis", rta. el 3/10/97; entre otras) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "SUÁREZ ROSERO", del 12 de noviembre de 1997 y caso "CANESE" del 31 de agosto de 2004).

De manera que ese objetivo netamente cautelar, provisional y excepcional -subrayado también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los informes 12/96, 2/97 y 35/07- es el principio rector que debe guiar el análisis de la cuestión a resolver, y en orden al cual he señalado también que, entonces, las pautas contenidas en los artículos 316, 317 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación sólo pueden interpretarse armónicamente con lo dispuesto en los artículos 280 y 319, considerándose las presunciones *iuris tantum*, y no *iure et de iure* (cfr. mi voto en las causas Nro. 4827, "CASTILLO, Adriano s/recurso de casación", Reg. Nro. 6088, rta. el 30/9/04; Nro.4828, "FRIAS, Delina Jesús s/recurso de casación", Reg. Nro. 6089, rta. el 30/9/04; Nro. 5124, "BERAJA, Rubén Ezra y otro s/recurso de casación", Reg. Nro. 6642, rta. el 26 de mayo de 2005; entre varias otras).

III. Efectivamente, la prisión preventiva constituye la medida coercitiva más gravosa dentro del

proceso penal, que sirve sustancialmente a dos objetivos: 1. asegurar la presencia del imputado y 2. procurar la más exhaustiva investigación de los hechos.

Esa finalidad se deriva de la **interpretación armónica** de las disposiciones legales que regulan el régimen de la prisión preventiva, en dinámica y progresiva conexión con las demás normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, y orientada por el **principio pro homine** que exige la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos (punto 75 del informe 35/07 de la C.I.D.H., recientemente recordado por la C.S.J.N. en el fallo "Acosta", del 23 de abril de 2008).

Teleología que responde al **principio de inocencia** contenido en el artículo 18 de la C.N., y con ese sentido es recogida, claramente, por el Código Procesal Penal de la Nación que en el artículo 280 establece que: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley", y en el artículo 319 en cuanto establece que "Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado, o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones".

Lo primero que nos indica el principio de inocencia, como garantía política limitadora de la actividad sancionatoria del Estado y que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de actuación de las normas penales y procesales, es que nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare así. Esto denota que en el proceso penal no pueden existir ficciones de

culpabilidad, concebidas como reglas absolutas de apreciación de la prueba que impliquen tratar al sometido a juicio penal como culpable; idea central que se vincula al carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal, en tanto si bien es posible el encarcelamiento preventivo durante su transcurso, por razones de orden práctico y ante la verificación del riesgo procesal, sólo será legítimo si se lo aplica restrictivamente, como una medida excepcional, imprescindible, necesaria en orden a ese fin, proporcionada y limitada temporalmente.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que en razón del respeto a la libertad individual de quien goza de un estado de inocencia por no haberse dictado en su contra una sentencia de condena, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar de que dispone el juez penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva han de interpretarse y aplicarse restrictivamente (conf. Fallos: 316:942, cons. 3°). Y que, ello exige de los magistrados que, en la medida de su procedencia, las adopten con la mayor mesura que el caso exija, observando que su imposición sea imprescindible y no altere de modo indebido el riguroso equilibrio entre lo individual y lo público que debe regir en el proceso penal (conf. sentencia dictada "in re" F. 329.XXIX "Fiscal c. Vila, Nicolás y otros" el 10 de octubre de 1996, cons. 6°)", voto de los doctores Fayt y Petracchi).

Se agregó que ese principio fue aceptado por el legislador en el Código Procesal Penal (ley 23.984) en cuanto impuso como pauta general la interpretación restrictiva de las normas que limitan la libertad personal -art. 2°- y reiteró tal criterio como patrón específico de examen del régimen de prisión preventiva respecto de aquellos supuestos en los que corresponde la denegación de prisión y excarcelación -art. 319-; y que "la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que se precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitirían

presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo resulta la voluntad de denegar el beneficio solicitado" (considerando 6 del fallo).

En el caso "Bramajo, Hernán J." -rta. el 12 de septiembre de 1996-, si bien también se trató de la cuestión del plazo razonable de la prisión preventiva, nuestro más Alto Tribunal ya había remarcado la importancia de efectuar una valoración "en relación a las pautas establecidas en los artículos 380 y 319" del C.P.M.P. y C.P.P.N., respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable (con apoyo en la opinión de la C.I.D.H., desarrollada en el informe sobre el caso 10.037 de la República Argentina, del 13 de abril de 1989).

No puede ignorarse en relación al tema en estudio la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que -como lo sostuvo la C.S.J.N. en el caso "Bramajo", y G.342.XXVI. "Girolodi"- debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (artículo 2º de la ley 23.054).

En el informe 12/96 ha subrayado que el objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial, y que es una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa; y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la acción de la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando testigos, o destruir evidencia -punto 84-. Es decir, cuando la libertad pueda resultar, en tal sentido, un "riesgo

significativo" -punto 91-.

Asimismo, advirtió que aún cuando los argumentos relativos a la seriedad de la infracción y a la severidad de la pena pueden ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido, como ambos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad -punto 86-; y que el Estado puede adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculpado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal -punto 88-. Criterios que fueron reiterados en el Informe 2/97.

La Corte Interamericana en los casos "Suárez Rosero" -del 12/11/97- y "Canese" -del 31/8/04-, también ha resaltado el carácter netamente cautelar, no punitivo, de la prisión preventiva; así como la obligación estatal -que surge del artículo 8.2 de la C.A.D.H.- de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites necesarios: para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, y que no eludirá la acción de la justicia.

Este concepto, como allí se resalta, está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3); el artículo 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, establece que "Excepto en los casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la

detención"; la disposición 6.1. de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), refiere que: "En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso..." (tal como se lo ha recordado en el Informe 35/07 de la CIDH, en los puntos 96 a 99).

Esta **interpretación armónica, y desde la Constitución Nacional: a la luz del principio de inocencia contenido en el artículo 18**, fue en definitiva recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también en cuanto sostuvo que la impugnación constitucional de los artículos 316, 317 y 319 del C.P.P.N. no se justifica, pues ellas no constituyen sino una razonable reglamentación del derecho constitucional de obtener la libertad en tanto no medie sentencia penal condenatoria (Fallos 322:1605).

De manera que resulta indiscutible, que, al menos desde hace más de una década, los principios que emanan de la ley vigente, entendida en el sentido indicado al comienzo de esta ponencia, se dirigieron a considerar, en lo sustancial, que la prisión preventiva debía ser dispuesta por los jueces del proceso sólo cuando resultara imprescindible, es decir, para evitar riesgos procesales: la fuga o el entorpecimiento de la investigación.

Esa fue la postura jurídica que, como lo adelanté, fui plasmando al votar en los diversos precedentes de la Sala IV que integro.

Aquella base fundamental, como dije, no puede en modo alguno considerarse nueva, pues, enraizada su esencia en el principio constitucional de inocencia, fue receptada en el actual Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, de 1991) en cuanto impuso como pauta general la interpretación restrictiva de las normas que limitan la libertad personal - art. 2-, erigiéndola en el patrón específico de examen del régimen de la prisión preventiva en los artículos 280 y 319 del C.P.P.N. Y, a su vez, se vio apuntalada por las mencionadas opiniones consultivas de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos y por el expreso criterio sentado por la Corte Interamericana, ya en el año 1997, cuando confirmó la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites necesarios: para evitar el riesgo procesal. Concepto que estaba asimismo expresado ya en múltiples instrumentos de derecho internacional de derechos humanos.

En resguardo de ese fundamento constitucional de la prisión preventiva, deviene obligatoria la conclusión de que las pautas contenidas en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. no pueden operar sino como presunciones *iuris tantum*, que, por propia definición, por lo menos, deben caer frente a la configuración en el caso concreto de circunstancias objetivas y subjetivas que no autorizaren a concluir la existencia de ese riesgo procesal, sino que, antes bien, permitiesen presumir su inexistencia.

Esa también fue la idea central específicamente remarcada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe 35/07, cuando, coherentemente con todo lo que se viene señalando, enfatizó la necesidad de que el riesgo de fuga o de frustración de la investigación se funde en circunstancias objetivas, ya que "La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva..." (punto 85). Se destacó que en apoyo de esas consideraciones, la Corte Europea ha sostenido que las autoridades judiciales deben, en virtud del principio de inocencia, examinar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales y asentarlos en sus decisiones relativas a las

solicitudes de libertad (punto 86).

También, obviamente, este criterio rector debe, por propia definición, aplicarse ante la configuración de los supuestos previstos en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. Es decir que, el argumento del monto de la pena prevista para el delito juzgado no puede erigirse como pauta definitiva para denegar una excarcelación o exención de prisión, frente a la configuración de datos que permitieran concluir en la inexistencia del riesgo procesal.

Tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido -punto 86 del Informe 12/96, criterio mantenido en el Informe 2/97 y en el 35/07-, en casos en los que el tiempo de detención cumplido, no se presenta irrazonable en atención, fundamentalmente, a los plazos contenidos en la mencionada ley 24.390 (CIDH, Informe N° 2/97; y la doctrina que emana de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "BRAMAJO, Hernán J.", Fallos 319:1840 y "ESTÉVEZ, José L.", Fallos 320:2105; y mi voto en la causa "CASTILLO", rta. el 30/9/04, y "PIETRO CAJAMARCA", ya citadas; entre muchas otras); ni, por lo demás, desproporcionado en relación al estado procesal de la causa (cfr. también las conclusiones del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, -Subcomisión 2- "Prisión preventiva y condiciones de detención", Mar del Plata, 10 de noviembre de 2007).

Pero si se evaluase como pauta restrictiva únicamente la penalidad establecida para el delito que se imputa -elemento importante pero no definitivo- y la eventual punibilidad de un imputado -cuya inocencia se presume conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional-, el criterio establecido por el artículo 319 del C.P.P.N. se convertiría en letra muerta en todos los casos en que la pena prevista en tal sentido fuere severa. Y se afirmaríase así la

legitimidad de la detención cautelar *sine die* de ciertos actos delictivos, y la presunción de culpabilidad de los procesados por delitos con penas severas; aún cuando en realidad aquél peligro no concorra en el caso concreto -lo que implica que no habrá afectación a los fines del proceso-.

Es decir, que no corresponde hacer distinciones basadas exclusivamente en la gravedad de los hechos investigados, pues ello desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, al convertirla en una pena anticipada, en tanto la aspiración social de que los culpables reciban pena presupone precisamente que se haya establecido esa calidad.

Así también lo ha sostenido la Corte Suprema de la Nación en los conocidos fallos "Nápoli" (Fallos 321:3630) y "Massera", y más recientemente en el fallo "Hernández, Guillermo Alberto s/ recurso de casación" (H.356.XXXIX, rta. el 21/3/06). En el segundo de los fallos citados, el Alto Tribunal observó que "la extrema gravedad de los hechos que constituyen el objeto de este proceso, o de otros similares, no puede constituir fundamento para desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares ni para relajar las exigencias de la ley procesal en materia de motivación de las decisiones judiciales, a riesgo de poner en tela de juicio la seriedad de la administración de justicia" (causa M. 960. XXXVII "Massera Emilio Eduardo s/incidente de excarcelación").

La Corte Interamericana estableció que los tribunales nacionales deben evaluar oportunamente todos los argumentos a fin de precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva (punto 87 del Informe 35/07); pero ha sido más categórica al enfatizar "la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo" (punto 90 del Informe 35/07 de la CIDH).

En tal sentido, **el principio de proporcionalidad**, tal como se resalta en el Informe 35/07, se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar, pero no de una equivalencia que confunda la prisión preventiva con la pena a los fines de computar los plazos de detención. Por ende a una persona considerada inocente no debe deparársele un trato igual que a una condenada (punto 109 del Informe 35/07). No puede olvidarse que "cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo". De lo contrario aplicar la ley se convertiría, como lo ha dicho la Corte Suprema "en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia" (conf. Fallos 302:1284).

IV. En virtud de todo lo expuesto, habré de votar respecto de la estricta cuestión planteada y a la que ha quedado ceñida la convocatoria a plenario, no sin antes recordar mi reiterada insistencia al proponer el tema que considero resulta sustancial resolver con el objeto de establecer de manera más fructífera y eficiente la doctrina judicial aplicable en la materia.

Oportunamente, propicié la necesidad de que esta Cámara Nacional de Casación Penal resolviese "Si las disposiciones restrictivas que rigen los institutos de la eximición de prisión y excarcelación deben interpretarse como

presunciones *iure et de iure* o *iuris tantum*; y si, en este segundo supuesto, ante la ausencia de otros elementos que acrediten la existencia de riesgo procesal, aquéllas bastan a los fines de sustentar la prisión preventiva", a medida que se prolonga la detención del imputado.

Expliqué que los casos más complicados que pueden presentarse en materia de excarcelación o exención de prisión, son aquellos en los que resultan aplicables las disposiciones restrictivas previstas en el Código Procesal Penal de la Nación, pero no hay otras pautas -como las contempladas en el artículo 319 del código de rito- que permitan sustentar la existencia de riesgo procesal en el caso concreto.

Y que, entonces, aún cuando se concluyera en este plenario sólo que las disposiciones restrictivas del ordenamiento procesal operan como presunciones *iuris tantum*, quedarían sin respuesta algunos casos, en los que, especialmente frente a plazos prolongados de prisión preventiva, se ha sostenido que el Juez debe alegar otras razones para demostrar la existencia de riesgo procesal en tanto la sola gravedad del delito cometido no alcanza a esos fines (cfr. la interpretación efectuada en esta Cámara, alegada como contraria a la del precedente impugnado por la colega Berraz de Vidal en el segundo párrafo de su voto por la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley "Diaz Bessone").

Ya he tenido oportunidad de dejar sentada mi opinión en cuanto a que las restricciones a la libertad durante el proceso, especialmente transcurrido cierto tiempo de detención, en las respectivas etapas procesales, no pueden basarse única y exclusivamente en la gravedad de los hechos o en la naturaleza de los delitos investigados, sino que deben apoyarse también, en **consideración del conjunto de circunstancias concretas del caso, en otros parámetros como los previstos en el artículo 319 del C.P.P.N., que demuestren la imprescindibilidad de tales medidas** (cfr. esta Sala IV,

causa Nro. 5115, "MARIANI, Hipólito Rafael s/recurso de casación", Reg. Nro. 6528, rta. 26/4/05; causa Nro. 5117, "COMES, Cesar Miguel s/recurso de casación", Reg. Nro. 6529, rta. 26/4/2005; causa Nro. 7821, "OLEA, Enrique Braulio s/recurso de casación", Reg. Nro. 9634, rta. el 22/11/07; causa Nro. 8822, "MUÑOZ, Carlos Antonio s/ recurso de casación", Reg. Nro. 10.315, rta. el 19/3/08; causa Nro. 9032, "KRUGER, Roberto Orlando s/ recurso de casación", Reg. Nro. 10.600, rta. el 25/6/08; y causa Nro. 8827, "BENITEZ ISAAC, Amado s/ recurso de casación", Reg. Nro. 10.227, rta. el 10/3/08; entre otras).

Como se vio, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya viene advirtiendo desde el año 1996 (Informe Nro. 12/96), y lo reiteró (en los Informes Nro.2/97 y 35/07), que el argumento de "la seriedad de la infracción como la severidad de la pena" no alcanza para justificar una prolongada prisión previa a la condena, en tanto produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad.

Ahora bien, tampoco puede desconocerse que esas mismas pautas de gravedad del delito y de rigor de la escala penal aplicable han sido admitidas -en principio- para ser computadas respecto del concreto análisis acerca de la existencia de riesgos procesales -como el de elusión- (punto 86 del Informe 12/96, criterio mantenido en el Informe 2/97) en los casos en que el escaso tiempo de detención cumplido, no se presente irrazonable (ley 24.390).

A fines del año 2007, nuestra Corte Suprema de Justicia, mediante la directa remisión a los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal, rechazó los recursos extraordinarios federales de Simón en la causa Guerrieri y de Mulhall. Respecto del primero, que alegaba el vencimiento en exceso de todos los plazos legales de detención, citó la doctrina de Fallos 310:1476, 319:1840 y 326:4604. En relación a Mulhall el Procurador Fiscal había sostenido que

"[t]eniendo en cuenta las graves transgresiones a los derechos humanos que se le atribuyen al imputado, no parece violatorio de sus garantías fundamentales que continúe cumpliendo la prisión preventiva en su domicilio particular, por lo que, en [su] opinión no habría caso federal que deba ser resuelto" (CSJN, G. 206. XLII. Guerrieri, Pascual y M. 389.XLIII. Mulhall, Carlos).

V. Mediante el dictado de la resolución de esta Cámara (Registro Nro. S.J. 174), se estableció el temario al que debería ajustarse la votación en este plenario en los siguientes términos: "Si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta, para su denegación, la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.); o si, pese a ello, pueden otorgarse ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (art. 319 del C.P.P.N.)".

En tales condiciones, **voto en el sentido de que no basta para denegar la excarcelación o eximición de prisión la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), cuando en el caso concreto pueda considerarse comprobada la inexistencia de riesgo procesal (peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación) en base a otros parámetros, como los establecidos en el artículo 319 del C.P.P.N.**

Y, por no ajustarse la decisión objeto de recurso a la doctrina aplicable corresponde su declaración de nulidad y el dictado de un nuevo fallo conforme a derecho (art. 11, segundo párrafo, de la ley 24.050).

El señor juez doctor **Guillermo J. Tragant** dijo:

1º) Motiva la convocatoria a plenario determinar "*si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta,*

para su denegación, la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.)" (cfr. Reg. 174 del 12/6/07 en causa S.J. n° 167 "Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley).

Que he sostenido a partir de mi voto en "Minervini, José Horacio s/rec. de casación" y "Chabán, Omar Emir s/rec. de casación" (Reg. 856/05 del 11/10/05 y Reg. 1047/05 del 24/11/05 respectivamente de la Sala III), que las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción *iure et de iure*, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de tal modo sólo constituyen un elemento más para valorar, con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo por elusión (cfr. Sala III *in re* "Méndez, Nancy s/rec. de casación" Reg. 349/04 del 5/7/04; "Macchieraldo, Aquiles Alberto s/rec. de casación e inconstitucionalidad" Reg. 843/04 del 22/12/04; "Rivero, Jorge Horacio s/rec. de casación" Reg. 269/05 del 14/4/05; entre otras).

La privación de la libertad procesal sólo podrá autorizarse cuando sea *imprescindible* y, por lo tanto, *no sustituible* por ninguna otra medida de similar eficacia, pero menos gravosa a los fines del proceso (Cafferata Nores-Tarditti, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, Tomo 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 649).

Recuérdese que "el derecho constitucional de "permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal", emanado de los arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., sólo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces consideren que existen causas ciertas, concretas y claras, en orden a que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 del C.P.P.). Estas causales son las constitutivas del *periculum in mora* como presupuesto habilitante de la medida cautelar, siempre que se haya

configurado la verosimilitud del derecho *fumus bonis iure*. Es decir, que el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de "**peligro en la demora**". De ahí que entre los caracteres de las medidas privativas de la libertad, se encuentren la necesidad de un mínimo de prueba, la interpretación restrictiva, la subsidiariedad de la medida y el *favor libertatis*, con fundamento en la previsión constitucional antes citada" (cfr. Sala III, causa "Rivero, Jorge Horacio s/ recurso de casación" Reg. 269/05 del 14/4/05).

En definitiva, las disposiciones legales exigen que el encarcelamiento cautelar encuentre fundamento estrictamente en la necesidad de neutralizar riesgos de naturaleza procesal que la libertad del imputado pudiese representar (vid. art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 9, inc. 3), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 18 de la C.N. y los arts. 280 y 312 a 319 del C.P.P.N.).

Cabe tener presente que si bien la imputación de un delito determinado no puede, por sí sólo, ser tomada como una circunstancia excluyente de cualquier otra en el análisis que corresponde efectuar a la luz de lo dispuesto por los arts. 280, 312 y 316 a 319 del C.P.P.N., lo cierto es que "*La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.*" (Comisión

Interamericana de Derechos Humanos al expedirse en el Informe de Fondo 2/97, punto 28).

A ello cabe adunar que *"La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada."* (cfr. Informe citado, punto 29).

Asimismo, cabe tener presente cuanto se estableció en el sentido que **"33.** *La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de la libertad.* **34.** *La Comisión considera que no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado."* ("Necesidad de investigar y posibilidad de colusión").

Y que *"El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado."* ("Riesgo de presión sobre los testigos", punto 35).

En esta inteligencia cabe puntualizar que el Máximo Tribunal tiene dicho que "los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución (arts. 14 y 28) no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamentan su ejercicio" (Fallos: 310:1045; 314:1376), tesis que no se ve descalificada en modo alguno por el hecho de que aquellos derechos se encuentren enunciados en los Pactos de Derechos Humanos receptados por la Constitución Nacional, ya que por el contrario éstos la reafirman (art. 2º, inc. 2, P.I.D.E.S.C., art. 2º, inc. 2º, P.I.D.C.P. y art. 26, C.A.D.H.) (cfr. Causa n° 2523 "Santander Bustamante, José D. s/recurso de casación" Reg. 318/00 del 20/06/00; Causa n° 4710 "Ñancupel Uribe, Guido Adrián s/recurso de casación" Reg. 555/03 del 30/09/03 -voto del Dr. Riggi-; Causa n° 4729 "Meta, Ramón Carlos s/recurso de casación" Reg. 581/03 del 3/10/03, todas de la Sala III).

Sobre el particular, resulta ilustrativo transcribir el dictamen formulado por los Sres. miembros de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los tratados internacionales y la supremacía de la constitución nacional, el 25 de agosto próximo pasado, en el que expresaron que "1. *El Art. 75, inc. 22 2º párrafo de la Constitución Nacional establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, pero siempre que cumplan tres requisitos: a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación). b) No derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución. c) Sólo pueden tomarse como complemento de los derechos y garantías constitucionales para la interpretación de los mismos. Tanto es así que, en el seno de la Convención Constituyente de 1994, la Comisión de Integración y Tratados Internacionales había redactado un proyecto por el que daba primacía absoluta a los tratados por sobre el derecho interno, es decir que*

establecía el *suprainternacionalismo*. Pero fue cambiado por el texto del Art. 75, inc. 22 vigente. Éste, obviamente, tiene una redacción muy distinta a la del proyecto de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales. 2. El Art. 27 de la Constitución Nacional no ha sido derogado ni se encuentra subordinado a los tratados internacionales. [...] Y que "5. La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su Art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho Art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformadora y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (Arts. 1 al 35 inclusive), lo que así corresponde de *lege ferenda*." (Dres. Alberto Rodríguez Galán -Presidente- y Juan Carlos Cassagne -Secretario-).

2) Por otra parte y sin que ello implique negar los parámetros antes establecidos, cabe señalar que el derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso, sustentado en el principio de inocencia, no tiene carácter absoluto. Por el contrario, encuentra su limitación en la existencia de razones para suponer que el imputado eludirá la acción de la justicia si se lo pone en libertad, frustrando así el juicio del que habla el art. 18 de la Constitución Nacional. El Alto Tribunal otorgó raigambre constitucional a la prisión preventiva sustentado en que dicha norma autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente, pues el respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación, sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y

que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo (Fallos 280:297; 300:642).-

Ha sostenido Alejandro Carrió, luego de efectuar una crítica de los citados fallos, que el derecho a la libertad durante el proceso no es un derecho absoluto y que es razonable que, como cualquier otro derecho, ceda ante el interés general ("La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional", ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1988, pág. 72) (cfr. Sala I en autos 6185 "Baudino, Claudio Fernando s/rec. de queja", reg. 7853 y sus citas).

3º) En soporte de lo expuesto, debe finalmente tenerse presente la reciente recomendación al Estado uruguayo efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 35/07 (caso 12.553 "José, Jorge y Dante Peirano Basso" del 14/5/07), en la que se reafirmaron los lineamientos fijados en casos anteriores.

Allí, entre otras consideraciones, se consignó, que *"Los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condiciones iuris et de iure, que no necesiten ser probadas en el caso y que sea suficiente su mera alegación. La convención no admite que toda una categoría de imputados, por esa sólo condición, quede excluída del derecho a permanecer en libertad durante el proceso."* (Punto 144).

En mi criterio nada ha cambiado desde que asumí la postura reflejada en los precedentes "Minervini" y "Chabán" que justificara modificarla, ni tampoco los sólidos fundamentos expuestos por los señores jueces que han opinado precedentemente me persuaden de ello, por el contrario ella se refuerza con el reciente Informe de la Comisión Interamericana.

En razón de lo expuesto concreto mi voto propiciando al acuerdo:

I.-Establecer como doctrina plenaria que "en materia de excarcelación o eximición de prisión no es

suficiente, para su denegación, la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.); sino que, pese a ello, pueden otorgarse ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal, conforme a los parámetros establecidos en el art. 319 del CPPN.

II.- Hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa de Ramón Genaro Díaz Bessone, sin costas, anular el pronunciamiento de la Sala II y remitirle las actuaciones para que dicte una nueva sentencia con ajuste a la doctrina plenaria aquí establecida (arts. 11, segundo párrafo de la ley 24.050; 11,12 y 18 de la Acordada 6/04 Reglamento de esta Cámara Nacional de Casación Penal).

Tal es mi voto.

La señora juez doctora **Angela E. Ledesma** dijo:

I. Que la cuestión traída a examen se circunscribe a determinar *"Si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta, para su denegación, la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del CPPN) (cfr. Reg. 174 del 12/6/07 en la causa S.J. n° 167 "Díaz Bessone, Ramón s/ recurso de inaplicabilidad de ley).*

Que al respecto me he expedido, entre otras, en la causa nro. 5472, *"Macchieraldo, Ana María Luisa s/ rec. de casación"*, reg. nro. 841/04, rta. 22/12/04, nro. 5739 *"Real de Azúa, Enrique s/ recurso de casación"* rta. el 15 de junio de 2005, reg. 481/05, donde se establecieron los criterios interpretativos que, a la luz de los principios constitucionales, correspondía asignarle al derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso.

A mi entender, habría que invertir la pregunta del plenario, toda vez que el problema radica esencialmente, en definir cuándo procede el encarcelamiento preventivo. Ello así, dado que en la práctica cotidiana la discusión no pasa

por definir cuáles son los supuestos que justifican el encierro cautelar como presupuesto de la prisión preventiva, por el contrario, como en este caso, lo que se debate es cuándo la persona puede o no recuperar la libertad. El desvío del eje central de la discusión tiene raíces culturales, de orden sustantivo e inquisitivo. Esta distinción no es menor, ya que en realidad lo que no se advierte es que por imperio constitucional es el Estado quien debe demostrar que existen razones que hacen necesario encerrar a una persona durante el proceso y no, como sucede actualmente, donde se invierte la carga de la prueba y se exige al imputado que demuestre que no eludirá o afectará el accionar de la justicia. Como sostiene Cafferata Nores, la palabra excarcelación en algún momento desaparecerá de nuestro vocabulario jurídico ("*La excarcelación*", Editorial Depalma, Buenos Aires 1998 Tomo I), en razón de que este instituto, al igual que el de la eximición de prisión, son producto de las desviaciones político institucionales del sistema. La idea central pasa por superar el criterio penalizador del encarcelamiento cautelar; es decir, acreditada la verosimilitud del derecho, habrá que verificar si en el caso existe peligro en la demora o riesgo procesal de elusión (art. 9.3 del PIDCyP).

Como es sabido las medidas cautelares, se sitúan en el punto de tensión entre los fines del proceso (eficacia) y la propia realización constitucional (garantías). Sin embargo, el eje rector debe estar ceñido por el respeto al programa constitucional (art. 14 y 18 de la CN), que es de cumplimiento irrestricto, pues siempre que se aplique alguna medida de coerción, se produce una agresión a la persona.

El transcurso de nuestra historia, ha sido un claro ejemplo de la imposición de una coerción máxima de manera inmediata y sistemática, que dio y sigue dando lugar a condenas anticipadas; frente a ello hubo intentos para "salvar" la situación, tal fue la fijación de límites temporales (ley 24.390), los que tampoco gozan de una

interpretación extensiva ni garantizadora del fin que tutelan y en particular de los principios de juicio previo, inocencia, derecho a permanecer en libertad y plazo razonable. Este "salvataje", se puede verificar también a poco que se observe que varios de los supuestos en los que procede la excarcelación (cfr. art. 317 incs. 2 "*cumplimiento máximo de la pena prevista*", 3 "*cumplimiento de la pena solicitada por el fiscal*", 4 "*cumplimiento de pena impuesta en condena no firme* y 5 "*cumplimiento en detención de los plazos de la libertad condicional*" del CPPN), que responden a circunstancias donde el encierro cautelar llegó a cumplir un tiempo similar a la pena o al egreso liberatorio de la misma manera que si el imputado hubiese sido condenado.

Ello demuestra, en términos de proporcionalidad, que la aplicación sistemática de un instituto de excepción es incompatible con la Constitución. En este orden de ideas la Comisión IDH, en el informe 35/07 (caso 12.553 "José, Jorge y Dante Peirano Basso" del 1/5/07) expresó que "*...proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza.*"(109)

Sin embargo, las prácticas de nuestros tribunales parecieron olvidar los fundamentos sociales, políticos, filosóficos y jurídicos del programa constitucional vigente desde 1853, ampliamente consolidados y precisados con mayor esmero, en la reforma producida en 1994, a través de la jerarquización -como ley suprema- de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75. inc. 22).

De esta manera, la búsqueda de eficacia del sistema, traducida en la intención de aplicar el derecho material, no puede lograrse olvidando el respeto por el debido proceso, es decir, sin garantías.

Como afirma Bovino, desde el punto de vista de su

aplicación práctica, se puede afirmar que en la gran mayoría de los casos el mérito sustantivo opera no como *presupuesto* sino como *fundamento* del encierro cautelar. Así, por ejemplo, en lugar de verificar todos los requisitos constitucionales, los sistemas de justicia penal se basan, simplemente, en la existencia del mérito sustantivo para ordenar la detención preventiva (cfr. Bovino, Alberto "Aporías", Ponencia General presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado del 8 al 10 de noviembre de 2007, Mar del Plata, pag. 853, Rubinzal-Culzoni-2007).

Por el contrario, al momento de imponer una medida cautelar se deben respetar sus principios rectores, cuya única finalidad es evitar que el encierro opere en forma sistemática. Para que ello suceda, se debe garantizar que la medida restrictiva observe los principios de: un mínimo de prueba de culpabilidad, excepcionalidad, interpretación restrictiva, proporcionalidad, gradualidad y subsidiaridad en la aplicación, judicialidad, provisionalidad y *favor libertatis*. En esta línea de pensamiento se expidió el último Congreso Nacional de Derecho Procesal (XXIV), realizado del 8 al 10 de noviembre de 2007, en la Ciudad de Mar del Plata, allí que se sostuvo: "*I. Es un dato de la realidad que, aún luego de reformas legislativas, el uso abusivo de la prisión preventiva no se ha modificado sustancialmente. 2. El encarcelamiento preventivo no resulta inconstitucional (art. 77 inc. 22 del CN) cuando se respeten los requisitos de fundamentación y motivación suficiente y, además, se atienda a su carácter cautelar, excepcional y reducido en su duración, estrictamente sujeto a plazos razonables.*"

El sistema de garantías carecería de sentido, si se reconocieran casos donde *per se* la persona investigada se viera privada de gozar del derecho a estar en libertad durante el proceso.

II. Si pretendemos hacer una interpretación respetuosa de la Constitución, debemos tomar como pauta interpretativa, la jerarquía de las leyes prevista en nuestro

ordenamiento legal, dado que "(l)a supremacía constitucional supone una *graduación jerárquica* del orden derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución (...) Dada la estructura federal de nuestro estado (...) la constitución prevalece sobre *todo el orden jurídico-político del estado* (...) (Bidart Campos, Germán, "¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio?" en LL del 5 de diciembre de 2001, p. 10).

Bajo esa directriz, la Corte Suprema sostuvo que "es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (310:937)

En este orden de ideas, la libertad física es, por así decir, la forma de libertad imprescindible para que la mayoría de las demás libertades pueda funcionar, su tutela ha sido precaución casi tan antigua como el hombre (Bidart Campos, Germán, "Derecho Constitucional", Editorial Ediar, pág. 505). De modo tal que el derecho constitucional de "permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal", emanado de los arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., solo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces consideren que existen causas ciertas, concretas y claras, en orden a un alto grado de probabilidad o un estado de probabilidad prevaleciente de que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 del C.P.P.).

Éstas causales son las constitutivas del "*periculum in mora*" como presupuesto habilitante de la medida cautelar, siempre que además, se haya acreditado la verosimilitud del derecho "*fumus bonis iure*". Es decir, que el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de "**peligro en la demora**". De ahí que entre los caracteres de las medidas privativas de la libertad, se encuentren la necesidad -como dijimos

anteriormente- de un mínimo de prueba (tanto de la imputación como del riesgo de elusión), la interpretación restrictiva, el carácter subsidiario en la aplicación de la medida y el favor *libertatis*; todo ello con fundamento en la previsión constitucional antes citada.

Que la privación de la libertad "**no debe ser la regla**", constituye un principio expreso constitucionalizado en el art. 9 inc. 3º del PIDCP, que establece "...*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...*" y el art. 7.5 de la CADH, regula que "...*su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*". Alberto Bovino enseña que el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (art. 14 y 75 inc. 22 de la C.N. y art. 8.2 CADH y 14.2 PIDCP) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) -art. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 9.1 del P.I.D.C.P y art. 7 CADH-. ("*El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*", publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As. 1998, pág. 148/9).

Por su parte, la Corte IDH en el caso "López Álvarez vs. Honduras"(1/2/06 Serie C Nro. 141, párrafo 67) destacó que "*La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensable en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal*"

Cafferata Nores también señala que la privación de la libertad durante el proceso penal es una medida cautelar excepcional dirigida a neutralizar los graves peligros (*por lo serio y lo probable*) que se puedan cernir sobre el juicio

previo, con riesgo de apartarlo de sus fines de afianzar la justicia. Explicita que el texto constitucional establece en forma expresa que "el encarcelamiento durante el proceso 'no debe ser la regla general' y que sólo tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo (*"Proceso Penal y Derechos humanos"*, CELS, Editores del Puerto, Bs. As. 2000, pág. 186).

La privación de la libertad procesal sólo podrá autorizarse cuando sea *imprescindible* y, por lo tanto, *no sustituible* por ninguna otra medida de similar eficacia, pero menos gravosa. Esta concepción es la que actualmente recogen los códigos modernos, regulando la aplicación de la prisión preventiva como *ultima ratio*, ello sin dejar de mencionar que desde la sanción del código de Tucumán (ley 6203, 1991. *En igual sentido el CPP de la provincia de Córdoba, ley 8123*) en adelante, no volvió a propiciarse una regla similar como la establecida en los arts. 316 y 317 del CPPN. Por lo demás, los dos códigos provinciales citados ni siquiera regulan la excarcelación o eximición de prisión.

En esta línea, la necesidad de buscar alternativas menos lesivas se encuentra materializada en las Reglas de Tokio (6.2) al disponer que las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. Esas alternativas podemos encontrarlas actualmente en los códigos de reciente factura, a saber: Arts. 159 del CPP de Buenos Aires, 227 del CPP de Chubut, 174 del CPP Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 349 CPP de Entre Ríos, 221 del CPP de Santa Fe, 148 del proyecto del CPP Federal (decreto del PEN 115, del 13 de febrero de 2007, B.O. 16/2/07), entre otros.

Cabe recordar que una de las características principales de la coerción es que no constituye un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que son los del proceso. Éstas medidas no tienen el carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles

para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva por la otra (Maier, Julio; "*Derecho Procesal Penal*", Tomo I *Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pág. 510 y ss.). De ahí que, en el derecho procesal penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad. (Maier, Julio; op. cit., pág. 516).

De tal modo, esta noción de la coerción procesal, reniega de cualquier atributo sancionatorio que de ella pueda sugerir; así establece su diferencia con la pena (Maier, op. cit, pág. 517/8).

De lo dicho se desprende que no basta con alegar, sin consideración de las características del caso, o sin fundamentación alguna que dada determinada circunstancia el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las *circunstancias objetivas y ciertas* que, en concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción. Este deber exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo exclusivamente del tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de las circunstancias mencionadas, respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable del peligro procesal aludido (cfr. en este sentido Bovino, Alberto "*El encarcelamiento...*" op. cit, pág. 145/146).

La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, *no se presume*. Si se permitiera esa presunción, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aún cuando no existiera peligro alguno (Bovino, Alberto, "*El encarcelamiento...*", op. cit. pág. 144).

El riesgo referido, se vincula directamente con la posibilidad de fuga del encausado, así el art. 9 inc. 3 del

PIDCP establece que "... su libertad podrá estar subordinada a las garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo" -en similar sentido, 7.5 de CADH-. Así se indica que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena prevista para éste son factores que debe tener en cuenta el juez para **evaluar la posibilidad** de que el procesado intente fugarse para eludir de esa manera la acción de la justicia (cfr. Informe 12/96, párr. 86 e Informe 2/97 párr. 28 de la CIDH). Sin embargo, cabe resaltar que "**la gravedad del delito no justifica por sí sola una prisión preventiva sino que deben evaluarse otros elementos**" (Gialdino, Rolando E., *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*, publicado en la Revista Investigaciones 3 (1999) de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Bs. As., 2000, pág. 696/7 -el resaltado nos pertenece-).

La adopción de este tipo de medida cautelar "debe basarse exclusivamente en la probabilidad que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo. Sin embargo, la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social" (Informe 12/96 de la CIDH, párr. 89).

Como corolario "...no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal cómo el codificador lo ha expresado de manera terminante en el art. 316 del C.P.P.N. ..." (C.N.A.C.C., Sala I, causa nro. 21.143, "Barbará, Rodrigo Ruy -exención de prisión-", rta. 10/11/03 -Voto Dr. Donna-). Es decir, las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción *iure et de iure*, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio

de inocencia, de tal modo solo constituyen un elemento más a valorar, con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo, por elusión.

En esa línea argumental, la Comisión IDH en el informe 35/07, sostuvo que *"...en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación"*(142). Agrega al respecto Carrio que en este esquema (que rotuló como "tradicional"), ninguno de estos factores podrían ser considerados por los magistrados. Si las escales penales no lo permitían, ninguna libertad durante el proceso resultaba ni siquiera teóricamente posible. Es claro que un esquema así de rígido no sólo tiene por base una ficción (que todo imputado de delito con alta penalidad se ha de fugar), sino que también desatiende otros factores que generalmente acompañan a toda privación de libertad y que, por su seriedad, deben por lo menos ser tenidos en cuenta en esta delicada área. "Me refiero a las terribles consecuencias personales, laborales y familiares que normalmente derivan de una privación de la libertad" (cfr. Carrio, Alejandro *"Garantías Constitucionales en el proceso penal"*, 5 edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, 2006 pag 680)

La Comisión explicó que debe considerarse *"... varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país..."*. (cfr. informe 2/97de la C.I.D.H., parr. 29). En realidad "es la suma de todos los elementos enunciados lo que permitirá presumir que las consecuencias y riesgos de la fuga resultarán o no para el interesado 'un mal menor que la continuación de la detención" (Gialdino; op. cit.; pág. 697) y no uno de éstos elementos aislados, donde los jueces se limiten a valorar sin otro justificativo la condena en expectativa.

Bajo estos lineamientos la Comisión, en el informe 35/07, ha sido contundente, al afirmar que *"Por su parte, la Corte ha sido más categórica al enfatizar la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo(90)... Por ello se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho... porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva"(84).*

En definitiva, y a manera de ejemplo, la ausencia de arraigo -determinado por la falta domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo-, la facilidad para abandonar el país o mantenerse oculto, su comportamiento en el proceso, entre otros, son pautas que pueden ser tenidas en cuenta para acreditar el peligro de fuga.

Sin embargo, no podrán valorarse circunstancias tales como la reincidencia (artículo 319 CPPN), la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones y rebeldías en procesos anteriores. Todas ellas son cuestiones que exceden las condiciones personales del imputado y la situación actual y concreta del caso.

Para poder acreditar los extremos que demuestran el riesgo procesal de elusión de la justicia resulta indispensable la información que se recolecta en los legajos de personalidad, como así también las pruebas que puedan aportar las partes. Su ausencia deja sin fundamento la medida cautelar más gravosa, por lo tanto, la torna injustificada.

De tal suerte, *"si los magistrados que entienden en*

la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada" (Informe 2/97 de la C.I.D.H., párr. 30). Como consecuencia de ello, interpreto que toda situación de duda respecto de la aplicación de coerción debe llevar a su no imposición.

Los jueces disponen de distintas herramientas para garantizar el cumplimiento de la ley sustantiva como fin último del proceso. Si el peligro de fuga constituye la única causal para habilitar la procedencia de la prisión preventiva, las autoridades judiciales pueden arbitrar otras medidas no privativas de la libertad para asegurar la comparecencia del acusado, tales como las fianzas o, en casos extremos, la prohibición de salida del país (Gialdino, op. cit, pág. 698).

La exigencia de motivación constituye un deber insoslayable de los jueces en estos casos y está expresamente prevista para habilitar cualquier medida de coerción (art. 283 del C.P.P.N.), a partir de la norma eje que rige el instituto, art. 280 del C.P.P.N., en concordancia con los principios constitucionales antes aludidos. En consecuencia, los jueces sólo podrán disponer una medida cautelar máxima -encarcelamiento- cuando hayan comprobado **razones suficientes** para justificar la presunción contraria al principio de permanencia en libertad.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que es arbitraria la resolución en la cual se denegó la excarcelación sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas. Destacando que "... la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que se precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado"

(Fallos 320:2105).

El Alto Tribunal recientemente ha reiterado la doctrina que rechaza los delitos inexcarcelables, como es el caso que nos ocupa. Así lo ha resuelto en el precedente "Hernández, Guillermo s/ recurso de casación" (rta. 21/3/06 H. 356 XXIX) en donde la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, revocó la decisión del juez de garantías que había declarado la inconstitucionalidad del art. 171, ap. 2º, inc. F del CPP BA (ley 12.405). Contra dicho pronunciamiento, se interpuso recurso de casación, el que fuera rechazado y, a su vez, desestimado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, los recursos de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley. Al momento de resolver la CSJN revocó el decisorio impugnado y sostuvo que *"...la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas -por más aberrantes que puedan ser- como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad"* (cons. 6º). Esta doctrina es extensible a los supuestos establecidos en el artículo 316, 2º párrafo *in fine* del CPPN conforme ya lo resolviera el Alto Tribunal en Fallos 321:3630.

III. Lo cierto es que por dos caminos podemos arribar a la misma conclusión, a partir de los principios constitucionales instituídos en la Carta Magna en 1853 y desde los establecidos por el derecho internacional constitucionalizados en la reforma de 1994.

En tal sentido, como es sabido las normas

constitucionales establecen principios que los códigos procesales garantizan, en este caso la garantía primaria o principio de libertad ambulatoria (art. 14, 15 y 75 inc. 22), se encuentra resguardada por el art. 280 del CPPN que constituye la norma eje para interpretar los restantes artículos del subsistema de medidas cautelares.

Cabe recordar también, que muchas veces se usa indistintamente el nombre principios o garantías, pero no es lo mismo. "En realidad, un principio (...) está garantizado sólo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que lo ha violado. Para garantizar el cumplimiento de ese principio se establecen requisitos para los actos procesales o se regulan secuencias entre actos. Esos requisitos legales o esas secuencias necesarias previstas en la ley son las formas procesales. Cuando no se cumple una forma (...) la actividad procesal se vuelve inválida o defectuosa". De tal manera, las formas son las garantías que aseguran el cumplimiento de un principio determinado (Binder, Alberto M.: "*El incumplimiento de las formas procesales*" Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 55 y 56). En materia de libertad, se exige el cumplimiento de determinados presupuestos (art. 280 del CPPN), a los que ya hicimos referencia, de este modo se garantiza aquél principio.

Sobre el particular, y en especial referencia al art. 75 inc. 22 de la CN cobra especial relevancia la aplicación del principio *pro homine*, el que carecerá de aplicación si sólo se considera el monto de pena para habilitar la restricción del derecho que le asiste al imputado a transitar en libertad el proceso que se le sigue.

Cabe recordar que aquél principio constituye el criterio hermenéutico que -por la diversidad de normas internas e internacionales vigentes- informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más

restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos...(Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en "La aplicación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos por los tribunales locales", AAVV, PNUD, Editores del Puerto, 1996 pag. 163 y ss.).

En este orden, la Comisión IDH en informe 35/07, sostuvo que "Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada"(75)

De esta forma, si la necesidad de asegurar los fines del proceso respondiera exclusivamente a disposiciones procesales o de segundo grado, se imposibilitaría una interpretación progresiva de los derechos humanos, es decir evaluar cuál de las normas que regulan la materia resulta de aplicación para el caso en concreto, independientemente de su escala jerárquica, siempre que resulte más protectora.

Por lo demás admitir una interpretación *iure et de iure* conlleva a desconocer que la prisión preventiva constituye una medida cautelar y así, omitir la necesidad de controlar que aquella siga siendo necesaria. Ello ha sido claramente expuesto por la Corte IDH en el caso "Suárez Rosero (sentencia 12/11/1997, Serie C Nro. 35" que estableció

"...de lo dispuesto en el art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva." (77).

El criterio plasmado, que es materia del plenario, reafirma la vigencia del carácter provisional del encarcelamiento preventivo, en donde la medida cautelar dispuesta sólo puede continuar si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad de dictar la prisión preventiva. Al respecto la Comisión en el informe 35/07 expresó que "Otra condición del carácter cautelar de la prisión preventiva es que está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto(105) El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar(108)"

Lo dicho, ratifica la noción de que no pueden existir delitos inexcusables, de lo contrario, todo el subsistema procesal que rige las medidas cautelares regulado para controlar la necesidad de su dictado, carecería de sentido.

Esto último, también fue reconocido por la Comisión IDH, en el mencionado informe 35/07, al explicar que "...el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, **las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro,** basadas en circunstancias de que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva.

De lo contrario perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva."(85)- el destacado me pertenece-.

De esta forma, la aplicación sistemática de la prisión preventiva como consecuencia de una presunción legal, sin admitir prueba en contrario, impide el control judicial del cumplimiento de los estándares internacionales, hoy reconocidos por los organismos supranacionales, cuyo valor orientador resulta indiscutible; pues al no existir una justificación para su dictado, la revisión de la medida cautelar se torna ilusoria o de imposible cumplimiento. Cabe destacar, además, que la Corte Suprema ya ha resuelto en diferentes pronunciamientos, entre ellos en el precedente "Giroldi" (318:514) que los órganos locales deben guiarse por la interpretación de las normas supranacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hecha por los órganos de aplicación en el ámbito internacional encargados de controlar el cumplimiento de las disposiciones de dichos instrumentos internacionales.

IV. En consecuencia, una regulación como la de los arts. 316 y 317 resulta sustancialmente contraria a los principios enunciados, al impedir toda posibilidad de producir prueba en contrario. Pues aún de admitir como señalan Cafferata Nores y Frascaroli, que "*(...)la ley pueda consagrar la presunción de que, frente a la posibilidad de la imposición futura de una pena de cierta gravedad, el imputado va a optar por la fuga; pero esto exige que siempre tal presunción admita la posibilidad de prueba en contrario, o sea, la prueba tendiente a demostrar que, a pesar de la gravedad de la imputación y de la amenaza de pena privativa de la libertad derivada de ella (por su escala o por su modo efectivo de cumplimiento), no hay en el caso concreto el peligro de que se frustre la acción de la justicia*" (cfr. "*La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?*" en Lexis-Nexis/Jurisprudencia

Argentina del 19 de mayo de 2004, p. 36), de modo alguno podríamos exigir que sea el imputado quien produzca dicha prueba (aunque podrá aportar aquella que estime necesaria), toda vez que -como dijimos- es el Estado (fiscal, o en el sistema aún vigente en el orden nacional, los jueces) quien debe acreditar que existe riesgo concreto de frustración de los fines del proceso.

Como afirma Bovino, en la práctica se aplican los criterios del art. 316 del CPPN de modo automático, sin analizar la falta de fundamentos del peligro procesal. Si así fuera, las consecuencias de tales rutinas judiciales consisten en el incumplimiento de fundar el encarcelamiento en el peligro procesal y la exigencia ilegítima para el imputado de probar que ciertos hechos no ocurrirán en el futuro (cfr. Bovino, Alberto "Aporías..." op cit. pag. 856).

V. En conclusión, en lo que respecta a la decisión a adoptar en definitiva en el caso que habilita el presente, estimo que de conformidad con lo dispuesto por el art. 11, segundo párrafo de la ley 24050 y los arts. 11 y 12 del Reglamento de esta Cámara (Ac. 6/04), habrá que anular el fallo de la Sala II y ajustarlo al resultado final de este Plenario.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Juan C. Rodríguez Basavilbaso** dijo:

Que en lo sustancial y por compartir sus fundamentos adhiero al voto de la doctora Catucci.

Por lo demás y aún de establecerse una doctrina plenaria contraria a esta postura, no advierto que sus términos sean antitéticos con los que informaron la resolución de la Sala II, puesta en crisis por vía del recurso de inaplicabilidad de ley; ello en razón a que en dicha decisión se hace mérito -también- de la presunción de fuga a que alude, entre otras restricciones, el art. 319 del C.P.P.N..

Consecuentemente, no veo motivo que autorice a la descalificación del mencionado pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

El señor juez doctor **Oscar A. Hergott**, dijo:

I.- La fórmula propuesta en este acuerdo plenario consiste en resolver si la redacción de los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación obstaculiza, durante el proceso, el otorgamiento de la libertad individual de la persona en virtud de la severidad de la pena en abstracto fijada por el legislador, toda vez que ha sido imputada de un delito grave de acuerdo a la escala penal de mínimos y máximos o si, por el contrario, puede concedérsele aquel derecho cuando se comprueba la inexistencia de riesgo procesal, conforme las pautas indicadas en el artículo 319 del código ritual.

La convocatoria para la unificación de la interpretación judicial de los artículos citados, resulta oportuna por el aumento de fallos contradictorios; de su resultado puede surgir la anulación de una decisión judicial que permita examinar si procede, hasta la sentencia firme, la libertad ambulatoria de una persona sospechada de cometer graves delitos de lesa humanidad que, por cantidad y naturaleza, han conmovido las bases de la conciliación y la paz social.

Esta realidad, precisamente, diferencia el Estado de Derecho de las dictaduras militares en cuyo período histórico imperó la doctrina del horror fundada en la seguridad nacional y el ejercicio del poder absoluto a cargo de Juntas y comandos militares que sirvió para avasallar los derechos individuales y sistemáticamente asesinar, torturar o hacer desaparecer a ciudadanos indefensos.

No hay derecho penal del enemigo en la Argentina. El imperio de la Constitución Nacional y sus cláusulas garantizan el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales para todos sus habitantes y éste es el mensaje que distingue y enaltece a la Carta Magna.

Esta directriz constitucional debe ser respetada por los poderes constituidos y su plena vigencia encuentra su limitación en las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos como tarea propia del Congreso Federal.

Por lo tanto, existe un deber legal que se patentiza en la ley sustantiva que procura la búsqueda de la armonía y compromete a todos los componentes de una sociedad. El delito -concebido como aquella conducta que lesiona la integridad de los valores, principios y bienes materiales en que asienta el orden jurídico- requiere indefectiblemente la adecuada respuesta del Estado de Derecho.

El Código Procesal Penal, sancionado el 25 de agosto de 1991, derogó aquel sistema procesal que Manuel Obarrio denominaba ecléctico y que había sido establecido por la ley 2372 del 4 de octubre de 1888, época en que predominaba el Código Penal de 1886, sobre la base del proyecto Tejedor donde las mayorías de las penas tenían escalas fijas.

Dicho digesto, en materia de medidas de coerción personal, privilegiaba el encierro cautelar y el arbitrio judicial con base en las normas adjetivas que, ya con la sanción del actual Código Penal, sufrieron diversas reformas de acuerdo con los cambiantes vaivenes de la historia argentina.

Desde aquellos artículos 376 y 379 del añejo ritual en el que la severidad de las escalas punitivas, próximas a diez años en el máximo y dos en el mínimo, impedían la excarcelación de algunos delitos pasando por la ley 20.840 de Seguridad Nacional, que vedaba ese derecho por la naturaleza de determinados tipos penales con la justificación de la repulsa social de determinadas conductas, la evolución de la doctrina procesal sufrió una significativa transformación.

A pesar de todo, aunque el actual sistema de enjuiciamiento procesal penal se inspiró en la modalidad de un sistema acusatorio mixto, el legislador cuando sancionó los actuales preceptos vinculados a las medidas de coerción

personal del imputado, mantuvo los parámetros legales de orden aritméticos cuya hermenéutica no había sido cuestionada por la jurisprudencia acumulada hasta esa década, especialmente por su practicidad. Cabe señalar que el dictamen de la minoría que suscribían los diputados Lorenzo Cortese, Mario Avila, José Vega Aciar, María Gómez Miranda, José Furque y Juan Villegas aconsejaba la aprobación del proyecto de ley de Cortese y agregaba las observaciones de los diputados Garay y Gentile, que proponían cambiar la terminología del artículo 316 de "exención de prisión" por "eximición de prisión" por su claridad; en tanto, Nicolás Garay razonaba que en la redacción del artículo 316, 2º párrafo del ritual, se tuviera presente que si la pena excediera el máximo de ocho años esa referencia se tornaba inoperante pues, en su parecer, solamente interesaba la procedencia de la posible aplicación del artículo 26 del Código Penal.

Y en alusión al texto del artículo 319 del código ritual, resumía que en materia de excarcelaciones se otorgaba al juez un poder discrecional en la evaluación de la fuga o entorpecimiento de las investigaciones: "Creemos que deben establecerse pautas objetivas que ajusten más a la norma la conducta del juez como, por ejemplo, la falta de residencia del imputado, su rebeldía anterior o la condena cuando no hayan prescrito los términos del artículo 50 del Código Penal." (Conf. Comentarios al Código Procesal, Ley 23.984, pág. 45, trascripción Nicolás Garay; Novillo-Figueroa).

Aquí radica uno de los meollos de la variedad de los criterios interpretativos, pues los jueces no pueden apartarse discrecionalmente del texto literal y anular el sentido de las disposiciones legales -en este caso de los artículos 316 y 317 del código adjetivo- sin declarar previamente la inconstitucionalidad de su vigencia.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que "No es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal desde que la primera fuente hermenéutica de

la ley es su letra". (CS. Parada, Aidée c. Norambuena, 1992, LL 1992-D, 30); y, a su vez, "la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador". (Fallos, 302:973).

Sin embargo, "la decisión interpretativa es siempre relativa, desde el momento en que su articulación depende de la adopción de directivas propuestas desde el ordenamiento jurídico o bien de valoraciones o buenas razones argumentadas a propósito del caso concreto". (Conforme, Zuleta Puceiro, Interpretación de la ley, edit. La Ley, pág. 83).

Desde esta dimensión, entiendo que aquellas normas no son inconstitucionales ya que fueron redactadas para reglamentar la libertad ambulatoria dentro de los límites establecidos por el artículo 28 de la Constitución Nacional.

Para ello, el legislador utilizó reglas jurídicas asentadas en una ponderación apriorística del significado jurídico de una conducta disvaliosa y un juicio mental subjetivo de razonabilidad, en orden a la severidad de las penas. Por ese motivo, la jurisprudencia fue pacífica al quedar facilitada, desde esa perspectiva, la defensa social.

La labor del juez instructor -impedido de dictar sentencia- quedó configurada en la reconstrucción del hecho ilícito y analizar los extremos sensibles en la colisión de derechos constitucionales: la restricción de la libertad ambulatoria del sospechoso y el reclamo de la sociedad en reestablecer el orden jurídico violentado.

El Código Procesal Penal instauró un enunciado legal de mayor trascendencia al incorporar el artículo 280, cuyo texto normativo dispuso: "la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley", y se convirtió en la base angular del sistema de enjuiciamiento del proceso.

Este precepto garantiza el principio de inocencia ya que, de adverso, se tornaría inocuo si la interpretación judicial prescindiera discrecionalmente de esta voluntad

legislativa que ha querido mantener activo dicho postulado.

Conviene recordar que a la época de sanción de nuestro código adjetivo, comenzaba un gradual proceso de integración constitucional con las normas del derecho internacional de los derechos humanos y la Corte Suprema lo anticipó en el fallo "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich" (Fallos 315:1492), iniciando el sendero de la interpretación supraconstitucional. Concomitantemente, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 fue el acto normativo soberano que consolidó el valor de la dignidad humana con la introducción de once instrumentos internacionales de derechos humanos a su texto. Esas cláusulas resultaron operativas al tratarse del ejercicio de una nueva y vigorizante voluntad soberana pro-homine.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos posteriores fue afirmando la doctrina citada y en "Girolodi, Horacio D" (Fallos, 318:514), del 7 de abril de 1995, anunció "Que la recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en "las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. Arts. 75 de la C.N., 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)".

De manera que la vigencia constitucional de los tratados sobre derechos humanos suministran nuevos criterios hermenéuticos, para asegurar el contenido y alcance de los

derechos consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional y toda aquella reglamentación adjetiva.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde el 27 de marzo de 1984 por ley 23.054, con similar jerarquía constitucional, consagró en los artículos 7.1 que "Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales", en el 7.2 "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" y en el 8.2 que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 23.313 del 17 de abril de 1986, luego convertido en ley suprema instituyó expresamente en su artículo 9.1 que "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Artículo 14.2 "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley."

Acorde con ello, también acuden los artículos XXVI, párrafo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En definitiva, un conjunto de documentos internacionales de supremacía normativa que aseguran la plena vigencia de la libertad.

Ahora bien, la noción de libertad implica la facultad de hacer o no hacer determinadas acciones exentas del control jurisdiccional, además transita por el andarivel de la circulación plena, reside en la decisión del individuo de respetar las normas jurídicas impuestas como garantía de la convivencia social y se proyecta en el derecho de exigir

que el Estado lo proteja en el goce de sus bienes jurídicos.

Por consiguiente, responde a la lógica y a la razón, que frente a la existencia de actos graves de los individuos, el orden jurídico sancione modelos preventivos que justifiquen a través de reglas cautelares en qué momento puede restringirse uno de los baluartes de la libertad -esto es, la facultad ambulatoria- sin quedar por ello menoscabado el principio de inocencia.

Esta prerrogativa de aplicar la ley y custodiar los postulados constitucionales está a cargo de los jueces, cuyo cometido esencial consiste en dar respuesta inmediata a la aspiración de equidad. Ello implica este axioma que busca evitar que la confianza en las instituciones se quebrante y aparezca la impunidad, generadora de la venganza y sustitutiva de la justicia.

Las medidas cautelares tienen naturaleza preventiva y fundamentos constitucionales.

El artículo 22.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al referirse al derecho de circulación y residencia, sancionó que: "El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringidos sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza claramente en su artículo 9.3: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo."

La Corte Suprema de Justicia en "Nápoli, Erika Elizabeth", (Fallos 321:3630), dijo "la prisión preventiva es

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

Por otra parte, la doctrina siempre ha discrepado sobre cuáles son las restricciones más idóneas que superen el fundamento de su imposición a quién mantiene su condición de inocencia hasta la sentencia de condena firme. Sin embargo, ha debido aceptar su viabilidad aunque haya acudido al argumento de la "extrema necesidad".

En la óptica de Claus Roxin, (conf. Derecho Procesal Penal, pág. 256 y ccdts.), procedería la mentada medida en las siguientes situaciones: 1) asegurar la presencia en juicio del imputado. 2) como garantía adecuada de la investigación del ilícito. 3) a los fines de la ejecución penal.

También indica otros presupuestos que habilitan la prisión preventiva, como la gravedad del hecho y el peligro de reiteración delictiva (ob. citada, pág. 259/261).

Hasta el presente plenario, y en lo atinente a mi posición anterior, he venido acompañando la doctrina que se sustenta en la causa 8022, "Miranda, Fausta Miriam", Registro nº 10.020, de la Sala I, de esta Cámara Nacional de Casación Penal; con relación a las causas nº 764/07, "Roston, Juan Ángel s/inf. Ley 23.737 -incidente de excarcelación de Juan Ángel Rostón", Registro 1747; idem, causa nº 879/07, "Griecco, Carlos y otra s/inf. Ley 23.737 -inc. de excarcelación" Reg. 1748; idem, causa nº 894/07, "Ferrini, Marcelo Alejandro s/inf. Ley 23.737", Reg. 1746; entre otras -todas tramitadas ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 3, de la Capital Federal- y, en todos los casos, sobre la base a los enunciados literales de los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación, en su redacción textual de acuerdo con las escalas penales consignadas en esos preceptos.

Empero, comencé a replantear mi criterio al

advertir en el diario de doctrina de la editorial La Ley, de fecha 18 de septiembre de 2007, que "...el sistema que acude a las escalas penales como pautas de orientación, a modo de estándar y parámetros de peligrosidad procesal, en abstracto y hasta la condena firme, es razonable pero incompleto". (La Reforma Procesal Penal de la Nación y El Paradigma Constitucional).

En este contexto, la nueva realidad constitucional exige que las normas adjetivas se interpreten con criterios más rigurosos de sistematización, unidad y congruencia frente al orden jurídico punitivo.

Con razón, se ha señalado que "debe computarse la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos, 312:111); lo que supone razonamientos lógicos para evitar poner en "pugna" las disposiciones, "destruyendo las unas por las otras" pues debe dejarse "a todas con valor y efecto" (Fallos, 320:1962; 321:2780, respectivamente).

Por estos motivos, la directriz que debe respetarse en la interpretación de las normas adjetivas en cuestión, consiste en guardar adecuada correspondencia con las disposiciones constitucionales de derechos humanos (art. 75 inciso 22, CN). Ello, en un todo acorde con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este sendero viene afirmándose por el Alto Tribunal de nuestro país que estableció, el 23 de diciembre de 2004, "La Corte Suprema debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (art. 68.1 de la CADH); "Los tribunales locales deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado", caso Miguel Ángel Espósito (Fallos 327:5668); precedentes con un grado de mayor compromiso con la doctrina de "Bramajo, Hernán J", (Fallos: 319:1840) y con el objetivo de propender a un proceso de

integración jurídica regional.

Por otra parte, es un deber de los jueces respetar este precedente: "Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006).

El control de convencionalidad asegura la interpretación judicial de manera innovadora fortaleciendo la vigencia de los derechos humanos. A diferencia del control de constitucionalidad -paradigma del Estado de derecho- que vela por la aplicación irrestricta de la ley fundamental, dicha supervisión persigue integrar las relaciones internacionales colocando la tutela de la dignidad humana como centro del orden jurídico de una democracia constitucional.

En tal sentido, Juan Antonio Travieso señala que: "En realidad, estamos percibiendo que el derecho constitucional del siglo XXI será el derecho internacional de los derechos humanos, precisamente, porque la constitución ahora no es el único pacto de convivencia. Hay nuevos pactos de convivencia que son los pactos de derechos humanos regionales y universales". (Conf. Derechos Humanos y Derecho Internacional, pág. 154).

Por consiguiente, las normas jurídicas adquieren un

significado relevante cuando son apropiadas para reglamentar en la práctica social, soluciones dinámicas a los conflictos o tensiones constitucionales.

Por ello, es necesario que cualquier hermenéutica judicial compatibilice con la aplicación obligatoria de los precedentes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, verbigracia: "López Alvarez" (párrafos 67 y 68): "La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensable en una sociedad democrática. La adopción de esta medida cautelar requiere de un juicio de proporcionalidad, entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria"; idem "Acosta Calderon vs. Ecuador, (sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C, n° 129"); idem caso "García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, (sentencia de 25 de noviembre de 2005, serie C, n° 137).

Del mismo modo, el Alto Tribunal ha preconizado en "Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador" (sentencia de 21 de noviembre de 2007), párrafo 93: "En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: a.- que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; b.- que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; c.- que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo

propuesto. d.- que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por lo tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.”.

Afirma Jescheck que toda norma jurídica necesita interpretación, aún aquella de la que se predica su “claro tenor literal”, pues su sentido jurídico puede ser distinto (Tratado de Derecho Penal, Ed. Comares, pág 137).

Por consiguiente, si se interpreta literalmente el texto, la simple verificación judicial del “quantum” emergente de la calificación legal -como condición previa al examen de otras pautas objetivas contempladas en el artículo 319 del CPP- colisionaría con el alcance integrador y congruente de las normas constitucionales y la jurisprudencia supranacional reseñadas.

No obsta lo expuesto, anular u olvidar las escalas penales de mínimos y máximos de las disposiciones penales, ya que, por tratarse de decisiones discrecionales del legislador, se orientan a la política criminal del Estado, y su aporte no puede desestimarse a los fines de observar la racionalidad de todo ordenamiento jurídico.

Los estándares normativos responden a un concepto basado en normas implícitas de previsibilidad para tratar conductas humanas y su estipulación, hasta su reforma o derogación, deben ser analizadas y no soslayarse en aras de una exégesis dogmática impropia de la labor jurisdiccional.

En consecuencia, de lo que se trata es de dar eficacia al conjunto normativo, puesto que “la función de la interpretación jurídica no es específicamente teórica sino práctica. Su objetivo es el de obrar justamente o el de decidir lo que sea justo.”. (Conf. Zuleta Puceiro, ob. Cit.

Pág. 173).

Los enunciados legales de los preceptos que originan la cuestión sometida a unificación hermenéutica, no pueden obstaculizar el análisis de la libertad provisional del imputado una vez comprobada la inexistencia de riesgo procesal.

Empero, tampoco puede perderse de vista que la medida cautelar restrictiva de la libertad ambulatoria deberá evaluar dos aspectos centrales asentados en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El concepto de riesgo procesal -que no es incompatible con la naturaleza de las medidas cautelares- incluye la eficacia del accionar judicial en la aplicación de la ley penal.

Su base es esencialmente fáctica y responde a diversas ponderaciones: las características del hecho ilícito, la verdad del suceso a reconstruir y su magnitud, los bienes jurídicos destruidos, la flagrancia reiterada.

Todas estas circunstancias proporcionan a los jueces pautas que apuntan a dar solución urgente al conflicto social: se trata de mejorar inmediatamente la convivencia y, -alternativa o conjuntamente- constituyen requisitos sine qua non para valorar si corresponde restringir ab-initio la libertad de la persona sospechada de un acto criminal.

Se añade a ello, las condiciones personales del imputado, protagonista necesario de la relación jurídica en conflicto y destinatario de las normas adjetivas que lo involucran al proceso.

La Corte Suprema de la Nación ha enunciado una doctrina excepcional al afirmar que: "la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro." (Fallos 308:1631).

Desde estas reflexiones, el diseño jurídico sancionado por el legislador habrá de actualizarse sobre la

base de una nueva interpretación axiológica de acuerdo con la supremacía normativa enumerada.

Este razonamiento concuerda con el enunciado del artículo 319 del código adjetivo, cuando prevé la restricción de la libertad -exclusivamente ambulatoria- anteponiendo, al resto de los denominados riesgos procesales, el respeto al principio de inocencia cuyo contenido es mucho más vasto y consistente que aquel impedimento.

Ante ello, la respuesta al interrogante planteado será a favor del otorgamiento de la exención de prisión o excarcelación en caso de comprobada inexistencia de peligro procesal.

Y en lo atinente a lo establecido por el artículo 11, 2º párrafo de la ley 24.050, la doctrina emergente en la interpretación de los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación, en mi opinión ha sido renovada por los fundamentos dados por el juez David.

Así, más allá de las prestigiosas posiciones conceptuales de otros magistrados, el riesgo procesal ha sido ponderado con base a mayores pautas objetivas que no contradicen mi reflexiones anteriores.

Por lo tanto, toda vez que la nulidad por la nulidad misma carece de virtualidad jurídica, propicio confirmar la resolución recurrida y rechazar el recurso de inaplicabilidad de la ley.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Jorge A. Michelli**, dijo:

1. Aclaraciones previas

En el temario se relacionaron, disyuntivamente, los que debían ser los términos de la primera premisa del dilema, toda vez que ellos fueron unidos por la conjunción "o" cuando en realidad, interpreto, el sentido de la convocatoria era el de establecer, como primera premisa, si la conjunción de esas dos hipótesis era suficiente para denegar la excarcelación o si, aun concurriendo ambas, podía otorgarse la libertad ante

la comprobada inexistencia de riesgo procesal.

Ello es así pues ni la imposibilidad de condena condicional ni el máximo de la escala penal son, en forma independiente, obstáculos para otorgar la excarcelación o la exención de prisión, al menos cuando el máximo de la pena no supera los ocho años de prisión, por lo cual me expediré en esos términos.

La esencia de la cuestión consiste, entonces, en establecer si el juez, para denegar la excarcelación o la exención de prisión, debe resolver en forma automática sobre parámetros objetivos y exclusivamente cuantitativos, o si debe aplicar criterios valorativos de modo tal que si en ese caso concreto estuviera comprobada la inexistencia de riesgo procesal, debería apartarse del rigor formal derivado de las pautas establecidas en los artículos 316 y 317 del código procesal.

Es cierto, como lo ha destacado la Dra. Ángela Ledesma que, en realidad, antes que establecer cuándo corresponde disponer la exención de prisión o la excarcelación correspondería establecer en qué casos es legítimo restringir la libertad como medida cautelar.

No obstante lo acertado de esa reflexión la cuestión no se ha planteado con relación a cuáles son las causas, los motivos y los fundamentos por los cuales puede disponerse el encarcelamiento provisional sino la situación adversa: cuáles son los motivos para que cese o para que no se dicte o se haga efectiva.

Y, aunque una situación tendría que ser, prácticamente, sólo el reverso o lo opuesto a la otra, debido a cómo está concebido el código procesal y cuál es el tema del plenario ello no es así pues el encarcelamiento puede dictarse con relación a situaciones objetivamente comprendidas en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. mas, comprobada la inexistencia de riesgos procesales, es procedente la excarcelación.

En efecto el objeto de la convocatoria fue el de

establecer si no obstante que el máximo de pena superase los ocho años de prisión y ella no pudiese ser en suspenso podía igualmente otorgarse la excarcelación o exención de prisión "*...ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (art. 319 del C.P.P.N.)*"

Esta condición es relevante pues no descarta que, preliminarmente, tengan vigencia las normas restrictivas de la libertad, supeditando su cese a la concurrencia de elementos que las desvirtúen y es en este punto donde pueden existir diferencias entre el auto de prisión preventiva y las decisiones sobre excarcelación y exención pues aquél podría disponerse sobre hipótesis elusivas ficticias y éstas concederse sobre la base de presunciones "*hominis*" de inexistencia de peligros procesales.

Expresado en otros términos, en tanto no se cuente con razones que contrarresten las ficciones sobre las cuales la ley dispone el encarcelamiento, éste debe mantenerse, mas desvirtuadas, debe finalizar.

Por manera tal que la forma en que fue redactado el interrogante de este plenario considera, implícitamente, que las ficciones elusivas u obstructivas de la ley deben mantenerse hasta tanto se cuenten con razones suficientes que permitan presumir que el individuo no adoptará conductas atentatorias contra los fines del proceso. Es, entonces, con esos alcances que formularé mi propuesta.

Por último, debo dejar a salvo mi criterio en cuanto a la obligatoriedad de los fallos plenarios toda vez que considero que las decisiones adoptadas en el marco del recurso contemplado en los artículos 10 y 11 de la ley 24.050 no puede tener más efecto que el que atañe al caso que se resuelve.

1. *Solución que propondré*

Adelanto que, un nuevo análisis sobre el tema que es materia de este fallo me ha llevado a modificar mi criterio anterior, pues interpreto que no es suficiente, para

resolver sobre la libertad de una persona durante el trámite del proceso, atenerse automáticamente, sin una evaluación de las peculiaridades del caso en concreto, a los criterios modales y cuantitativos establecidos en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N., toda vez que estas normas sólo establecen una ficción relativa que debe ceder cuando existen razones para sostener que la libertad del individuo no generará un riesgo procesal.

1. ***Fundamentos sobre los cuales se ha sostenido que la inexistencia de riesgos procesales no es un criterio válido para conceder la excarcelación o la exención de prisión***

La adecuación de la situación del enjuiciado a las pautas objetivas que fluyen de los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. ha sido suficiente, generalmente, para denegar la excarcelación. Se sostuvo que esas normas fueron dictadas por el legislador en el marco de sus potestades, por lo cual eran constitucionales y daban motivos y fundamentos suficientes para hacerlo.

No era necesario, por lo tanto, analizar si el encarcelamiento era útil para los fines del proceso y, por lo tanto, si existían o no razones para presumir que la libertad podía ponerlos en riesgo.

Según ese criterio las disposiciones mencionadas establecerían presunciones "*juris et de jure*" toda vez que sobre la base del modo eventual de cumplimiento de la pena y del máximo de la escala penal establecida en abstracto para el delito -o concurso de delitos- la ley presumía, sin admitir prueba en contra, que el individuo se fugaría o entorpecería la investigación.

También se sostuvo que el artículo 319 es una norma restrictiva de la excarcelación y por lo tanto, no podía, sobre la base de la aplicación del principio "*a contrario sensu*", concluirse en que si no existen las razones que en esa norma se mencionan para impedir la liberación, la excarcelación debiera concederse.

De ese modo -se expuso- las normas sobre excarcelación y exención de prisión quedarían derogadas pues el único criterio para decidir sobre la restricción de la libertad como medida cautelar provendría de la existencia de riesgos procesales.

Antes de exponer mi criterio en sentido opuesto a esa posición es oportuno señalar que el aforismo "*a contrario sensu*", no es fundamento suficiente para afirmar que el artículo 319 del C.P.P.N. admite la libertad cuando no existen riesgos procesales. Ello es así pues él no proporciona un argumento lógicamente válido, por lo cual no puede justificar ninguna conclusión (Alchourrón y Bulygin; Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, ed. Astrea, Bs. As. 1976, pág. 223).

Por otra parte el sentido de ese aforismo no amplía el ámbito de la disposición normativa que se pretende interpretar sino que lo restringe, pues rectamente comprendido significa que si la ley se refiere a un caso dado no comprende otros que no están mencionados. Es decir, se basa en la suposición de que el legislador aspiró a mantener sin cambios la situación contraria a la que reglamenta.

De modo tal que si el artículo 319 del C.P.P.N. es una norma restrictiva de la libertad, aplicable a los casos en que podría concederse la excarcelación, no puede concluirse en que aplicando aquél adagio, correspondería la libertad cuando no están presentes las condiciones objetivas y personales que allí se mencionan.

Formulo esta aclaración pues el temario concluyó con la mención de esa norma y esa mención, pareciera, apunta a indicar que la posibilidad de fundar la libertad, fuera de los casos establecidos en los artículos 316 y 317, podría estar inspirada en una interpretación "*a contrario*" de aquella disposición.

Sin embargo existen otras razones para sostener que los criterios de los artículos 316 y 317 son insuficientes para denegar la excarcelación pues sólo establecen pautas

provisionales cuya eficacia puede desvirtuarse cuando existen motivos para afirmar que, en el caso concreto, la modalidad de cumplimiento de la pena o el monto máximo de ella no generarán riesgos procesales. Dicho de otra manera las presunciones sobre las cuales se concibieron esas normas son "*juris tantum*".

Cabe observar que no existe ninguna disposición que establezca que los criterios de excarcelación contenidos en esas normas sean taxativos o que ellos no puedan ceder cuando existen razones que respaldan la *probabilidad* de que la libertad no ponga en peligro los fines del proceso.

El artículo 280 del C.P.P.N. tiene la misma jerarquía normativa que los artículos 316 y 317 y él establece un límite a la prisión preventiva y esta norma se adecua a las disposiciones constitucionales que regulan el instituto, en particular a las que exigen que la prisión preventiva responda a causas legales (motivos o necesidades procesales), a las que la prohíben cuando es arbitraria (cuando carece de fundamentos reales o se basa en fundamentos aparentes) y a las que excluyen la posibilidad de establecerla como una regla general.

Pero, además, de todo el conjunto de disposiciones constitucionales que se han mencionado (razonable, justificada, no arbitraria, excepcional, no general) se desprende que no puede resolverse de modo automático y avalorado, sobre la base de criterios generales, porque todas esas expresiones con las que se califica o descalifica el encarcelamiento requieren una ponderación judicial para determinar si, en cada uno de los casos, existen o no razones que pueden poner en peligro el éxito del proceso.

Ergo: si el encarcelamiento se dispone como una regla sin excepciones para todo un grupo de personas -a quienes se les imputen delitos conminados con cierto tipo de pena y de modo de cumplimiento- y él se funda en una ficción legal, carente de rigor lógico, pero inmutable ante los hechos que la desvirtúa, existen razones constitucionales

para descalificar la legalidad del encierro, pues se dispondría sin motivos, ni fundamentos y como una regla general. Pero, sobre estos aspectos me ocuparé más adelante.

2. La interpretación armónica de los artículos 280, 316 y 317

Una interpretación literal del código procesal, desligada de otras normas contenidas en él, en otras leyes y en la Constitución Nacional -si se considerase que los artículos 316 y 317 contienen presunciones "*juris et de jure*"- lleva a la conclusión, por un lado que bastaría, para denegar la libertad, comprobar si el delito -o concurso de delitos- tiene conminada una pena mayor a ocho años y si puede o no ser de ejecución condicional: sería una decisión casi automática y avalorada.

Por otro lado, una vez denegada y en tanto la calificación del delito no fuera modificada, la libertad podría obtenerse si fuera absuelto (artículo 402 del C.P.P.N.) o sobreseído y, con anterioridad, prácticamente sólo si hubiera agotado el máximo de la pena, o, al menos el lapso que había durado le permitiera obtener la libertad condicional (artículo 317, incisos 2, 3, 4 y 5).

Con esos alcances la prisión preventiva no sería una medida cautelar sino, antes bien, una transmutación del adagio "*solve et repete*" al derecho penal pues podría llegar a un cumplimiento anticipado de la pena; una pena sin sentencia que se impondría de modo automático, con sujeción a pautas meramente cuantitativas y, por lo tanto, en forma avalorada, lo cual impediría llegar a una solución justa del caso pues al resolver del mismo modo casos desiguales podría arribarse a graves iniquidades.

Sin embargo, una interpretación que se integre con todas las normas del código procesal lleva a una conclusión diferente pues el artículo 280 del C.P.P.N. establece cuáles son los motivos para los cuales puede dictarse y subordina la duración del encarcelamiento al logro de las finalidades de ese instituto y no a un plazo estricto o a condiciones

inciertas y desvinculadas de los objetivos procesales de esa medida. Es así pues esa norma estipula: "*La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.*"

La Constitución Nacional establece que el encarcelamiento debe disponerse en razón de las *causas -finalidades-* establecidas en la ley. Esta norma, por lo tanto, es la que reglamenta esa garantía constitucional pues determina cuáles deben ser las causas, los motivos o las finalidades para las que el encarcelamiento preventivo pueda ordenarse: *asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley*, expresiones que tienen el mismo significado que las frases con las que, en la convocatoria del plenario, se definió lo que debía entenderse como riesgo procesal.

Pero, además de establecer cuáles son las finalidades que debe perseguir la prisión preventiva, subordina su mantenimiento a la existencia y persistencia de los fines que autorizan a disponerla.

La expresión "*límite*" significa: fin, término, de modo que cuando existen razones para presumir que la libertad no obstruirá la investigación ni la actuación de la ley, el encarcelamiento debe *finalizar*.

Si la prisión preventiva debe mantenerse "*...en los límites absolutamente indispensables...*" para lograr los fines del proceso y esos fines están constituídos por razones substanciales y no por consideraciones formales, la mera circunstancia de que la pena no pueda ser en suspenso o que el máximo supere los ocho años de prisión, no es la única razón que puede ponderarse para denegar la excarcelación o exención de prisión.

Un código se compone por una pluralidad de normas, mas, en general, ninguna de ellas es una norma completa o una norma independiente, algunas determinan el supuesto de hecho,

un elemento de él, la consecuencia jurídica, etc.

Son, individualmente, oraciones gramaticalmente completas, pero jurídicamente, son normas incompletas pues necesitan integrarse con otros preceptos que participan también del sentido de validez jurídica del resto; son partes de órdenes de validez. La fuerza constitutiva de esas normas incompletas, que da fundamento a consecuencias jurídicas, la obtienen en su conexión con las otras normas del sistema.

El referido artículo 280 no es una proposición enunciativa, ni una mera exhortación, ni una simple declaración de principios; es una proposición jurídica complementaria de lo establecido en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N., de índole *restrictiva*, que, por un lado, establece normativamente cuáles son las finalidades, las causas o los motivos por los cuales puede encarcelarse preventivamente a una persona: asegurar el *descubrimiento de la verdad* y la *actuación de la ley*.

Por otro lado, establece que debe mantenerse sólo en tanto lo requieran los fines para los cuales se puede decretar, pero una vez asegurados esos fines, el encarcelamiento debe concluir; estipula, por lo tanto, un *límite* subordinado no a plazos sino a condiciones substanciales.

El artículo 280 es, como las que regulan la prisión preventiva, la excarcelación y la exención de prisión, una norma jurídica vigente que establece pautas valorativas para limitar las reglas que emergen de los artículos 316 y 317 del código.

Ni esta disposición ni las que regulan el régimen de la prisión preventiva y de la excarcelación deben interpretarse aisladamente de modo que una tenga tal preponderancia que excluya los efectos y la vigencia de la otra.

En ese sentido el sistema jurídico en general funciona mediante la integración de preceptos distintos pues,

en general, las disposiciones que componen el plexo normativo son normas incompletas cuyo verdadero sentido y alcance se logra por su integración con otra u otras normas y es sobre la base de la apreciación conjunta de ellas como se logra la solución de un caso determinado.

En toda interpretación legal tienen que estar presentes las normas y principios constitucionales, en particular aquellas que establecen garantías judiciales o garantías procesales, fundamentalmente en el tema que es materia de esta convocatoria. Ello es así pues una interpretación rígida e inflexible de las normas atinentes al encierro que no admita el cese del encarcelamiento por otras razones que no sean el cumplimiento de las condiciones a las que se refiere el artículo 317 o el transcurso de los plazos previstos en la ley 24.390, estaría en pugna con la Constitución toda vez que los pactos internacionales exigen que la decisión sobre la libertad durante el proceso se decida, en cada uno de los casos concretos, con sujeción a las contingencias propias de cada uno de ellos y no por su adecuación a parámetros generales.

Por ello sostener que, invariable e inexorablemente, debe mantenerse privado de la libertad a quien se le imputa un delito -o un concurso de delitos- conminado con una pena cuyo máximo supera los ocho años y con relación al cual "*prima facie*" la pena no pudiera ser dejada en suspenso colisiona con los principios constitucionales a los que me referiré, normas estas que, en todo caso, no sólo relativizan la aplicación de los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. sino que, a la par, refuerzan la aplicación de lo establecido en el artículo 280 de ese cuerpo normativo pues se adecua con los principios de normas de rango superior.

Obsérvese que una interpretación de esa naturaleza preserva la vigencia de todas las normas, tanto los artículos 316 y 317, como el artículo 280; solamente le asigna a las primeras un valor presuncional provisorio. De adverso, si se les adjudicara eficacia probatoria "*juris et de jure*" el

artículo 280 sería letra muerta.

El lenguaje de la ley es emotivamente neutro mas el grado superlativo que requiere la *indispensabilidad* - determinado por el adverbio superlativo *absolutamente*- no parece que pudiera tener efectos normativos habida cuenta que no se advierte de qué modo lo que es indispensable pueda intensificarse.

Sin embargo, el énfasis puesto en limitar la temporalidad del encarcelamiento denota el especial interés de la ley en que las disposiciones sobre esa medida no se resuelvan sobre consideraciones genéricas y de modo formulario.

3. ***Principios constitucionales***

La reforma de la Constitución Nacional incorporó normas que tienen directa relación con el régimen de la prisión preventiva y, por consiguiente, de la excarcelación y de la exención de prisión.

Estas nuevas disposiciones, que han establecido pautas mínimas para la prisión preventiva, impactan necesariamente en los códigos procesales pues estos deberán adecuarse a ese nuevo régimen constitucional.

Aun cuando son conocidos, señalaré, brevemente, cuáles son algunos de los principios sobre el encarcelamiento provisional consagrados en la Constitución Nacional y qué entiendo que se desprende de ellos en cada caso.

Ellos atañen a:

1º) **RAZONABLE**: Derecho del encausado a ser juzgado sin dilación injustificada, dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad (artículo XXV de la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE: "...derecho...a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad..." y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Parte III, artículo 9, inciso 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) artículo 7 [Derecho a la libertad individual], inciso 5) "...derecho a ser

juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...".

2º) *EXCEPCIONAL*: Garantía de que la prisión preventiva no sea la regla general, dándole por lo tanto carácter excepcional a esa cautela personal y posibilidad de sustituirla por garantías que aseguren su comparecencia durante el juicio o para cumplir el fallo (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Parte III, artículo 9, inciso 3 "*La prisión preventiva...no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*".)

3º) *MOTIVADA* o *CAUSADA*: la restricción de la libertad durante el proceso (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Parte III, artículo 9, inciso 1, dispone: "[...] *Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*"; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 7, inc. 2, establece "*Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*"

4º) *NO ARBITRARIA* o *FUNDAMENTADA*: La prisión preventiva debe contener fundamentos legales La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 9) dice: "*Nadie podrá ser arbitrariamente detenido [...]*"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Parte III, artículo 9, inciso 1, dispone: "[...] *Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.*; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Art. 7, inciso 3 dispone: "*Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*"

El principio constitucional es que la libertad

individual debe ser *la regla general* y que sólo por excepción y sobre la base de razones legales y con la intervención de autoridades competentes puede ser restringida con anterioridad a una sentencia condenatoria, por lo cual para mantener ese estado no es necesario invocar razones o motivos. En todo caso los fundamentos deben existir sólo para privar a una persona de lo que es el estado que, normalmente y por regla general, debe gozar.

La excarcelación y la exención de prisión aparecen, entonces, como incongruentes con ese principio pues, en última instancia, a través de esos institutos debe explicarse por qué una persona puede permanecer en libertad o recuperar ese estado cuando las explicaciones, los motivos y los fundamentos deberían darse para privar de lo que es la regla y el estado natural de las personas.

Si bien, estrictamente, no forma parte de esta decisión determinar cuándo y cómo puede disponerse el encarcelamiento sino cuándo corresponde conceder la excarcelación o la exención, los principios sobre aquél instituto tienen efectos sobre estos otros, por lo cual corresponde recordar algunos de ellos.

El encarcelamiento provisional no puede ser *la regla general*, puede extenderse sólo por un *lapso razonable* o *sin dilación injustificada*, y no más allá de los *límites absolutamente indispensables* para garantizar los fines del proceso y además debe disponerse cuando existen *causas legítimas* y no debe ser *arbitrario*.

En lo que atañe a la *razonabilidad* del encarcelamiento, si bien esta cualidad está referida, en la constitución, al aspecto temporal, debe estar presente en todos los elementos que integran ese instituto. Sobre la base de ese principio todo aquello que resulte exagerado, falto de equidad, de utilidad, carece de esa propiedad.

La exigencia de "*causas legítimas*" significa que el encarcelamiento debe tener finalidades procesales, motivos o razones que la justifiquen y esas cualidades deben ser reales

y no aparentes. El artículo 280 del C.P.P.N. estableció, normativamente, cuáles son las causas o los motivos que deben existir para mantener las medidas privativas de la libertad personal: lograr el *descubrimiento de la verdad* y la *aplicación de la ley*.

El principio de *no arbitrariedad*, por su lado, implica que deben existir fundamentos reales que demuestren la probabilidad, la verosimilitud de que la libertad genere riesgos procesales. En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado desde antaño cuál es el concepto de sentencia arbitraria y ese criterio es aplicable para determinar si la prisión preventiva es o no arbitraria.

Si bien establecer de qué debe adolecer una decisión para ser calificada de ese modo excede las necesidades de esta decisión, en prieta síntesis, puede considerarse arbitrarias las decisiones "*...que no constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa, ... sin fundamentación idónea o suficiente*"

Si la prisión preventiva no puede ser arbitraria y esa calificación se aplica a las decisiones que carecen de fundamentos suficientes o se apoyan en fundamentos aparentes, va de suyo que deben existir "fundamentos" reales y suficientes para encarcelar.

Por último el encarcelamiento, *no debe ser la regla general*. Esta expresión no sólo significa que debe ser *excepcional*, sino también que no debe aplicarse, inexorablemente, a toda una categoría de casos heterogéneos un tratamiento uniforme e indiscriminado.

En conclusión, sobre la base de lo prescripto por la Constitución y por la ley que reglamenta los aspectos relacionados con el encarcelamiento provisorio, entre otros requisitos, los siguientes:

- 1.- Debe ser razonable;
- 2.- Deben existir causas o motivos que la

justifiquen;

3.- Debe disponerse sobre la base de fundamentos reales y no aparentes o insuficientes pues, en ese caso sería arbitraria;

4.- No debe ser la regla general;

5.- Debe ser indispensable.

4. Insuficiencia de los criterios establecidos en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. para satisfacer los estándares mencionados. Inconstitucionalidad de las denominadas "presunciones juris et de jure" cuando se emplean en el derecho penal o en el derecho procesal penal para imponer cargas, deberes o restringir garantías constitucionales

Los principios mencionados introducen innovaciones en el régimen de la prisión preventiva pues, en conjunto, determinan, a mi juicio, la insuficiencia de consideraciones objetivas allí establecidas para mantener el encarcelamiento cuando existen motivos que generan la presunción que la libertad no afectará el buen curso del proceso.

En efecto, si los artículos 316 y 317 del código procesal contuvieran presunciones "*juris et de jure*" - ficciones legales- de peligros procesales serían inconstitucionales. Ese recurso legal sólo puede tener esa denominación en un sentido figurado pues, en realidad, no son *presunciones* toda vez que, tanto semántica como jurídicamente, el término presunción tiene un significado diferente.

Las presunciones son actos de razonamiento por los cuales mediante un procedimiento inductivo generado sobre la base de hechos conocidos -que son la premisa del razonamiento- se obtiene un conocimiento acerca de la *probabilidad* de que un hecho, material o intelectual, *haya existido, exista o pueda llegar existir*.

Sin embargo, lo que en las leyes se denominan "*presunciones legales juris et de jure*", no son razonamientos de esa índole sino que son "*ficciones legales*". La

denominación "*presunciones legales juris et de jure*" se deriva de que éstas tendrían su fundamento en el aforismo: "*in eo quod plerumque fit*" -lo que habitualmente sucede en el curso regular y ordinario de las cosas- el que tiene cierta racionalidad, mas no es eso lo que sucede en la práctica legal.

Ello es así pues mediante las denominadas *presunciones legales* la ley toma como existente algo que, en realidad, no existe; tiene por inexistente algo que puede existir o haber existido y también asimila objetos ontológicamente diferentes, y les aplica el mismo régimen jurídico.

Las ficciones legales no se establecen, al menos necesariamente, sobre la base de la comprobación de la *frecuencia relativa* de ciertos acontecimientos para inferir, por analogía, que en el futuro se repetirán. Antes bien se establecen por razones de interés, oportunidad, de conveniencia, de necesidad o de otra naturaleza, mas sin responder al método racional sobre el cual se generan las presunciones; hay, por lo tanto, un altísimo grado de discrecionalidad o de voluntarismo en el uso de ellas.

En el pasado fueron modos artificiosos que se utilizaron para superar dificultades probatorias o para impedir que se probaran algunos hechos y muchas veces se fundaban en supersticiones, caprichos o decisiones arbitrarias; el razonamiento inductivo fue desplazado por la correlación caprichosa, absurda y antojadiza de hechos que no implicaban la conclusión a la que se le daba un valor de verdad indiscutible. Recuérdese que las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios establecían "*juris et de jure*" que la *verdad* correspondía a quien lograba el éxito en un combate o superaba los resultados de experimentos rituales y no a quien exhibiera razones suficientes.

La historia de las pruebas en materia penal muestra una transición desde una forma aberrante e irracional de lograr la "*verdad*" a una forma "*racional*" para obtenerla y en

ese transcurso las presunciones legales "*juris et de jure*" fueron incluidas dentro del primer grupo (Framarino de Malatesta, Nicola; *Lógica de las pruebas en materia Criminal*, ed. Temis, Bogotá, 1973, V. I, pags. 246 y sigtes, 337 y sigtes.).

No obstante las posibilidades de excesos las "*presunciones legales juris et de jure*" -ficciones legales- siguen empleándose, pero con alcances distintos y, en general, para proteger bienes jurídicos. Por ejemplo, la incapacidad penal de los menores de dieciséis años; la falta de capacidad para consentir un acto sexual con relación a ciertos menores, son criterios legales que no pierden su vigencia por la circunstancia de que, en la realidad, tengan discernimiento o aptitud intelectual para consentir el acto. Pero, como recurso legal para atribuir elementos subjetivos aviesos a todo un grupo de personas, sin posibilidad de contrarrestar la eficacia probatoria es inaplicable en derecho penal.

Puede interpretarse, aunque necesariamente no sea así, que los artículos 316 y 317 del C.P.N.N. presuponen que todos los que se encuentran en las situaciones objetivas que describen atentarán contra los fines que persigue el proceso y que, para evitar ese riesgo procesal, es necesario restringir la libertad de quienes se encuentren dentro de esos parámetros objetivos.

Que ese es el fundamento y la razón de esas normas se desprende de la correlación que existe entre ellas y el artículo 280 del mismo código pues esta determina que los motivos para el encarcelamiento están indisolublemente ligados a los riesgos procesales. Ergo: si aquellos artículos restringen la libertad es porque la ley supone que ella pondrá en riesgo los objetivos del proceso.

Esa idea, sin embargo, es más un postulado para legitimar ambas disposiciones que un dato de la realidad, toda vez que no existe ningún elemento que sostenga esa conclusión, ni razones para creer que el legislador haya

contado con estudios serios que demostraran la correlación entre las escalas penales, el modo de cumplimiento y las probabilidades elusivas u obstructivas.

Antes bien, pareciera, que sobre la base de un criterio meramente voluntarista se establecieron parámetros objetivos y a todos los que encuadraran en ellos se los excluyó de la posibilidad de permanecer en libertad y, a los que no estuvieran comprendidos, sólo si superaban el *test* del artículo 319 del C.P.P.N. -concebido sobre la base de presunciones *hominis* y no legales- se los excluía de ese régimen.

Obsérvese que la hipótesis de que quienes estén dentro de esos baremos, eludirán la acción de la justicia u obstruirán la investigación, no es un hecho notorio, carece de respaldo estadístico o de otro tipo de pruebas que certifiquen que la proclividad conspiradora es un atributo inherente a las situaciones objetivamente descriptas.

Por lo tanto, esas normas no sólo establecen ficciones sobre la base de un criterio discrecional sino que, además, las situaciones heterogéneas que congloba, son también ficticiamente homogeneizadas y a todas se le da la misma solución.

De modo que, la presencia de elementos subjetivos - propósitos elusivos u obstructivos- en todas aquellas personas imputadas por ciertos delitos es sólo una ficción legal que no reposa sobre la base de datos ciertos y verificables; es, reitero, una suposición legal, mas no una presunción.

Es cierto que la gravedad de la sanción penal y la efectiva ejecución de ella son elementos serios para afirmar la probabilidad de conductas elusivas o perturbadoras, tanto más cuando se trata de un delito grave o aparece vinculado al crimen organizado: tráfico de drogas, secuestros extorsivos, terrorismo, pero lo cierto es que sólo en cada uno de los casos corresponde determinar si la libertad puede conspirar contra el logro de los fines del proceso.

Además, las normas en cuestión comprenden una amplísima gama de casos de gravedad menor, por lo cual, no parece que todos, por igual, puedan estar alcanzados por un patrón idéntico.

Si la ley convalidara meras ficciones o suposiciones, *con valor incontrastable*, para mantener el encarcelamiento estaría en pugna no sólo con las cláusulas y principios constitucionales que específicamente regulan la prisión cautelar, sino también con las garantías genéricas que corresponden a la presunción de inocencia y al criterio de racionalidad de las decisiones jurisdiccionales.

La constitución dispone que el encarcelamiento provisional debe ser *razonable, motivado, fundado, indispensable, excepcional*. Si la ficción elusiva sobre la cual la ley previó esa medida de modo general está desvirtuada, o dicho de otra manera, no es verosímil que la libertad colisione con los fines del proceso, la restricción de la libertad ya no es *indispensable* (artículo 280 del C.P.P.N.), pues carece de motivos que la legitimen; el fundamento elusivo de las normas sobre las cuales se dispuso es *aparente* y una decisión privativa de la libertad fundada en razones aparentes es *arbitraria*.

Dicho de otra manera la restricción de la libertad, como medida cautelar, no puede convalidarse cuando existen razones para presumir que la libertad no afectará los fines del proceso. Ello es así pues en tal caso, el mantenimiento de esa situación carecería de motivos y de fundamentos y una decisión que adolece de esos defectos es arbitraria.

Véase que si la ficción no responde a las reglas del razonamiento inductivo y el individuo no puede alegar ni probar la inexistencia del riesgo que, en su caso, la ley presume, la norma individual que lo priva de la libertad resultaría inconstitucional pues la decisión contraria a la libertad se basaría en fundamentos inexistentes o meramente aparentes.

Cuando la interpretación, en un sentido de una

norma, no se compadece con las disposiciones de la Constitución y en otro sí es conciliable con ella debe preferirse el sentido que favorezca su validez; es lo que se denomina interpretación "*de conformidad con la Constitución*" (Larenz, K., Metodología de la Ciencia del Derecho; ed. Ariel, Barcelona, 1980, pág337).

Una ficción legal, por un lado, por ser un argumento aparente no puede erigirse en un fundamento determinante y, por otro, la objetividad con la que se establecen no satisfacen los estándares constitucionales a los que me he referido.

Sobre la base de este principio, los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. sólo pueden tener validez constitucional en tanto tengan una eficacia provisional, subordinada a la demostración de la existencia de que la libertad generará los riesgos procesales a los que se refiere el artículo 280 del mismo cuerpo de normas.

5. *Los fundamentos de la excarcelación deben expresarse en norma individual, con fundamentos propios, sin remitirse a conclusiones elaboradas "a priori" en normas generales*

Los artículos 316 y 317 al ser interpretados en forma conjunta con el artículo 280 permiten sostener que aquellos no establecen criterios inflexibles y que, antes al contrario, el mantenimiento del encarcelamiento está subordinado a la preservación de los objetivos del proceso y que, por ende, no puede mantenerse en el solo interés de la ley.

Además el encarcelamiento no puede mantenerse sobre la base de ficciones legales cuando la realidad demuestra que carecen de razón en un determinado caso pues aquellas sólo proporcionan fundamentos aparentes.

A estas razones cabe agregar, en apoyo a la misma conclusión, que la decisión que deniega la libertad no puede derivarse de un criterio exclusivamente formal pues la Constitución requiere que ese tipo de decisiones, es decir la

que disponen el encarcelamiento o su mantenimiento sean consecuencias de una norma individual en la que sea el juez el que determine si existen razones para presumir riesgos procesales.

La ley debe contener disposiciones generales y abstractas que establezcan mandatos, prohibiciones, permisiones; si, de adverso con los juicios del deber ser inherentes a su función normativa determinara la existencia o inexistencia de hechos psíquicos o intelectuales sometidos a los criterios de *verdad* o *falsedad* atentaría contra los fines del proceso pues los datos de la realidad son incumbencia de los juicios volcados en una norma individual a través del razonamiento o de la valoración del juez.

Los propósitos, intenciones y las cualidades son datos asequibles al entendimiento por medio de un razonamiento o por la valoración del caso y las únicas normas que pueden contemplar los hechos como *falsos* o *ciertos*, *probables* o *improbables* son las normas individuales las que sí están sometidas a los criterios de verdad o falsedad.

Cuando la Constitución y la ley determinan que el encarcelamiento debe responder a "*causas legítimas*" , "*no ser arbitraria*" , "*no ser la regla general*", "*debe ser de absoluta indispensabilidad*" imponen un examen razonado e individual de cada uno de los casos el que no puede sustituirse por la mera afirmación de que la pena tiene determinada escala penal o modo de cumplimiento.

Esas propiedades no son cuantificables, ni siquiera lo es enteramente el plazo de la prisión preventiva; antes bien son líneas de valoración y si bien en la apreciación de un valor existe un alto grado de discrecionalidad, de todos modos tiene que existir un fundamento que haga objetivo, transmisible, contrastable el criterio por el cual en cada uno de los casos esa cualidad está o no está presente.

La valoración, por lo tanto, está sometida a los criterios de verdad y falsedad por lo cual no puede derivarse de una ley un criterio que, sobre la base de cuantificaciones

de lo cualitativo determine, *a priori*, todos los casos en que la restricción de la libertad será razonable, no arbitraria, etc.

Sólo el juez, es quien puede resolver, mediante el razonamiento inductivo y la valoración del caso concreto si existen o no motivos para presumir que la libertad afectará los objetivos del proceso y si el encarcelamiento reúne las demás exigencias que establece la Constitución.

También debo volver a mencionar que resolver negativamente una excarcelación remitiéndose a los estereotipos contenidos en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. sin atenderse a las características peculiares del caso y, por lo tanto, sin analizar si la prisión preventiva es indispensable (artículo 280 del C.P.P.N.) y si existen causas y fundamentos para ello, contraría los principios de la Constitución relacionados con la excepcionalidad.

Esa medida cautelar, según los Pactos, no debe ser la regla general, principio que, por un lado, apunta a que sea de carácter excepcional y, por otro, al modo en que la decisión sobre el encarcelamiento puede adoptarse y a la naturaleza de los fundamentos en que se sostiene.

En efecto un esquema normativo conformado sólo por las variables *objetivas* de modo de ejecución y máximo de la escala penal, desvinculadas de las contingencias o peculiaridades del caso concreto, constituye una *regla general*.

Es decir "*regla general*" es también la que se concibe de modo genérico y objetivo para una amplia categoría de casos muy heterogéneos, sin contemplar excepciones y sin referencias al caso concreto, de modo tal que el juez carezca de potestad para valorar las distintas situaciones que engloba, emergentes de la gravedad del hecho, de las condiciones personales del procesado y de la infinitud de diferencias que puedan existir y, sin permitir ninguna ponderación imponga la misma solución privativa de derechos para ese universo de casos.

Más aún cuando las propiedades sobre las cuales se establecen los cánones objetivos no tienen una necesaria implicación lógica con los fines por los cuales la prisión preventiva puede disponerse.

La prisión preventiva, en nuestro ordenamiento y al igual que el auto de procesamiento, deben disponerse por auto, por lo cual debe ser "*fundado*" (art. 123) del C.P.P.N. sin embargo, en la práctica no deja de ser un apéndice del procesamiento, cuando debería contar con fundamentación autónoma, con razones propias relacionadas con los fines para los cuales está prevista y que apuntan a otros aspectos y específicamente establezcan los motivos que justifiquen el encarcelamiento del procesado. Este tema -fundamentos del auto de prisión preventiva- no forma parte de este plenario, mas formulo esta referencia pues, de alguna manera, esa inveterada práctica judicial demuestra el automatismo con que se dispone y su carácter genérico, y a los cuales sólo se les dedica unos pocos párrafos.

En conclusión, por un lado las ficciones legales no son fundamento suficiente para justificar la prisión preventiva y, por otro lado, si provisionalmente es admisible que mantengan vigencia, ello no puede impedir que, demostrada la inexistencia de riesgos procesales, deba concluir esa medida.

Así cabe entenderlo debido, además de lo expresado, a que las exigencias de la Constitución denotan que debe ser a través de una norma individual que se objetive la existencia de las causas y los fundamentos que aconsejan mantenerla en aras a no perjudicar los propósitos del proceso penal.

¿Cuáles pueden ser los motivos por los cuales habría que presumir la inexistencia de riesgos procesales o, de adverso, la existencia de ellos? Ese interrogante no forma parte del fallo, ni podría formarlos pues la infinitud de la realidad impide establecer pautas "a priori" y se asumiría el riesgo de caer en criterios formales como los que

inspiraron los artículos 316 y 317.

La magnitud de la pena eventual, la conducta procesal, las actitudes elusivas adoptadas en el mismo proceso o en otro, la naturaleza y entidad de la maniobra, en particular cuando se trata de delitos organizados o con cierta permanencia y estabilidad, la amplitud de medios delictivos, la falta de arraigo pueden ser cánones razonables, mas no pueden establecerse en forma anticipada sino que, en cada uno de los casos, y sobre la base de un razonamiento individual, ajustado al caso corresponderá determinar si existen o no razones para presumir que la libertad comprometerá el desarrollo del proceso.

6. **Síntesis**

Considero, por lo que he expresado, que las normas de los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. no proporcionan razones suficientes para denegar la excarcelación por lo siguiente:

1.- El artículo 280 del C.P.P.N. establece cuales son las causas que deben existir para el encarcelamiento provisional (riesgos procesales) y establece que cuando ellas no existen él debe finalizar, por lo cual restringe el alcance de aquellos artículos.

2.- El encarcelamiento provisional, según lo que expresamente establece la Constitución Nacional, no puede ser arbitrario.

Los artículos 316 y 317 no contienen presunciones sino "ficciones legales" y presuponen que todos los que, objetivamente, puedan estar comprendidos en situación de permanecer en libertad o de recuperarla, atentaran contra los fines del proceso.

Las ficciones son artificios legales y no razonamientos inductivos, son creados discrecionalmente por el legislador y, por lo tanto, como toda ficción jurídica sólo proporcionan fundamentos aparentes. Cuando una decisión carece de fundamentos o se apoya en motivos aparentes, esa

decisión, conforme a una inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es arbitraria. Por lo tanto, ante la comprobada inexistencia de riesgos procesales las ficciones legales no pueden mantenerse.

3.- La prisión preventiva, también conforme a lo que establece la Constitución, no puede ser "regla general". Los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. establecen una regla general, pues no contemplan excepciones ni la situación personal de cada uno de los procesados, y disponen que todos los que, objetivamente, encuadren en ellos deberán ser encarcelados.

4.- El encarcelamiento debe ser razonable, motivado, fundado, indispensable para lograr los fines del proceso y esas cualidades, exigidas por la Constitución y por la ley sólo pueden determinarse a partir de la ponderación de cada uno de los casos y no puede ser establecida "a priori" por la ley. En consecuencia no puede ser discernida sino por el juez en cada caso particular y no por estereotipos legales.

5.- La interpretación "*a contrario a sensu*" del artículo 319 del C.P.P.N. no proporciona ningún argumento válido para justificar ninguna conclusión relacionada con el tema de este plenario.

7. Resolución 8840, dispuesta en la causa 6240, el día 10 de julio de 2006

En la resolución mencionada, que dio motivo a este fallo plenario, la Sala II de esta Cámara de Casación resolvió no hacer lugar al recurso que había interpuesto la defensa contra la resolución de la Cámara Federal de Rosario.

Este tribunal había confirmado la resolución del juez de primera instancia quien antes había negado la excarcelación de Ramón Genaro Díaz Bessone; el fundamento sobre el cual se confirmó la resolución sostuvo principios adversos a los que he postulado en este plenario.

En efecto, la denegación se fundó en una interpretación restringida de lo dispuesto en los artículo

316 y 317 y, por lo tanto, concluyó en que la inexistencia de riesgos procesales no era una alternativa de excarcelación consagrada en la ley.

Ahora bien, los artículos 10 y 11 de la ley 24.050 establecen que si la interpretación de la ley que ha sostenido el fallo con relación al cual se interpuso recurso de inaplicabilidad de ley no se adecua a la doctrina que se sienta en el fallo plenario corresponde declararlo nulo y dictar nueva sentencia, a través de una sala distinta a la que intervino.

La resolución convalidó la decisión de la Cámara Federal, expresándose: "*...no logra evidenciar la esforzada defensa que denegar la excarcelación...sea arbitrario ni violatorio de preceptos constitucionales.*" con lo cual queda de relieve que se consagró, como válida, la interpretación opuesta a la que propongo en este fallo.

También el pronunciamiento de la Sala II mencionó: "*...en el caso de autos, el máximo de la sanción prevista para los delitos imputados supera el monto establecido en el art. 316 del C.P.P.N.; además la pluralidad y gravedad de los hechos impide razonablemente inferir que en el caso de recaer condena, ésta pudiese ser de condena condicional.*"

La confirmación, por lo expresado, se atuvo a la interpretación que había hecho la cámara y, por lo tanto, no contempló, como una alternativa independiente la posibilidad de excarcelación o de exención de prisión por la inexistencia de riesgos procesales.

En esas condiciones, considero que si la mayoría se inclina por una interpretación que considere que es insuficiente atenerse al monto máximo de pena y a la modalidad de cumplimiento para denegar la excarcelación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la ley 24.050 debe declararse nulo el fallo y remitir el incidente a una nueva sala para que dicte una nueva resolución.

No dejo de advertir, al propiciar la eventual nulidad de la decisión en crisis, que en ella, se aludió a

que la objetiva y provisional valoración de los hechos, como también atendiendo a su naturaleza y gravedad generaban la presunción de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia.

Este párrafo, dentro de la decisión, es un "*obiter dictum*" pues el fundamento de la confirmación fue la eventual modalidad de cumplimiento y el máximo de la escala penal, que fueron la razones que se habían invocado en la decisión recurrida, sin hacer mención alguna a que existiera una alternativa diferente relacionada con lo que es materia de este fallo.

Dicho de otro modo: que al confirmar la denegatoria sobre la base del máximo de pena y de la modalidad de cumplimiento, haya mencionado que, además, existían perspectivas elusivas (artículo 319 del C.P.P.N.) no significa que en él se haya admitido la doctrina que postula que la inexistencia de riesgos procesales es una alternativa independiente para disponer la libertad.

8. **Conclusiones**

Por lo expuesto considero,:

1.- Con relación a la interpretación de los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. que cuando la pena máxima conminada para el delito -o concurso de delitos- supera los ocho años de prisión y ella no pudiere ser en suspenso la excarcelación o la exención de prisión pueden igualmente concederse "*...ante la comprobada inexistencia de riesgos procesales: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.*"

2.- Y, en lo que atañe a la Resolución 8840, dispuesta en la causa 6240, el día 10 de julio de 2006, corresponderá declararla nula y dictarse una nueva decisión.

El señor juez **doctor Mariano González Palazzo** dijo:

Habiendo sido convocado recientemente a éste Acuerdo Plenario reemplazando a un colega renunciante y debiendo dar contestación al requerimiento efectuado en la

convocatoria, quiero adelantar que no estamos en una cuestión de fácil resolución.-

Prueba de ello, es la enjundia, importancia y profundidad de los votos que anteceden.-

En una época en que después de guerras y tiranías el catálogo de derechos se ha expandido, a veces, anómicamente alcanzando objetos no humanos y hasta inanimados, todos ellos considerados fundamentales, lo que constituye una aporía, esto es, si todo es fundamental nada es fundamental.-

De lo que puedo estar seguro, que un derecho básico, trascendente y fundamental, es el derecho a la libertad.-

Ha de ser, el motivo mas frecuente de luchas y muertes en la historia del hombre, y lo sigue siendo, aunque parezca variable la axiología.-

Para nosotros, jueces con competencia penal que hemos constatado las falencias del sistema carcelario, especialmente porque es antinatural y denigrante por esencia, es menester tener el cuidado y la prevención que la aplicación de éste tipo de pena amerita.-

Por ello hemos recurrido a buscar alternativas, a veces ingeniosas, como el uso de pulseras electrónicas, o de la "probation", para evitar los encarcelamientos.-

No puedo quitar de mi cabeza y lo he reiterado en mis clases o charlas, la admiración que me causó en mis tiempos de estudiante conocer la lucha de John Howard, que dedicó sus anhelos con una abnegación casi religiosa, a humanizar los centros de detención de su tiempo. Por ello un monumento piramidal en los límites del ex imperio soviético, advierte a los pasantes que se detengan, pues yace allí un amigo, glorioso epitafio!.-

Del otro lado, esto es "leyendo la contestación de la demanda" de la situación política y socio económica de nuestra sociedad, avasallada por el crecimiento explosivo de la delincuencia y de la sensación de inseguridad que agobia

con más fuerza de lo que la realidad podría indicar, parece surgir la necesidad de aplicar políticas criminales duras que recomiendan la plena ocupación de las cárceles y la progresiva construcción de otras, que nos llevaría a la trágica visión de ciudades valladas. Hace un tiempo, en una resolución que contemplaba un evento que rozaba o interesaba a derechos inherentes a las libertades consagrados por nuestra Constitución Nacional, recurrí a la sabiduría del "Talmud", que recoge siglos de la cultura de un pueblo protegido por su tradición "El que es piadoso con el injusto, termina siendo injusto con los piadosos".-

Todo ello sazonado con la característica tan especial del derecho penal, donde la cultura, la política, la costumbre y las creencias hacen que el caleidoscopio de las conductas humanas vaya girando constantemente y a veces caprichosamente, como lo recuerda I. Wallace en "The Almanac of people", donde describe la situación del ciudadano de la Edad Media que se atrevió a comer un tomate en público cuando ello estaba penado con la muerte, por tratarse de la "manzana del diablo".-

El mismo autor nos cuenta que en la década del 30, el presidente de la Academia Sueca, propuso como Premio Nobel de la Paz al líder alemán Adolfo Hitler.-

Estos ejemplos, insólitos pero reales, son un diagnóstico preciso que recomienda la necesidad de mesura, ecuanimidad, equilibrio y prudencia para evaluar las conductas proscriptas por una sociedad, y la represión de ellas a través de castigos que en algunos países no muy lejanos geográfica y culturalmente, buscan equilibrar el injusto causado con la muerte del causante, pena no muy disimil a la contemplada en la la ley de las XII Tablas en la Roma republicana, que previa el desmembramiento del deudor, todo ello fundado en la reparación del daño, la venganza, el ejemplo, el castigo y a veces la justicia.-

He de dejar en claro que no existe Estado democrático sin control. No existe libertad sin control del

ejercicio del derecho de los demás, para una adecuación justa y de equilibrio entre las libertades, que es un deber indispensable del Estado para garantizar el goce de sus potestades a unos y a otros sin coartar, desnaturalizar, alterar o extinguir derechos.-

La libertad del hombre exige responsabilidad en el ejercicio del poder y de los derechos. El peligro de la anarquía se evita si se garantiza la coordinación de los diferentes servicios públicos y se reserva al gobierno el mantenimiento del poder de intervención y vigilancia. Por ello, la justicia tiene el deber de resguardar la seguridad jurídica, que abarca la seguridad social y la seguridad económica, teniendo como punto de partida la libertad.-

Dicho esto, encaro la exposición que intento desarrollar, comenzando por aclarar que no solo por escasez de tiempo (el presente trámite, si bien por diferentes motivos atendibles, ya ha consumido demasiado), sino también porque mis colegas fueron desparramando con su pluma, las principales y más importantes directrices normativas vigentes, y congregando el abanico sociológico que salpica al sector de la materia del derecho que hoy nos liga, se hace innecesario volver a enunciar tales fuentes del derecho, máxime considerando la prospectiva que inyecta en su voto la Dra. Ángela Ledesma que puntualizó, con una impecable dinámica, la situación exacta que las corrientes en auge diagnostican.-

Un claro ejemplo, de lo que reseño en el párrafo anterior, lo constituye la multiplicidad de citas y el permanente reenvío que mis colegas hacen, en sus respectivos votos, a los criterios y lineamientos aleccionadores que la Comisión Interamericana de Derechos humanos efectuó a través de sus informes 12/96, 2/97 y 35/07, en cuanto se relacionan con la materia en tratamiento, ilustrando sobre los pilares fundamentales que regulan y administran la deliberación entablada.-

El derecho esencial en estudio, que es la libertad

durante el proceso, se presenta como la regla sustancial que define la premisa fundacional del silogismo. Constituye la base inalterable que jamás debe perder gravitación en el abordaje de la temática en curso, así lo impone el principio constitucional de presunción de inocencia y su correcta interpretación legal. El dogma es férreo e indestructible: Toda persona es inocente hasta tanto una sentencia fundada en ley demuestre lo contrario. Ello importa la realización de un juicio de acuerdo con los presupuestos constitucionales que consagran y legitiman un "debido proceso", donde, como adocina en reiterados precedentes nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes, se deben preservar acabadamente, los derechos y las garantías del justiciable.-

Lo expuesto encuentra correlato en La Convención Americana sobre derechos humanos, que, en su artículo 8, denominado "Garantías judiciales", párrafo 2, categóricamente afirma: "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".-

Tratándose de un Estado de Derecho, nunca, con antelación al cumplimiento riguroso de tales condiciones, se pueden aplicar medidas restrictivas de la libertad ambulatoria de una persona. Para validar la transitoria legalidad de dicha restricción, se deben verificar una serie de requisitos excepcionales, todo proceder en sentido inverso, importa una detención en contradicción con todas las disposiciones vigentes en el orden jurídico interno e internacional de los Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional.-

Nuestro Máximo Tribunal ha expresado que "...los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución (arts. 14 y 28) no son absolutos y están sujetos, en tanto no se altere sustancialmente, a las leyes que reglamentan su ejercicio" (Fallos: 310:1945, "Budano, Raúl Alberto c/Fac. De Arquitectura", rta. el 9 de junio de

1987), tesis que no se ve descalificada en modo alguno por el hecho de que aquellos derechos se encuentren enunciados en los Pactos de Derechos Humanos receptados por la Constitución Nacional (por el contrario, éstos la reafirman, véase a modo de ejemplo el art. 2º, inc. 2, P.I.D.E.S.C., art. 2º, inc. 2º, P.I.D.C. y P. y art. 26, C.A.D.H.). En consonancia con tal criterio es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó la legitimidad constitucional de la privación de la libertad durante el trámite del juicio penal y con anterioridad a la sentencia condenatoria (Fallos: 310:1835 y 314:791). Huelga concluir entonces que la Constitución Nacional, sin duda, autoriza a enervar el principio de inocencia y el derecho a la libertad personal de quien es sospechado de haber cometido un delito, mientras se le esté sustanciando el correspondiente proceso.

En efecto, la restricción de la libertad de una persona durante el proceso penal constituye una medida de naturaleza excepcional y que se caracteriza por su perfil preventivo, cautelar, necesario, proporcional, no punitivo, "pro homine", restrictivo, instrumental, provisorio, "favor libertatis", transitorio y que reclama, al momento de su eventual implementación jurisdiccional, una adecuada fundamentación, con prueba suficiente y la consideración y eventual descarte de alternativas menos gravosas para el justiciable, pues su dictado debe descansar a la sombra de los fines del proceso penal: esclarecimiento de los hechos investigados y determinación de sus autores, cómplices o encubridores y aplicación de la ley sustantiva.-

Dicha teleología procedimental debe alzarse como la única y exclusiva herramienta que legitima el dictado de una medida cautelar de la especie. El concepto de "peligrosidad procesal" que desarrolla la literatura procesalista sienta sus raíces y enaltece la dialéctica afincada.-

La ley de procedimientos vigentes en la esfera nacional resume con suficiencia el dogma señalado, reglamentando de esa forma, el mandato constitucional que

proviene del artículo 18 y de diferentes convenciones y tratados internacionales con jerarquía constitucional. Prescribe el artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley".-

Esta técnica legislativa previó, orgánicamente, las actuales deliberaciones ejercitadas alrededor de la problemática que genera la materia controvertida. No le fueron ajenas las discusiones y el contexto evolutivo imperante en la disciplina, no sólo a nivel nacional sino también más allá de las fronteras. Previsor de las transformaciones hermenéuticas que se avecinaban en torno a la materia específica, principalmente en ámbitos internacionales, estipuló una norma de meridiana relevancia para el debate implantado, que reúne entidad suficiente para asignarle solidez a la sistemática acuñada por el digesto ritual dando respuesta a las exigencias y criterios internacionales que, como sostuvo nuestra Corte Suprema de Justicia, deben ilustrar y constituir una guía orientadora para las decisiones que tomen los jueces de la Nación.-

La formulación gramatical del artículo 319 de la ley de rito es transparente. Además es simple, terminante en cuanto a su sustancia y universalmente armónica: "Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando, *hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones*".-

Vuelvo. La letra de la disposición relevada en última instancia es perceptible. La porción del texto transcrito no demanda interpretación alguna, por el contrario, la plataforma que propulsó oportunamente el legislador como resorte de ponderación constituye la esencia sobre la cual gira la cuestión.-

El sentido y fin de una norma ha sido controvertido y la demanda es verídica y concreta. El planteo exige respuesta y esta tiene que ser práctica, eficaz y útil. Por eso pretendo desarrollar una explicación que preserve un encadenamiento racional capaz de demostrar que el ordenamiento procesal, en la materia, contiene las herramientas adecuadas y proporcionales para presentarse a la altura de las exigencias que en la actualidad reclama, más que el orden internacional, nuestra propia Constitución Nacional.-

En función de la caracterización que formulé en torno a la medida cautelar en estudio y los indicados motivos que la legitiman, la proporcionalidad que debe advertirse entre dichos fines y la restricción de la libertad durante el proceso, resulta crucial para la resolución del tema. La justificación de esta última, al descanso de esos fines, legaliza su instrumentalización durante el trámite judicial. La relación y paralelismo entre unos y otros no admite reparos. Su vínculo se presenta ineludible.-

Una vez iniciada la actividad jurisdiccional, y mientras que ella perdure, la libertad es la regla y la privación de ella la excepción. Ahora bien, cuando la consecución de los fines del proceso corren serio riesgo y este depende, precisamente, del imputado en la investigación, entran a jugar las alternativas excepcionales que legitiman el dictado de la medida preventiva en danza, con el objeto de asegurar que dichos objetivos no resulten burlados y se cumplan de acuerdo a lo que marca la ley vigente.-

En efecto, cuando el imputado, actuando a su conciencia y voluntad, decide sustraerse a la acción de la justicia o, mediante un comportamiento meditado y reflexivo, entorpece y dificulta el funcionamiento de los órganos de persecución penal en sentido amplio, se crea una situación de peligro para dichos fines procesales que legaliza la adopción de medidas tendientes a neutralizarlo, bajo la inflexible observación de todos los recaudos y pautas antes enumeradas.-

Grafiquemos. Cuando el acriminado elude el accionar de la justicia, o activa métodos concretos para que la reconstrucción del pasado no se realice, esta impidiendo que el Estado a través de sus órganos predispuestos al efecto cumpla con su ministerio, frustrándose la misión legal que tiene: esclarecer un hecho e individualizar a sus responsables y de corresponder, aplicar el castigo que prefija el Código Penal. Como se contempla, las causas y motivos que justifican la privación de la libertad ambulatoria durante el proceso no dejan margen para la duda. El equilibrio que debe reinar entre dichos fines y los motivos que condicionan el dictado de la medida restrictiva se potencia como el cálculo básico a desarrollar.-

Por un lado, no existe juicio penal en rebeldía, motivo por el cual la presencia del imputado se torna imprescindible.-

Por otro, la historia, o sea los hechos pretéritos a demostrar, se reconstruyen con elementos probatorios que comprueban que los acontecimientos ocurrieron y en su caso de que manera, circunstanciándolos en tiempo, lugar y modo, o en su defecto que no ocurrieron, o no se desarrollaron de un modo o forma determinada, motivo más que suficiente para racionalizar la aplicación de un encierro transitorio con el objeto de que el ajusticiado, en el caso concreto y debidamente acreditado, no destruya, oculte o desnaturalice las pruebas de los episodios: comprometiendo testimonios, evitando la incorporación de prueba documental o informativa de utilidad, adulterando archivos o manipulando sistemas informáticos o bases de datos, entre muchas otras formas y maneras posibles cuyo detalle desborda el presente voto y para su representación alcanzan las hipótesis indicadas.-

Sobre éste escenario debemos trabajar. Brevemente se explicaron los principios que regulan la delicada cuestión procesal y la lógica de su funcionamiento. La legislación vigente en la materia recepta los mismos y suministra las herramientas para una ecuánime y justa implementación de

ellos. En este orden de ideas, la determinación que efectuó el legislador nacional cuando intercaló las normas previstas por los artículos 316, segundo párrafo, y 317, inciso primero, del Código de procedimientos no merecen reparos constitucionales. En ejercicio de sus funciones parlamentarias, decidió introducir disposiciones que contienen una previa valoración sobre los postulados en estudio. Como una manifestación de la política criminal resolvió categorizar, mediante dichas normas, hipótesis que presuponen los consabidos extremos que permiten restringir la libertad durante el proceso.-

Ponderaron en abstracto determinadas situaciones que consideraron necesario cautelar. Estimaron que, ante ciertos contextos, quedaban acreditados los peligros procesales que corresponde corregir con el encarcelamiento del imputado con el objeto de evitar que se puedan afectar los fines del proceso criminal. La calificación legal por un lado, y el historial subjetivo del agente por el otro, constituyeron el norte de su macro evaluación.-

Planteado en estos términos, los cánones en revisión no padecen déficit alguno. No dejan de reglamentar una situación para la que, en el marco de la función general e ideal que desarrolla el Congreso Nacional, se encuentran plenamente legitimados. A partir de allí no es un problema del legislador la aplicación de las leyes, sino de los jueces naturales excitados jurisdiccionalmente, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. En efecto, cuando conocen legalmente en una causa o pleito determinado deben, establecer, el sentido y fin que corresponde asignar a las distintas normas que se relacionan con la materia controvertida y que resuelven la discusión judicial.-

Entonces, no pasa por un problema atribuible al legislador que sólo fijó un tenor normativo tendiente a regular en forma general determinados comportamientos, sino de los operadores del sistema judicial quienes, en su caso, deben proceder a encontrar su correcta y apropiada dirección

en las hipótesis concretas que se les presenten. El legislador no puede prever todas las situaciones posibles y atrapar las infinitas posibilidades que ofrece el mundo del ser, solo define marcos genéricos y planos ontológicos fundamentales, correspondiendo su interpretación y ajuste a los jueces frente a los supuestos cotidianos que les fueren sometidos.-

Tarea que no carece de límites y está circunscripta por diversas pautas que orientan la actividad del intérprete.-

Además de las herramientas que aportan los diferentes métodos interpretativos cuya referencia ha sido efectuada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación contribuye con fundamentales lineamientos para que dicha función sea óptima, eficiente y sobre todo justa. Su jurisprudencia enseña que la incongruencia del legislador no puede presumirse, que siempre debe promoverse una lectura interpretativa que armonice las diversas normas en observación tratando de compatibilizar sus diferentes mandatos, no sólo de aquellos que integran un determinado bloque de legalidad entre sí, sino también de aquellos que anidan en ordenamientos jurídicos diferentes, recurriendo a su descarte o fulminación sólo cuando no quede otro camino y su repugnancia sea manifiesta con cláusulas constitucionales, luego de haber agotado todas las vías posibles para la preservación o amparo de la norma en conflicto, toda vez que la inconstitucionalidad de una disposición legal constituye una decisión de extrema gravedad institucional (C.S.J.N., fallos: 314:407; 316:2624; 322:919; 314:424; 248:73; entre muchísimos otros referenciados por los distintos votos que me preceden).-

Bajo este panorama y como ya se adelantó, las disposiciones controvertidas se enmarcan legítimamente en el conjunto de normas que regulan la eventual privación de libertad durante el proceso. La presunción legal de fuga que establecen los artículos en estudio respetan los parámetros

constitucionales vigentes, los cuales incluyen, en función de lo relatado, el sendero que en el orden internacional llevan adelante los organismos de derechos humanos competentes en la materia.-

No existe obstáculo alguno para la fijación de criterios orientadores que puedan auxiliar la función del intérprete en la delicada tarea de establecer, en el caso concreto, las situaciones que justifican el encierro durante el proceso. Pero como se viene explicando, no pueden constituir más que eso. O sea pura presunción legal de que, en principio y según la evaluación oportunamente desarrollada por el legislador, ante determinadas circunstancias de hecho, el imputado podría profugarse o entorpecer las investigaciones. De tal modo que, dicha presunción, como tal y en atención a los lineamientos anteriores, debe inexorablemente admitir prueba en contrario. Queda descartada, frente a este contexto legal, toda mirada interpretativa que pretenda negar la posibilidad de desvirtuarla, pues en esa hipótesis, a la luz de los principios que gobiernan la cuestión, la declaración de inconstitucionalidad sería segura e inevitable.-

Por lo tanto, corresponde trabajar siempre sobre una presunción "iuris tantum", pues la previsión legal no resulta de aplicación automática y de pleno derecho, sino permeable a una demostración adversa que acredite la inexistencia de riesgo procesal alguno.-

Silenciando entonces, cualquier observación que califique esa presunción de "iure et de iure", la validez de las normas ajusticiadas se exhibe intacta toda vez que, en la hipótesis concreta sujeta a juzgamiento, podrá analizarse si se reúnen elementos suficientes que la tornen inoficiosas ante una, efectivamente comprobada, ausencia de riesgo procesal que pueda perturbar el normal funcionamiento de la actividad judicial en su afán de esclarecer los hechos investigados, individualización de sus autores y, eventualmente, aplicar las sanciones penales que

correspondan. Esta y no otra, a mi criterio, es la interpretación correcta que debe asignarse al contenido de los artículos 316, segundo párrafo y 317, inciso primero de la ley de procedimientos.-

La hipotética escala punitiva que en función de la calificación legal provisoria que se realice y la modalidad de cumplimiento de la pena aplicable, siguiendo las pautas establecidas en dichas normas de procedimientos, constituyen una primera aproximación a la acreditación de los peligros que se pretenden erradicar para obtener, en su caso, una adecuada investigación y oportuna administración de justicia, tal y como sostuvo en su informe 2/97 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando afirmó: "La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia.", otorgándoles así, a dichas particularidades, un incuestionable valor para la dilucidación de la cuestión.-

No obstante, y teniendo en cuenta que la viabilidad de la medida cautelar en revisión se encomienda y halla su exclusivo fundamento en la necesidad de neutralizar los peligros que el imputado pueda generar para la normal tramitación del proceso, las constancias causídicas serán las encargadas de dirimir la cuestión, pues como bien se afirmó en el informe 35/07 de dicho organismo internacional "la Corte ha sido más categórica al enfatizar la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste,".-

Planteado en estos términos, y asegurando mecanismos interpretativos que promuevan la lógica desarrollada, las normas controvertidas resultan compatibles con el orden legal vigente. Se implementan en un escenario legal determinado, se sustentan bajo una serie de principios y reglas particulares y su operatividad debe ceder cuando el

lote probatorio concreto acredite una realidad distinta de la presumida por ellas: inexistencia de riesgo procesal que permita sostener que el imputado se someterá a la jurisdicción del tribunal y no entorpecerá la tarea investigativa y el descubrimiento de la verdad.-

De modo que, más allá que la reunión plenaria oportunamente sienta criterio al respecto de conformidad con la ley vigente, propongo la siguiente doctrina interpretativa: Tratándose de una presunción "iuris tantum" los supuestos acuñados por el legislador en el segundo párrafo del artículo 316 y en el inciso primero del artículo 317 de la ley de rito y que, por dicho motivo, admiten prueba en contrario, las hipótesis estipuladas por el artículo 319 enunciando un detalle meramente enumerativo y orientador, suministran los elementos básicos para comprobar, la existencia o inexistencia del riesgo procesal que justifique el encarcelamiento preventivo durante el proceso, fundado en la posibilidad de que el imputado pueda eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.-

Debo reconocer que tuve alguna dificultad en la tarea de hacer congeniar la postura que intento proponer con aquella que he adoptado en los antecedentes en que me tocó expedirme tanto en la Cámara Criminal y Correccional, como en esta Excma. Cámara de Casación Penal.-

Pero más allá de entender a través de la lectura de las opiniones que me preceden, que es menester e inteligente morigerar cualquier posición rígida que impida una aplicación adecuada de la norma a las diferentes situaciones que se pueden plantear y las circunstancias de tiempo, modo, lugar y hasta de política criminal que reclama el Estado y el país, creo que nunca abracé la interpretación de la existencia de una presunción "iure et de iure" que inhiban a la maleabilidad que recomienda la colisión de principios fundamentales que evidencian estos cuestionamientos.-

Sentado ello, me inclino, ante el interrogante que introduce la discusión, por una respuesta positiva que merece

estructurarse, en atención a la presente exposición, en función del siguiente deslinde:

a- En orden a la primera parte de la pregunta, de acuerdo a la categoría presuncional antes desarrollada y en armonía con su correcta interpretación, la respuesta es positiva.-

b- Mientras que la segunda parte de la pregunta formulada y como una lógica derivación del punto "a", de comprobarse en el caso concreto la inexistencia de riesgo procesal, puede otorgarse la excarcelación o la eximición de prisión en su caso.-

Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta las conclusiones interpretativas alcanzadas, estimo que, independientemente del modo concreto y la manera particular que exhibe la argumentación ensayada por los colegas que realizaron el fallo atacado, voto por su conservación y en consecuencia por el rechazo de los planteos efectuados por ajustarse a los lineamientos antes enumerados.-

Así lo voto.-

Por ello, por mayoría, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General a fs. 218/220, el Tribunal,

RESUELVE:

I-DECLARAR como doctrina plenaria que "no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal".

II.-RECHAZAR el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Dr. Rafael Sarmiento en su carácter de defensor de Ramón Genaro Díaz Bessone (art. 11 de la ley 24.050).

Regístrese, hágase saber y, oportunamente, remítase a la Sala de origen a sus efectos.

Firmado doctores: Juan E. Fégoli, Liliana E. Catucci, Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant, Ángela E. Ledesma, W. Gustavo Mitchell, Raúl R. Madueño, Gustavo M. Hornos, Juan C. Rodríguez Basavilbaso, Mariano González Palazzo, Jorge A. Michelli, Oscar A. Hergott. Jueces de Cámara. Ante mí doctor Javier Carbajo Secretario General.

//TA: Para dejar constancia de que el voto que encabeza el presente Acuerdo Plenario fue emitido por el doctor Pedro R. David el 26 de febrero de 2008 y de que no lo firma por encontrarse a la fecha en uso de licencia extraordinaria según Resolución N°124/08 de la Secretaría General del Consejo de la Magistratura (artículos 399 del Código Procesal Penal de la Nación y 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).
Secretaría General, 30 de octubre de 2008.