***PRISION PREVENTIVA**:*

DESNATURALIZACION DE LOS PELIGROS PROCESALES.

ANALISIS CRITICO DE LA UTILIZACION DEL PELIGRO DE FUGA

Especialidad Derecho Penal

Facultad de Ciencias Económicas

Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco

Comodoro Rivadavia - Provincia del Chubut

TRABAJO INTEGRADOR FINAL

Alumno

Marcelo Esteban David CATALANO

Director

Pelayo VIAL CAMPOS

Sarmiento - Provincia del Chubut - Año 2024

ÍNDICE

ÍNDICE 2
AGRADECIMIENTOS 3
ABREVIATURAS 4
METODOLOGÍA DEL TRABAJO 5
OBJETIVO GENERAL 6
Introducción 8
PRIMERA PARTE 12
I. Haciendo Memoria 12
II. Nociones Generales 27
a. Estado de Inocencia y Presunción de Inocencia. Mi Postura 27
b. La Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva 31
III. Función de la Prisión Preventiva 35
SEGUNDA PARTE 43
I. Los problemas actuales de la Prisión Preventiva 43
a. Las normas de la Prisión Preventiva en el CPPCh 43
b. Análisis crítico del peligro de fuga y sus agregados en el CPPCh, la prevención del delito y la reforma 2024 del CPPCh 48
TERCERA PARTE 70
Conclusiones 70
Bibliografía 79

AGRADECIMIENTOS

Con este trabajo veo concretado un anhelo personal, que fue hacer la Especialización una materia que es mi pasión, el Derecho Penal. Pero como todo en la vida, por lo menos en la mía, nada se logra sólo, siempre hay gente que nos ayuda a construir y cumplir nuestros sueños. En este sentido mi pilar siempre ha sido Verónica, mi compañera de vida, con quien hace 18 años caminos juntos y hemos armado nuestra vida, y hace un buen tiempo también junto a nuestros amados Ramón, Bebi y Morita –nuestros perritos-. Sin el apoyo de Verónica, sin su amor, paciencia y el sostén que me brinda, esos dos años de cursar y asuntarme de mi casa dos fines de semana al mes, quitando horas de familia, no hubieran sido posible.

Era marzo del año 2018, la Defensoría General de Chubut me había designado como Abogado Adjunto del Fuero Penal para la Circunscripción de Sarmiento, lugar que no conocíamos, y recibo un llamado de la Dra. Iris MOREIRA, quien me propuso integrarme a la Especialización y acepté. Debo decir que ella ha sido otro pilar en este logro, dándome desinteresadamente su apoyo y buenos consejos. No puedo olvidar a los padres de Gustavo OYARZUN, amigo y compañero de trabajo, quienes me abrieron las puertas de su casa para que segundo año de la cursada me quedara allí y no tuviera que ir y venir los viernes y sábado de cursada.

Mención aparte, es ese tipo excepcional de Caleta Olivia, Kevin REARTE.

Nos conocimos mi primer día de cursada, yo casi no conocía a nadie. El estaba con su grupo de compañeros de Caleta, y me hizo un lugar a su lado y el día de hoy seguimos manteniendo la amistad. Pero lo importante fue que siempre nos sostuvimos el uno al otro, preparamos nuestros exámenes, y estoy escribiendo porque Kevin me impulsó a terminar. Gracias loco.

Asimismo, no puedo menos que agradecer al gran cuerpo de docentes que tuvimos en la especialización, que nos brindaron sus experiencias y conocimientos sin reparos, pero principalmente a Alberto BINDER, quien me hizo ver el derecho con otra perspectiva, y además tuve la oportunidad de compartir con él alguna que otra cena y charla, donde nunca deja de ser el Alberto docente, pero enseñando otras materias, las de la vida.

Para finalizar, debo agradecer, a quien –tapado laburo- aceptó ser mi Director, gracias Pelayo. Un gran tipo, un gran docente, un gran abogado. Un gran tipo.

Un beso al cielo para mi viejo que se fue de gira y no alcanzó a verme diplomado, aunque no me lo decía y yo tampoco a él, ambos estábamos orgullos, el uno del otro.

Gracias.

Marcelo E.D. CATALANO

ABREVIATURAS

Tribunales	
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Legislación Internacional	
DADDHH	Declaración Americana de Derechos Humanos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CDFU	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Legislación Nacional	
CN	Constitución Nacional de la República Argentina
Legislación Provincial	
CPCh	Constitución de la Provincia del Chubut
CPPCh	Código Procesal Penal del Chubut
Palabras	
PP	Prisión Preventiva
dC	después de Cristo
MPF	Ministerio Público Fiscal
CPP	Código de Procedimiento Penal

METODOLOGÍA DEL TRABAJO

Para llevar adelante el presente TIF de la Especialización de Derecho Penal, he utilizado una metodología de tipo jurídico, investigativa y valorativa, para describir la problemática histórica y actual de la Prisión Preventiva, sobre todo desde la mirada del Peligro Fuga, presentando los caracteres del instituto, sus alcances, la forma judicial de aplicación de aquel y sus resultados, utilizando para la investigación y desarrollo dogmática procesal y revistas especializadas, análisis legislativos y jurisprudenciales e informes de Organismos Locales e Internacionalesel análisis de la evolución del concepto de presunción de inocencia y medidas coercitiva.

Para ello tuve como norte, diversa bibliografía específica sobre el tema, normas convencionales, constitucionales y procesales, sin dejar de lado el análisis a jurisprudencia sobre la temática, tanto provincial como de la Corte Federal, puesto que la finalidad de mi trabajo era establecer el si el sistema de medidas cautelares del CPPCh no está en consonancia con el Sistema Acusatorio Adversarial adoptado por la provincia del Chubut hace 18 años, y si responde a los parámetros de principios y garantías del bloque de convencionalidad. Esa idea también se traspoló a la utilización actual de la PP como método de anticipación de la condena, antes que como neutralizador de los peligros procesales que pueden afectar al proceso penal.

OBJETIVO GENERAL

Deducir si la Prisión Preventiva y su elemento más conflictivo -Peligro de Fuga- han sufrido una grave desnaturalización como herramientas de prevención del proceso penal, al ser utilizada para acallar el permanente reclamo social de inseguridad, dándole visos de método de control social y anticipación de pena, en contraste con el fracaso de las medidas alternativas de coerción y la demora e ineficacia judicial.

Para desarrollar ese objetivo, me formule la siguiente pregunta: ¿La prisión preventiva, y principalmente el peligro fuga, son métodos eficientes de protección del proceso penal o configuran una salida elegante para el sistema judicial que no brinda justicia en tiempo oportuno y resquebraja al Estado Inocencia de fuente constitucional?

Y para lograr su respuesta, que creo haber encontrado, me propuse:

1. Estudiar los antecedentes históricos de las medidas cautelares hasta la actualidad, ingresando a un análisis de los contextos históricos y políticos que fueron modificándola, y su marco de evolución, hasta la actualidad.
2. Siempre con una mirada crítica, analizar las normas provinciales a la luz de los marcos normativos internacionales.
3. Analizar la utilización judicial de medidas cautelares en la provincia del Chubut.
4. Efectuar una propuesta de modificación del sistema de medidas cautelares que armonice con el espíritu de la ley procesal penal chubutense, en el marco de la legislación nacional e internacional, que rige en nuestro país.

Con este desarrollo, pretendo contribuir a resignificar los derechos y garantías de la ciudadanía chubutense, tendiendo al respeto absoluto hacia la libertad individual, pero sin desamparar a la sociedad frente al fenómeno del delito, instando a las autoridades provinciales que aborden la problemática de la inseguridad con respuesta preventivas que se adelante al problema, para no tener que resolver sus consecuencias dentro de una sala de audiencias.

Introducción

El presente trabajo tomó forma en mi cabeza a partir de las situaciones que he debido afrontar en el ejercicio de mi profesión como abogado, tanto en el ejercicio liberal de la misma como en el cargo de defensor público, que hace un tiempo ocupo.

Cuando me refiero a “situaciones que he debido afrontar”, en realidad debiera decir que “han padecido y padecen –en mucho casos- las personas que he asistido y asisto” a manos de un sistema penal, que en el afán de dar respuesta a la sociedad frente a la problemática criminal, pretende mostrar fuerza en sus “soluciones” utilizando las medidas cautelares, más precisamente la PP, encarcelando anticipadamente sin necesidad real de hacerlo.

Claro está que las medidas de coerción tienen un fin en sí mismas, y justamente no es dar solución a la cuestión criminal. Esto último forma parte de una solución macro y micro de diseño de políticas públicas criminales, tanto es en el aspecto de la prevención del delito, como en el modo de gestionar el conflicto penal una vez que el injusto se ha consumado.

Al referirme a las medidas de coerción, lo hago con una mirada al género del instrumento, porque es común a todas las especies de aquel, ser un fin en sí mismo, entendiendo que su propósito, propio de su naturaleza jurídica, es la de proteger el proceso, para que el sistema penal logre el objetivo de hacer justicia de forma adecuada, respetando el sistema de garantías que emerge de nuestro ordenamiento jurídico. Cuando ese fin se distorsiona, se afecta la lógica cautelar, como sucede habitualmente en los regímenes procesales inquisitivos, donde el sistema de prisión preventiva opera como una pena anticipada, quedando su eventual revocación a la mera posibilidad de que el

juicio, al permitir una mayor participación del imputado, cambiase la convicción del tribunal.

Esto fue ampliamente debatido en América Latina, logrando modificarse poco a poco, lo que se inició hace aproximadamente treinta años en los países del Cono Sur con las reformas procesales y de la justicia criminal. Ha sido un mecanismo de reforma que atravesó con diversa intensidad y grado a los distintos países del continente, orientado en general en la misma dirección: reemplazar los diferentes tipos de sistemas inquisitivos vigentes por modelos procesales de carácter acusatorio.

Lo manifestado es explicado con mucha precisión por Claudio FUENTES MAUREIRA, en un artículo publicado en el año 2010[1]. Señala el autor que desde los inicios de los años ’80 comenzó a visualizarse y discutirse acerca del excesivo uso de la prisión preventiva y lo prolongado de las mismas; avanzando en su explicación, señala que a mediados de la década del ’90 era prioritario modificar esta situación, “y fue uno de los grandes objetivos del movimiento de reformas procesales penales en el continente. Así, los códigos procesales penales reformados se preocuparon especialmente de regular la prisión preventiva de forma diversa a aquella descripta previamente, siendo los principios de la presunción de inocencia, excepcionalidad y proporcionalidad los grandes puntos cardinales que buscaban limitar el uso de esta institución en el contexto del nuevo predominio de los sistemas acusatorios”, en una misma línea con la Normativa Internacional que los países latinoamericanos habían suscripto, incluida la Argentina.

[1] **MAUREIRA, Claudio Fuentes. RÉGIMEN DE PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA: LA PENA ANTICIPADA, LA LÓGICACAUTELAR Y LA CONTRARREFORMA. Revista virtual Sistemas Judiciales. Editada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). UDP (Universidad Diego Portales) Facultad de Derecho. Chile. Año 2010.**

Coincidiendo con la mirada del autor, y analizando el contexto chubutense, hace 18 años la provincia implementó el sistema acusatorio adversarial, y aquel fue el norte de la reforma procesal.

Lamentablemente a la luz de la realidad y para el justiciable chubutense, aquel camino emprendido en el año 2006 con el sistema acusatorio, que dentro de su ideología procesal reformista pretendía, como uno de sus fines, evitar el uso generalizado, indiscriminado y punitivo de la prisión preventiva, ha sido degradado paulatinamente, cuya mejor muestra es la reciente reforma legislativa, que modificó el CPPCh, mediante la Ley XV N° 39 (Publicada en el B.O. el jueves 6 de junio de 2024).

Puedo afirmar que la situación en torno a la regulación y al uso de la prisión preventiva ha tomado nuevamente el sentido que la reforma pretendió evitar, endureciendo y facilitando, en la actualidad la procedencia de esta medida, idea apañada en el seno del actual gobierno de Chubut.

Esto no es casual. El contexto político latinoamericano de los últimos 20 años, en sus vaivenes entre la derecha y el progresismo, muestra líderes políticos que apelan a usar el populismo punitivo, como estandarte para ganar electores. Sin embargo, no es una estrategia única de la política ni confinada a las elecciones. Los medios juegan un rol importante al crear un ambiente en el cual los líderes a lo largo del espectro político se benefician del uso desmedido de la PP.

Lo que en la realidad se advierte y puede observarse, es la irrebatible "**carencia de ideas para una efectiva prevención del delito**", como diseño básico de las Políticas Públicas Criminales. A estas ausencias, se suma la falta de políticas públicas serias, que solo han profundizado la problemática social

(educativas y laborales entre las más importantes) tornándolas aún más severas, que reflejan un alto grado de violencia social, sobre todo en las grandes urbes, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, donde en forma más frecuente las conductas de los perpetradores son cada vez más virulentas, o como ha sucedido en torno al crecimiento exponencial de los delitos de violencia de género (en su amplia concepción), sea que esto provenga de su actual y concreta visibilización, a la par de la falta de prevención.

Luego, aquellas tensiones pretenden ser solapadas con el dictado de prisiones preventivas, que más de las veces actúan como un adelanto de pena, frente al malestar social, y no como un elemento proveniente de la lógica cautelar, para que el proceso penal resuelva el conflicto penal con una sentencia adecuada y que pueda ser cumplida por el ofensor.

Volviendo sobre el punto, es necesario visibilizar el actual regreso predominante al que originalmente se pretendía evitar, y como se materializa esta intención de masificar su utilización.

Pero este análisis, lo que sí me permite y así lo pretendo, es examinar las causas y las herramientas legislativas destinadas a facilitar en la actualidad la utilización de esta medida, sobre todo desde el elemento más crítico y volátil que es el Peligro de Fuga como llave de ingreso para imponer medidas restrictivas anticipadas de la libertad, debilitando claramente el Estado de Inocencia de los sujetos de derecho.

PRIMERA PARTE

*I. <u>Haciendo Memoria</u>**

Es adecuado explicar que la piedra basal para el análisis de la PP, debe partir desde las garantías, y en este sentido, desde una que asegura al hombre en su integridad como tal, ya que es inherente al él, a su condición de tal, que es su "condición de inocente", y que el Estado no puede vulnerar sin prueba que derribe tal presunción, prueba que deberá ser sometida a la confrontación y refutación por parte de la Defensa, y luego el deber de un juez de motivar, conforme aquellas, la propia convicción en caso de condena.

Existe una estrecha vinculación entre la "presunción de inocencia" y la "PP". La primera es la forma de tutelar la seguridad y la libertad de los ciudadanos frente al arbitrio punitivista del Estado, puesto que si la inocencia de los individuos no está protegida, es obvio que tampoco lo está su libertad.

La otra cara de la moneda es la PP, a veces prohibida, a veces señalada como necesaria, y otras adquiriendo una centralidad manifiesta, y todo ello es el devenir del corrimiento de los límites teóricos y normativos que ha sufrido y sufre el Estado de Inocencia.

Explica FERRAJOLI, que en la Roma de dC o también denominado El Bajo Imperio, luego de acuerdos y desacuerdos, se llegó a la prohibición de la PP[2].

Un claro ejemplo surge del Código Teodosiano, que se redactó entre el año 429 y el año 438 dC, y que en el 9.2.3 estipula "***Nadie debería ser enviado a prisión antes de ser condenado***" (Nullus in carcerem, priusquam

---

***<u>NOTA DEL AUTOR</u>: La parte histórica del presente trabajo está basada e inspirada en el libro DERECHO Y RAZON. Teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli.**

[2] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 38. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Apartado 2 Viscitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional. Página 551.**

convincatur, omnino vinciatur)[3]. Esta postura normativa se mantuvo, con muy pocas variantes en la Roma Imperial post muerte de Cristo, y para brindar otra referencia citaré una máxima de Ulpiano, que señala **"**La prisión debería usarse para contener a las personas, no para castigarlas" (Carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet) (el resaltado me pertenece), y que según el maestro italiano, la misma era en clara alusión a la PP.

En un mismo sentido, y siempre ponderando lo que hoy denominamos el Estado de Inocencia, en el Iudiciis Publicis de Saturnino, encontramos la siguiente máxima: "***Si es declarado culpable, hasta que sea pronunciado, deberá ser puesto en caución pública***" (Si confesus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coinciendus est)[4], dirigido ello a los reos confesos antes de la sentencia.

Va de suyo que en la rica historia jurídica romana de aquellas épocas, se legisló contra la dilación de los tiempos procesales, pretendiendo que su duración fuere lo más breve posible, lo que tenía conexión con la prohibición de prisionización durante el proceso. De ello da cuenta, por ejemplo, una Constitución de Constantino del año 320 dC, que además había establecido que el proceso debía realizarse inmediatamente después de exhibido el imputado, y había prohibición que a éste, en espera de juicio, le fueran aplicados cepos y la detención en lugares oscuros o insalubres: "***pero toda la exposición no debe enviarse con mangas de hierro y pegada a los huesos***" (intera vero exhibitio non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti

[3] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 38. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Apartado 2 Viscitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional. Página 551. Nota 28 del Autor. Página 628**

[4] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 38. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Apartado 2 Viscitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional. Página 551. Nota 28 del Autor. Página 628**

oportet)[5] … "***Tampoco se adjunta el asiento de la oscuridad íntima de las deudas, sino el uso de la luz de la vegetación y, donde la noche la custodia del vestíbulo de la prisión y los lugares saludables***" (Nec vero sedes intimae tenebras pati debit inclusus, sed usurpata luce vegetari et, nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi)[6].

La misma idea, está plasmada en una Constitución de Justiniano, quien en el año 529 dC (CI 9.4.6), previó una suerte de habeas corpus, estableciendo la prohibición de encarcelar sin mandamiento judicial y la posibilidad de libertad condicional mediante fiadores, así como la duración máxima de la PP en seis meses, salvo casos de gravísimos indicios de culpabilidad.

Huelga resaltar que las ideas romanas acerca de la libertad durante el proceso, y consecuentemente el Estado de Inocencia, perecieron en el año 476 dC (aunque no definitivamente) con la caída del Imperio Romano de Occidente y la llegada de la Edad Media, que se inicia aproximadamente en ese mismo año.

La Edad Media fue tierra fértil para el desarrollo del proceso inquisitivo, sobre todo de la mano de la Iglesia Católica. Siempre siguiendo al Jurista de Florencia, puedo señalar que ese proceso, en su estructura más primigenia, se basó en la disponibilidad del cuerpo del acusado, quien era el medio para obtener la confesión "por medio de la tortura" (per tormenta)[7], cuyas fuentes en

---

[5] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 38. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Apartado 2 Viscitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional. Página 551. Nota 28 del Autor. Página 628**

[6] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 38. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Apartado 2 Viscitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional. Página 551. Nota 28 del Autor. Página 628**

[7] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 38. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Apartado 2 Viscitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional. Página 55 y Nota 29 del Autor. Página 628**

este sentido, indica el autor citado, son variados autores italianos como MANZINI, FIORELLI, AMATO, GREVI, entre otros.

Así también lo explica Julio MAIER, quien refiere que los sistemas inquisitivos, de donde se deriva la PP con una finalidad punitiva, se remontan a cientos de años. Más precisamente, la inquisición católica ha sido un canal de transmisión de esas prácticas. Señala el autor, que "***La confesión era un fin del procedimiento –'el precio de la victoria'– así como la sanción representaba a la penitencia, y, por ende, cualquier medio útil para obtenerla se reputaba legítimo: la prisión, el ayuno obligado (…)"; "Por supuesto, la posición del inquirido fue trágica, pues perdió toda posibilidad de defenderse, toda facultad como sujeto del procedimiento, al reputarse de antemano con cierto temor de que él obstruyera la averiguación de la verdad, razón por la cual su prisión se transformó en una regla, y significó un método adecuado para la expiación***"[8] (el resaltado me pertenece).

Es claro que la idea del prisión cautelar del sistema inquisitivo se delineo sobre una idea diversa al concepto de medida extraordinaria, tal como fue concebida por los romanos y la pensamos aquellos que consideramos el derecho penal y el derecho procesal como de ultima ratio, o sea desde la libertad.

Siempre ha existido resistencia hacia las ideas que dotan de poder absoluto a los gobernantes, y que utilizan estos medios corrosivos contra el Estado de Derecho y la seguridad de los ciudadanos.

---

[8] MAIER, Julio, BJ, DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l., segunda edición 1996, Buenos Aires, páginas 291 y 292.

En dicho sentido, debemos remontarnos al año 1215, en las postrimerías de la Edad Media, donde hallamos la primera enunciación legal del principio de jurisdiccionalidad que nos lleva al principio de inocencia. En el Artículo 39 de la *Magna Charta* inglesa se establece que "***Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posesión de cualquiera otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un principio legal de sus iguales o por la ley del país***"[9].

Explica FERRAJOLI, que se trata de una formulación clásica, y que de ella se deriva en forma más o menos explícita, tres garantías: a) el Habeas Corpus, esto es la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos; b) la reserva de jurisdicción en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación y represión de delitos únicamente al 'juicio legal' de un sujeto imparcial e independiente; ***c) la presunción de inocencia, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un 'juicio legal' y antes de que este concluya*** (el resaltado me pertenece).

Sigue explicando el maestro Italiano que estas tres tesis: *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*, le dan forma al "principio de jurisdiccionalidad en sentido lato", a diferencia del "sentido estricto" del principio

[9] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 2. Jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta. Las garantías orgánicas y las garantías procesales. Página 539.**

antes definido, que lo conforman el conjunto de tesis indicadas como *"nullum iudicium sine accusatione, sine probatione y sine defensione"*[10].

Nótese, que la Charta Magna Inglesa, no fue un acto aislado y nutrió a pensadores de la Edad Moderna, quienes comenzaron alzar su voz contra la PP concebida por el sistema inquisitivo y a exponer su rechazo, como Thomas HOBBES, que en mitad del siglo XVII lo describió en su libro "Leviatán" (año 1651). Afirma el pensador inglés que la "***prisión provisional no es una pena sino un 'acto hostil' contra el ciudadano, como cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que va más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza***"[11] (el resaltado y subrayado me pertenece).

Es justo señalar que en la Francia de finales del Siglo XVIII, se iba imponiendo, poco a poco, una corriente crítica en torno al proceso y el derecho penal, que no sólo se debatía en los tribunales y la exigía un pueblo cada vez más agitado y participativo, sino que también iba dotándose de un importante cuerpo teórico o doctrinal a través de las obras de MONTESQUIEU, ROUSSEAU o VOLTAIRE. Es así que políticos, juristas o incluso literatos críticos con el Despotismo y de activa participación en la Francia revolucionaria, también mostraron su oposición al antiguo sistema penal, que creían obsoleto y muy severo, y propusieron nuevos principios en pro de una justicia más racional y humanitaria.

---

[10] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 2. Jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta. Las garantías orgánicas y las garantías procesales. Página 539.**

[11] **HOBBES, Thomas, LEVIATÁN. XXVIII, páginas 252 y 259.**

Es entonces que en el Siglo de la Ilustración, VOLTAIRE (François-Marie AROUET), también se refirió a la prisión cautelar diciendo "***la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos***"[12] (el resaltado me pertenece), y así también se expresaron otros grandes pensadores de la época como DIDEROT, FILANGIERI, CONDORCET, PAGANO, BENTHAM, CONSTANT, LAUZÉ di PERET y CARRARA.

Sin embargo, ha sido el italiano, el Marqués de BECCARIA, el que ha pasado a la historia por recoger y exponer, en una obra concisa y muy sencilla, "Dei delitti e delle pene" (1764), los principios fundamentales del iluminismo penal que sustentó la Escuela Clásica.

Cuando BECCARIA escribió su famoso tratado, las nuevas ideas en torno a la penalidad se estaban debatiendo vivamente en los ambientes intelectuales, así como en los tribunales, los cafés y las tertulias. Por eso, como él mismo afirmó en la introducción de su obra, su escrito no partía de la nada, sino que era tributario de importantes influencias previas, entre las que se encontraban las de VOLTAIRE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU o DIDEROT.

Siendo Cesare BECCARIA, el más importantes inspirador del movimiento de reforma del antiguo derecho penal continental, que como dije, era un derecho caracterizado en toda Europa, por su extrema crueldad, su arbitrariedad y su falta de racionalidad, también hizo escuchar su pensamiento en torno a la prisión cautelar al afirmar que "***siendo una especie de pena, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga***", y sigue diciendo "***la simple custodia de un ciudadano***

[12] **VOLTAIRE (François-Marie AROUET). PRIX DE LA JUSTICE ÉT DE L´HUMANITÈ. Publicado en Francia en 1777.**

hasta tanto sea declarado reo… debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda*", y "****no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos***"[13] (el resaltado me pertenece).

El vivo reflejo del pensamiento de BECCARIA y los Doctrinarios Ilustrados, se plasma legislativamente en el año 1776, particularmente en el Artículo 8 de la Constitución de Virgina: "***Que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por un juicio de sus iguales***"; unos pocos años después, en 1789, el 26 de agosto, la Asamblea Nacional Constituyente francesa aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En su Artículo 7 establece: "***Nadie puede ser acusado, arrestado o detenido más que en los determinados por la ley y según la forma que esta prescribe***", y el postulado más importante surge de su Artículo 9: "***Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable***"; lo mismo se replica en el año 1791, cuando Estados Unidos sanciona la **Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos**, abordando entre otras cuestiones el procedimiento penal. Aquella, que fue ratificada junto con otros nueve artículos como parte de la Carta de Derechos, establece: "***Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus bienes, sino después de un procedimiento legal***".

Sin embargo, puedo afirmar que ninguno de estos grandes pensadores, filósofos y juristas, llega a pedir en forma categórica la erradicación de la PP, y en general todos se inclinan por señalarla como si se tratara de una "injusticia

[13] **BECCARIA, Cesare. DE LOS DELITOS Y LAS PENAS. Cit. XIX. Página 60-61. Publicado en Italia en el año 1764.**

necesaria", como sí sin la PP, fuere imposible proteger el derecho y la sociedad.

BECCARIA, la justificó "necesaria" para prevenir el "peligro de fuga" o la "obstaculización de las pruebas", y la consideró "***una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito***" (el resaltado me pertenece); CARRARA, imbuido de las ideas liberales, se expidió en un sentido similar a BECCARIA, y consideró a la "custodia preventiva" únicamente "necesaria y breve", para el beneficio del procedimiento, y en algunos casos para impedir la fuga del imputado, o bien para proteger a este de los ataques del que pudiera ser víctima, y en favor de su defensa.

El pensamiento ilustrado y liberal, que escuetamente he transcripto en estas citas, resulta un pilar imprescindible para la comprensión de la vasta reforma que se produjo durante el Siglo XVIII, inspirada en las ideas de autonomía, emancipación y lucha contra el despotismo.

Como puede advertirse, la época de la Ilustración provocó cambios significativos en torno al principio de inocencia, que generan una resistencia hacia la prisión cautelar, y que ponen en crisis aquellas metodologías inquisitivas, como por ejemplo "el imputado como objeto de la investigación", "la presunción de culpabilidad fundado en que el reo era socialmente peligroso", y en consecuencia buscan dejar de lado la privación de la libertad durante el proceso como medio de protección social.

Pero como señala FERRAJOLI, en "Derecho y razón", todo el pensamiento liberal clásico, luego en nombre de la "necesidades", sea por el peligro de fuga, el de obstaculización, la gravedad del delito, la necesidad de

prevención, sean peligros procesales o de naturaleza penal, terminaron por justificar a la prisión provisional.

Es por ello, que el autor de Florencia concluye que: "***La consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a 'estrictas necesidades' sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida 'procesal', o 'cautelar', y, en consecuencia, 'no penal', en lugar de una ilegitima pena sin juicio***"[14] (el resaltado y subrayado me pertenece)**.**

Derivado de la laxitud mostrada por los doctrinarios del Iluminismo Liberal, en torno en la postura rupturista hacia la PP, desde fines del Siglo XIX en adelante, el sistema inquisitivo redobló sus ataques al principio de inocencia, a

[14] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 38 Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Apartado 2. Vicisitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional. Página 553.** R

la par de acrecentar la cultura autoritaria del derecho penal, y con ello se fue dejando de lado la centralidad del juicio previo, basado en pruebas, como condición única para determinar la pérdida de la libertad de una persona, ganando espacio en todo esto, la prisión preventiva, que se consolidó en todos los ordenamientos normativos europeos, y extendiéndose en la práctica.

En términos históricos, ha sido la Escuela Positiva italiana, de la mano de Raffaele GAROFALO y Enrico FERRI, quienes asestaron los más duros ataques a la presunción de inocencia, considerándola "vacía", "absurda" e "ilógica".

GAROFALO pretendía que la PP sea obligatoria y generalizada para los delitos graves, manifestando sin ningún reparo que "***A los que repiten la consabida, vacía y absurda frase de la presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva, respondo que muchas veces el juicio se anticipa y la condena se pronuncia por el Tribunal de la opinión pública***" (el resaltado me pertenece). Su pensamiento era radical, y argumentaba la necesidad de la PP, en pos de la protección de la sociedad, para en realidad encubrir una pena anticipada, y recomendaba la máxima extensión a la medida coercitiva, y la mayor restricción posible a la libertad provisional, la que solo podría lograrse, bajo fianza.

Por su parte FERRI, quien no era tan escéptico con la PP, sostenía una idea de justicia sumarial más allá de las pruebas sobre la responsabilidad penal del encartado. Su modelo de justicia no suprimía el principio de inocencia, pero sí lo calificaba de "ilógico y absurdo" cuando aquel alcanzaba el carácter de "absoluto e indiscriminado". Para el positivista italiano, cuya postura se enraizaba en ideas antropológicas y estadísticas, que le permitirían determinar

que algunas personas podrían aparecer como culpables, era coherente sostener aquel rechazo.

Aquellas ideas expresamente inquisitivas, que pusieron en crisis el principio de inocencia como contrapeso de la PP, están directamente relacionadas con los regímenes totalitarios nacidos luego de la Primera Gran Guerra, donde tomaron mayor fuerza.

Lo que muestra la historia jurídica, es que en los años `20, con el arribo al escenario político europeo de los sistemas nacionalistas, caracterizados por sus rasgos autoritarios, dictatoriales, invasivos, persecutorios, arbitrarios y antisemitas en sus legislaciones penales y procesales penales, se desbastaron las libertades individuales, la seguridad jurídica, y enterraron vivo al principio de inocencia.

Un claro ejemplo, por su influencia en el derecho, fue el fascismo que rigió en Italia, bajo los dogmas de autoritarismo, de superioridad del Estado sobre el individuo, y con el objeto de mantener el poder político a través de una propaganda política abarcadora y disimulada, divulgada a través de los medios de comunicación controlados por el Estado, ya no hubo freno para el uso y abuso de la PP.

Entonces la PP asumió la forma de una verdadera medida de prevención social contra los peligrosos y los sospechosos. Tengamos en cuenta, que los individuos eran perseguidos si no respondían a ese Estado: por la posible comisión de un delito, por su raza, su religión o sus ideas, que podían llevarlo al cadalso sin pruebas de culpabilidad, solo por aquello, y mantenerlo prisionizado cautelarmente, con el solo pretexto de ser necesaria para la

defensa social y acallar alguna alarma pública. Se trataba claramente de una pena anticipada.

En dicho sentido puedo decir, que el golpe de gracia al Estado de Inocencia viene de la mano de Vincenzo MANZINI, quien sostuvo que "***la susodicha presunción de inocencia no es justificable ni siquiera como correlativa de la obligación de probar la acusación… desde el momento en que la acusación misma está ya probada en parte por los indicios que determinan la imputación***" (el resaltado me pertenece), apoyando su pensamiento en que, la experiencia le había mostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables.

Estas atrocidades contra la libertad de los ciudadanos no condenados, en 1930, son plasmadas en el Códice ROCCO. En él se rechaza "***de plano la absurda presunción de inocencia que algunos querrían reconocer al imputado****", calificándola de "****una extravagancia derivada de antiguos conceptos, nacidos de la Revolución Francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos***".

En América del Sur, Argentina y Brasil, por ejemplo, no fueron la excepción a aquellas ideas.

A fines del siglo XIX se codificó el derecho penal en la Argentina con el propósito de brindar mayor seguridad jurídica, y también en materia procesal, particularmente la PP, a la que se dotó de un gran alcance en su procedencia, afectando de forma grave al imputado durante el proceso. Esto ilustra las dificultades que tuvieron las autoridades políticas para encontrar un equilibrio entre la protección de la libertad individual y la preservación de la seguridad pública. A pesar de lo lesiva que era esta medida cautelar no se dictaron

políticas públicas tendientes a restringir su uso, así que la prisión preventiva gozó de amplia legitimidad en las elites políticas.

A su vez, Brasil fue uno de los países que más sufrió las nefastas influencias del autoritarismo penal, como por ejemplo el Decreto-Ley Nº 2.848 del 7 de diciembre de 1940 (Código Penal); el Decreto-Ley Nº 3.688, del 3 de octubre de 1941 (Ley de Contravenciones Penales), y el Decreto-Ley Nº 3.689 también del 3 de octubre de 1941 (Código Procesal Penal), legislaciones elaboradas directamente por el Presidente de la República Getúlio VARGAS luego del cierre del Congreso Nacional, estableciendo una dictadura.

Por último veamos, que de a poco fueron retrocediendo las nefastas ideas inquisitivas y autoritarias. La post guerra iluminó al mundo de las atrocidades de los totalitaristas, y ello permitió volver a mirar al hombre como sujeto de derecho y la necesidad de proteger la libertad del ciudadano, de los embates de aquellas ideas, y será 1948 un punto de inflexión, en cuanto a la revalorización de los derechos humanos.

Representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, elaboran la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, proclamada el 10 de diciembre de aquel año por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, como un ideal común para todos los pueblos y naciones. En su Artículo 11 se estipula "***que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad***".

En ese mismo año, 1948, en Bogotá, la Organización de los Estados Americanos (OEA), signaba la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, aprobada por la IX Conferencia

Internacional Americana, que en su Artículo 26, expresa "***que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable***".

Sin embargo, América Latina, siempre convulsionada tuvo que transitar muchos años de gobiernos dictatoriales, que si algo hicieron fue mellar la libertad de los individuos, que se refleja procesal y penalmente hablando, en el menoscabo al principio de inocencia como núcleo, hasta casi desbancarlo, aunque muy a pesar de esos gobiernos, los organismos de derechos humanos, sobre toda en Argentina jamás bajaron sus brazos, y resistieron.

En relación a esto último debo recalcar que en noviembre del año 1969, se dicta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, que en su Artículo 8.2, dispone que "***toda persona inculpada de delito tenga derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad***".

He de destacar, que no ha sido fácil la lucha en América Latina.

En ese sentido debo recordar, como lo hice en la introducción, que es recién a fines de los años `80, que en América Latina se empezó a discutir las reformas procesales, lo cual es coincidente con el decaimiento del poderío de los gobiernos de facto, y esas reformas que llegaron a fines de 1990, los sistemas acusatorios ganaron espacio, con la consabidas limitaciones que estos imponen a las prisiones preventivas.

Actualmente, ante la vuelta de políticas de extrema derecha, como sucede en algunos países republicanos como los Estados Unidos, Argentina, Brasil (en su momento) y El Salvador de BUKELE, volvió a ser foco de estudio, entre los juristas del mundo, el Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal fascista practicados otrora en Italia. Por ello es necesario, recordar nuevamente

a FERRAJOLI, y afirmar que la PP, empieza a dejar de ser un instrumento exclusivamente procesal dirigido a necesidades estrictamente sumariales, para ser un instrumento de prevención y de defensa social, en buen romance, poco a poco, pasa a ser una *ilegítima pena sin juicio*.

Debo reconocer, como un ferviente creyente y practicante del Sistema Acusatorio, que quienes nos enrolamos en sus ideas, no hemos defendido de forma adecuada el principio de inocencia, y a lo largo de la historia se han perdido demasiadas batallas, pero estoy convencido, que no la guerra.

II. Nociones Generales

a. Estado de Inocencia y Presunción de Inocencia. Mi Postura

En una misma línea de pensamiento con los apartados que anteceden, a fin de delinear las nociones generales, principiaré estableciendo, que las medidas precautorias contra la libertad en el proceso penal, se encuentran en una tensión permanente con la presunción de inocencia.

Si bien es común a todos los autores, desde la ilustración en adelante y hasta los actuales, hablar de la inocencia como una presunción, yo me siento más conforme con hablar de aquella, en un inicio como un Estado, puesto que es la libertad ambulatoria del hombre, la que a mi modo de ver, define su inocencia.

No es mi intención contrariar a grandes pensadores de los que he estudiado, sino manifestar que es lo que he aprendido de ellos, y porque sostengo esto.

Ante todo, "**los sujetos de derecho –en el sentido más abarcativo de la expresión- somos libres por definición**". El ser humano, es un ser libre, que al conformar las sociedades o comunidades -sobre todo las modernas-,

justamente para lograr una vida comunitaria en armonía, es que ha regulado los alcances de esa libertad como de otros derechos, pero no con el fin de limitarla, sino más de bien de ordenarla, y a raíz de aquellos, se establecen las garantías para un real goce. En este sentido puedo referenciar que ***"los derechos del hombre son primarios porque emergen de la capacidad natural de la criatura humana; son inviolables porque su idea es indiscernible de la justicia y del interés que la sociedad tiene en que se ejerciten normalmente; son inalienables, porque el hombre no puede desprenderse de su condición de hombre, son imprescriptibles, porque el hombre no puede ni renegar de ellos ni abdicar de ellos, ni perderlos, ni recibirlos porque son de otra naturaleza y constituyen su esencia como ser humano; y, son finalmente, innatos, porque nacen con el individuo y terminan con el individuo"***[15].

Previamente y para continuar, debo echar mano a nuestra CN.

De ella surgen las garantías constitucionales, definidas como aquellos instrumentos, que la piedra basal Nacional, pone a nuestra disposición, la de los habitantes, para sostener, defender y ejercer nuestros derechos frente al Estado y a otros individuos; por otro lado las garantías procesales, serían "**las herramientas o procedimientos de seguridad, creados a favor del ciudadano, para que disponga de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos**".

Por el momento, lo que importa son las garantías constitucionales.

En dicho sentido, parto desde el Artículo 14 CN, el que garantiza la *libertad ambulatoria* de los ciudadanos, cuando dice: "***todos los habitantes de***

[15] **ABALOS, Raúl Washington, Derecho Procesal Penal, 1993. Ediciones Jurídicas de Cuyo, T: I, página 136**

la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ...; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; ...", y para sustentar mi visión, lo hago en un voto del Ministro MOLINÉ O'CONNOR en la causa "**URIZAR, Miguel Indalecio**"[16], donde aquel expuso que 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 artículo 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***" (el resaltado me pertenece). Es fácil de comprender lo dicho por Ministro. Para gozar de libertad, el ciudadano, como su correlato, debe gozar de un Estado de Inocencia, más que presumir la misma. Esa presunción, más bien es procesal.

Sentadas las bases, podemos explicar las diferencias entre Estado Jurídico y una Presunción. Estado Jurídico, *es un Estado, es una forma de estar frente a algo, y en este caso, lo podemos comprender como una forma de estar frente al Derecho, como una determinada posición que, en esta situación concreta, el ciudadano se va localizar en relación al Derecho en general y al proceso penal en particular, el cual le permitirá revestir la calidad de inocente y deberá ser tratado como tal*. Por el contrario una "Presunción", la que jurídicamente hablando, es una creación de la ley, que tiene una función determinante en el proceder o actuación de los operadores jurídicos. El legislador al crear estas ficciones legales, en términos generales, ha

[16] **Fallos: 320:212**

determinado que algunas “no admiten prueba en contrario –*iure et iure*-”, y otras que “si admiten probar en su contra -iuris tantum-”[17].

Entonces, partimos de la Libertad del ciudadano, y su correlato el Estado de Inocencia. Comparto con Agustín MARQUEZ, que es correcto hablar de un Estado Jurídico de Inocencia, porque este, no es una construcción que deba crear el imputado, es decir, no debe construir su inocencia, le viene reconocida, y que Francisco D´ALBORA, aclara “***… la persona sometida a proceso disfruta de un Estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer el acusador***”[18] (el resaltado me pertenece).

Mi postura difiere un poco, de la expresada por Agustín MARQUEZ en el artículo comentado y que sustenta en el maestro D´ALBORA –entre otros, y es más coincidente con la que expresa la CPCh.

En la Parte Primera, del Título I, de la Sección III “GARANTÍAS”, la carta magna provincial, establece en su “***Artículo 43: Toda persona goza del estado de inocencia mientras no sea declarada culpable por sentencia firme***”, posición que difiere de la asumida por el legislador provincial en el Artículo 7 del CPPCh.

De acuerdo a todo ello, cuando a un sujeto se le imputa la comisión o realización de un injusto penal, y es sometido a un proceso penal, entonces su Estado de Inocencia, su posición jurídica frente al derecho, se debilita. Es a partir de ello, de ser imputado, que al Estado de Inocencia “se presume”, admitiendo prueba en contrario, prueba que deberá aportar el MPF, para derruirlo. Esa prueba, debe ser de tamaña potencia para lograr certeza

[17] MÁRQUEZ, Agustín T. ESTADO JURÍDICO DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL Rigorismo dogmático vs Laxitud pragmática. Pensamiento Penal. Doctrina 49678. Marzo de 2021.

[18] D´ALBORA, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado y concordado”, p. 23, citado por CÚNEO LIBARONA, Mariano, “Procedimiento penal. Garantías constitucionales en un Estado De Derecho”, Ed. LA LEY, 2012, Buenos Aires, p. 632.

positiva, que genere el convencimiento en un juez, de que esa persona es la responsable de la comisión de ese delito, y por tanto declararlo culpable.

Solo a partir de declarar la culpabilidad, la responsabilidad penal del sujeto, y una vez firme el pronunciamiento, el juez puede decretar el encarcelamiento punitivo de aquel. Esta es mi interpretación del Artículo 18 de la CN.

A los fines expositivos, debo aclarar el alcance constitucional de la presunción de inocencia.

Mientras el proceso penal se desarrolla, la CN, impide "tratar como culpable" a la persona a quien se le atribuye aquel hecho punible, no importando el grado de verisimilitud de la imputación, y ello hasta tanto el Poder Judicial, no se expida sobre la responsabilidad penal "imputado" o "acusado"[19], y al hacerlo determine su culpabilidad, situación que se mantiene hasta la firmeza de la sentencia.

b. La Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva

Para continuar en las ideas, debo indicar que el posicionamiento asumido en el punto que antecede, esto es la diferenciación entre Estado de Inocencia y Presunción de Inocencia, surge del entendimiento de los orígenes del postulado.

Como podrá observarse, al momento de graficar la evolución histórica de la PP, aquella, era la mirada desde la Roma de dC y hasta la Edad Media, y no se hablaba de presumir la inocencia de los habitantes de la época. Por el

[19] En el caso y a lo largo del presente los términos "imputado" y "acusado" se utilizan como sinónimos, haciendo referencia a una persona que está sometida a un proceso penal.

contrario, como expresamente lo estipuló la Charta Magna Inglesa del año 1215, la inocencia, como tal, era la posición jurídica del sujeto frente al Estado.

La presunción de inocencia y su explicación, surge con los Iluminados, quienes le brindan cierto grado de necesidad al encarcelamiento cautelar, y que luego se consolida como ley en las convenciones y tratados internacionales, al culminar la Segunda Guerra Mundial.

Puedo afirmar que la PP es un instituto problemático, que plantea un contrapunto particularmente conflictivo con la presunción de inocencia, como lo demuestra la explícita referencia hecha en el fallo "URIZAR"[20], que describe y la define. Igualmente y aunque la presunción de inocencia no tiene como fin impedir en forma absoluta el uso de la coerción estatal durante el desarrollo del proceso, ciertamente opera como principio rector de los límites de las medidas coercitivas que pueden ser ejercidas contra el imputado.

Así también lo señala Diego DEI VECCHI, amplia el horizonte al comparar la actualidad del instituto con las ideas de los "iluministas", sin encontrar tan grandes diferencias. Es claro como lo explica aquel, que los límites estarían dados por la finalidad del encarcelamiento sin condena: "***neutralizar peligros procesales imposibles de tutelar por otros medios***"[21]. En este sentido, surge sin ingresar en cuestionamiento alguno que, esa finalidad, es la que marca el límite entre la reglamentación de los derechos constitucionales a la libertad durante el proceso y a la presunción de inocencia, y su violación.

---

[20] **Urizar, Miguel Indalecio s/ estafas reiteradas - Causa n° 68.283. SENTENCIA27 de Febrero de 1997. Nro. Interno: U18XXXII. T. 320, P. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Magistrados: MAYORIA: NAZARENO - BELLUSCIO - PETRACCHI - BOGGIANO - LOPEZ - BOSSERT - VAZQUEZ DISIDENCIA: MOLINE O'CONNOR - ABSTENCION: FAYT. Id SAIJ: FA97000040**

[21] **DEI VECCHI, Diego. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. Revista de Derecho (VALDIVIA) VOLUMEN XXVI - Nº 2, página 196, y Nota 25 del Autor página 196: cit. Pessoa, N. R., "En torno a la libertad durante el proceso penal", en Revista de Derecho Procesal Penal, excarcelación, 2005, 57-68, p. 60, página**

Lo que si puede señalarse es que en la actualidad, la diferencia radica, en comparación con la concepción de los “iluministas”, en la utilización del concepto de medida cautelar traída del derecho procesal civil.

Como tales, son medidas provisorias e instrumentales, carecen de fines en sí mismas, y su aplicación subordinada a la corroboración de dos clases de circunstancias fácticas:

1. el *fumus bonis iuris*: apariencia de buen derecho, que es el juicio de probabilidad de que aquella hipótesis en cuyo favor la medida se dispone, sea acogida en la decisión final;

2. el *periculum in mora*: la probabilidad de frustración del derecho implicado en esa hipótesis de no ser aplicada la cautelar.

Al tener, la naturaleza de una medida cautelar, se sostiene que la prisión preventiva comparte los caracteres de toda medida del género, tales como:

· ***el de instrumentalidad****: en el sentido de ser instrumentales al proceso, a su vez instrumento de aplicación de la ley*;

· ***el de excepcionalidad****: en el sentido de ser la medida del último recurso a aplicar, de ultima ratio o de indispensabilidad*;

· ***el de legalidad****: la coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico, limitando la discrecionalidad judicial*;

· ***el de jurisdiccionalidad****: la coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico aplicadas por un juez y evitando el encarcelamiento mediante mecanismos legales automáticos*.

De acuerdo a estos requisitos, la aplicación de la medida coercitiva, en cada caso concreto, solo puede surgir de una decisión judicial, en la que se establezcan los hechos en que se afinca, la norma que admite tal comportamiento judicial y las condiciones al que se supedita el encarcelamiento.

Va de suyo, que desde la lógica cautelar coercitiva, en cada caso, requiere condiciones normativas y sustento probatorio para la para la aplicación de la prisión preventiva, las que serían:

1. ***el fumus commissi delicti***, correlativa al *fumus boni iuris* del derecho procesal civil: la comisión de un delito y la participación del imputado en él, y la existencia de un determinado caudal probatorio en favor de esa hipótesis acusatoria;

2. ***el periculum libertatis****,* la correlativa al *periculum in mora* del derecho procesal civil: que es el peligro de que el acusado ejecute una acción que frustre dichos fines en caso de ser dejado en libertad, o sea la probabilidad de frustración de los fines del proceso como contra fáctico del estado de libertad del acusado;

3. ***la necesariedad***, el ser imprescindible la prisión para evitar la frustración de los fines procesales, o sea el hecho de ser la prisión preventiva condición necesaria de la neutralización de dicho peligro procesal.

Entonces, puede afirmarse, que la justificación de la premisa normativa de toda decisión judicial que aplique la prisión preventiva así concebida, quedará ligada a la justificación de la concepción cautelar en sí misma, y deberá dar

cuenta de por qué está justificado encarcelar durante el proceso en esas circunstancias[22].

III. <u>Función de la Prisión Preventiva</u>

En el apartado que antecede, de algún modo se han adelantado conceptos relativos al funcionamiento de la PP. Sin perjuicio de ello, abordaré el punto y darle mayor profundidad.

La PP es la medida cautelar más grave e intensa del proceso penal, en tanto importa la coactiva privación de la libertad personal del imputado, siendo MAIER, quien lo explica con mayor precisión al señalar que "***Toda medida de coerción,…, representa una intervención del Estado –la más rigurosa- en el ámbito de la libertad jurídica del hombre, fundamentalmente las que son utilizadas durante el procedimiento, pues ellas son aplicables a un individuo a quien, por imposición jurídica, se debe considerar inocente. Por ello, con razón, se expresa que cualquier medida de coerción conculca, por definición, alguno de los derechos fundamentales reconocidos al hombre por la Constitución***"[23] (el resaltado me pertenece).

Claro está, que posee un fundamento constitucional difuso, pero vinculado con la necesidad de asegurar la realización del derecho penal material.

A su vez y sin duda alguna, la regla general es el derecho a libertad del sujeto imputado durante el desarrollo del proceso penal.

---

[22] DEI VECCHI, Diego. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. Revista de Derecho (VALDIVIA) VOLUMEN XXVI - Nº 2, páginas 196-199

[23] MAIER, Julio BJ, DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, Fundamentos, Editorial ADHOC, Primera Edición2016, Buenos Aires, páginas 485, Cit. 108 Cf. ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 29, A y B, pp 202 y siguiente.

La estructura actual, procesalmente hablando, de la PP, no ha variado demasiado de los conceptos vertidos por CARRARA en el siglo XIX. El autor justificaba la PP afirmando que, ésta, era un medio "***para constituir el proceso escrito… para alcanzar la verdad… por la seguridad… para asegurar la pena***"[24].

Básicamente la admitía como una necesidad del procedimiento, pero temporalmente brevísima. Las necesidades a la que hacía referencia eran: 1. Necesidad de Justicia: para impedir la fuga del reo; 2. Necesidad de verdad: para impedir entorpecer las investigaciones criminales, sin que se destruyan evidencias o se produzca la intimidación de testigos; 3. Necesidad de la Defensa Pública: para evitar que se siga cometiendo ilícitos por parte sujetos sometidos a proceso[25].

Sin embargo, como señalé en la parte histórica del presente trabajo, cuando el fascismo, de la mano con el positivismo italiano, se apoderó del derecho penal y procesal penal, la PP que respondía a un fin protectorio del proceso penal, extendió sus límites.

Esos, nuevos horizontes tenían como sustento, por un lado la peligrosidad del delincuente, y en ese sentido se llegó hablar de características biológicas del individuo, además de la reiterancia, para encarcelar a los sujetos en conflicto con la ley penal.

Por otro lado, lo que se valoraba era la gravedad del delito y la repercusión social, y su paradigma la protección de la sociedad frente al delincuente.

---

[24] CARRARA, Francesco; Inmoralità del carcere preventivo. 1872. Páginas 401-402.

[25] CARRARA, Francesco; Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale. 1859. Páginas 161-162.

Lógicamente, estos conceptos se daban de bruces con la presunción de inocencia, la que se deja de lado, siendo la lógica, la presunción de culpabilidad. Consecuente con ello, surgen en los Códigos Procesales los delitos "inexcarcelables". Resulta evidente, que para la Escuela Positivista que lidera el pensamiento de época, las medidas de coerción fueron la regla.

En nuestro país existen claros ejemplos de ello, y surgen del más Alto Tribunal Nacional. Para citar algunos, me referir al "TODRES"[26]. La Corte indicó que "**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 solo 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. 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**".

La CSJN, repitió la tesis en "**GOTELLI, Luis"**[27]. Los Ministros BOGGIANO y NAZARENO sentenciaron: "**… el Tribunal ha reconocido también la raigambre constitucional de la prisión preventiva, necesario presupuesto del instituto de la excarcelación, desde que el artículo 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 solo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves,**

[26] **Fallos: 280:297 (rta. 18-8-1971).**
[27] **Fallos: 316:1934 (7-9-1993).**

que no se siga delinquiendo 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)".

Lo que podemos advertir, es que la posición de la CSJN, no en forma expresa ni categórica, fue brindarle al instituto cautelar características propias de la pena, y la PP no posee los fines propios de la sanción punitiva, y por ello no puede ser utilizada como elemento de prevención general -para que el público no incurra en conductas delictuales-, ni especial -para que el transgresor no recaiga en comportamientos contrarios al Derecho Penal-, menos aún tenida en cuenta como retribución del delito cometido, ya que en la dialéctica del binomio presunción de inocencia y prisión preventiva, no puede hablarse de delito cometido, sino tan solo de sospecha de la comisión del delito.

El Derecho Procesal, concibe a la coerción sin que implique una *reacción ante nada*, sino que debe significar la protección de los fines del procedimiento, subordinados a la actuación de la ley sustantiva[28].

Por ello, la respuesta para cambiar la problemática vigente en la segunda parte del siglo XX, frente a la positivización de los derechos fundamentales – Estado de Inocencia y Libertad Ambulatoria- que producía un choque entre

[28] **MAIER, Julio BJ, DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, Fundamentos, Editorial ADHOC, Primera Edición2016, Buenos Aires, páginas 485.**

aquellos y la interpretación que a estos se les daba desde la justicia, las legislaturas y los ámbitos académicos, solo fue posible superar con las propuestas que se prohijaron en los proyectos de reformas procesales penales, dentro de las cuales estaba el sistema de medidas cautelares en torno a un paradigma distinto: *la lógica cautelar*.

Como lo explica FUENTES MAUREIRA[29], la lógica cautelar se basa en dos ideas.

La primera, es que el proceso penal pueda tener un desarrollo armónico, sin problemas, y que cumpla su finalidad de otorgar una solución judicial de calidad, emanando una sentencia que resuelva el conflicto.

A su vez es esperable que esa sentencia pueda ser ejecutada y cumplida por el condenado: "**… En este sentido, la lógica cautelar supone que para que el sistema judicial sea el mecanismo democrático por excelencia para resolver las contiendas de la sociedad, debe este alcanzar un umbral de eficiencia. Si el sistema no es eficiente desde este punto de vista (el hecho de llegar a producir una decisión judicial), pierde su legitimidad como mecanismo para resolver conflictos jurídicos y debemos "encontrar" otro sistema**" (el resaltado me pertenece).

El avance de la positivización de los Derechos Humanos, marca el segundo vector de ideas que rigen a la lógica cautelar, el que inexorablemente debe estar enraizado en sistemas procesales cuyo andamiaje, en palabras de BINDER, sea el sistema de garantías y el respeto innegociable de los derechos fundamentales del hombre consagrados en distintos tratados internacionales y aceptados democráticamente en el derecho interno: "**Desde esta perspectiva,**

[29] **MAUREIRA, Claudio Fuentes. RÉGIMEN DE PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA: LA PENA ANTICIPADA, LA LÓGICACAUTELAR Y LA CONTRAREFORMA. Revista virtual Sistemas Judiciales. Editada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). UDP (Universidad Diego Portales) Facultad de Derecho. Chile. Año 2010. páginas 35 y 36.**

el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo constituyen límites mínimos que fuerzan al legislador a producir un sistema judicial que sea consistente con un uso de la prisión preventiva contrario a la idea de pena anticipada" (el resaltado me pertenece).

Con el escenario reformista acusatorio en marcha, y estas ideas como su sustento, la lógica cautelar, requirió de mecanismos que sean su consecuencia, y que en caso de tener que decidir la aplicación de una medida restrictiva de la libertad durante el proceso, fuese consistente con el respeto a las garantías y los derechos humanos.

Estos mecanismos implicaron reglas. La primera de ellas es que el imputado fuera **presumido inocente** (XXVI primera parte DADDHH[30]; 8.2 de la CADH[31]; 14.2 del PIDCP[32]; 11.1 DUDH[33]; 6° apartado 2° de la CEDH[34]; 48.1 de la CDFU[35]; 18 CN[36]; 43 CPCh[37]): "**Por tal motivo cualquier medida cautelar suponía una restricción de derechos respecto de alguien que en principio no tenía una asignación de responsabilidad penal, por lo que dicha medida a imponer debía ser excepcional y proporcional (ya que debía ser tratado como inocente y no se trataba de un castigo anticipado). Por lo mismo, se hacía necesario contar con dos elementos básicos para decretar cualquier medida cautelar en este nuevo paradigma: una**

[30] **Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable**

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

[32] **Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.**

[33] **Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.**

[34] **Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.**

[35] **Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.**

[36] **Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso**

[37] **Toda persona goza del estado de inocencia mientras no sea declarada culpable por sentencia firme.**

expectativa razonable de que hay un proceso con posibilidades de avanzar y lograr producir una sentencia (Humo de buen derecho) y la existencia de peligros concretos y plausibles contra este fin; solo este cúmulo de argumentos era suficiente para alterar la regla general" (el resaltado me pertenece).

La segunda regla, está relacionada al motivo o peligro pertinente, consistente con la idea de proteger el desarrollo del proceso y la respuesta que este dé, para evitar volver a ser la regla general: "**La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria sino instrumental y cautelar; solo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva**"[38] (el resaltado me pertenece).

Por último, al ser aplicada una medida cautelar restrictiva de la libertad durante el proceso, esta debía ser proporcional al delito por el cual se imputaba. Desde esta perspectiva: "**responde solo a la aplicación estricta el criterio de proporcionalidad…, en tanto ellas no pueden ser más gravoso para el imputado que la propia pena que fije una sentencia eventual de condena**"[39] (el resaltado me pertenece).

Es plausible entender, que las aludidas *"necesidades cautelares"* que expresara CARRARA, tienen su correlato en la *"lógica cautelar"*, y todo ello en el la existencia de las medidas cautelares en general y de la PP en particular

[38] CAFFERATA NORES, citado en BOVINO, Alberto. Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, Cit., página 45.

[39] MAIER, Julio BJ, DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, Fundamentos, Editorial ADHOC, Primera Edición2016, Buenos Aires, páginas 498.

en el diseño procesal actual, y explica el aseguramiento racional y auténtico de la presunción de inocencia, sumado a principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la prisión preventiva, como toda excepción, está siempre sujeta a cumplir con estándares de razonabilidad, que de algún modo fuerzan que la PP no sea la regla.

De hecho, no parece cuestionable ni ponerse en duda que el imputado tiene un derecho constitucionalmente garantizado a transcurrir el proceso penal en libertad, lo cual no quita ver la realidad, la que nos muestra que, pese a los ingentes esfuerzos por no vulnerar las reglas de las *necesidades y lógica cautelar*, se deba estar permanentemente atacando el uso y abuso que se hace de la PP, tema que abordaré en el próximo acápite.

SEGUNDA PARTE

I. Los problemas actuales de la Prisión Preventiva

a. Las normas de la Prisión Preventiva en el CPPCh

La actualidad Argentina muestra que varias de las provincias y a nivel federal, poseen sistemas acusatorios con esta "lógica cautelar", tal fuera descripta.

Podría decir que se sostiene en ellos, la existencia de ciertas hipótesis en las que la PP se encuentra legitimada. Es el caso de la CPPCh de Provincia del Chubut.

A efectos de dar claridad transcribiré las normas pertinentes del CPPCh[40].

En primer lugar, el CPPCh establece los lineamientos generales de las medidas de coerción en dos normas centrales, a las que la Judicatura brinda poca entidad: ***"Artículo 212 -Principio general- Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza, en el marco de las previsiones constitucionales; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes"***;

"Artículo 213 -Finalidad y alcance de las medidas de coerción- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Nación, por los tratados celebrados por el Estado y por la Constitución de la Provincia, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación

[40] **CPPCh LEY XV– Nº 9 (Antes Ley 5.478). PRIMERA PARTE. PARTE GENERAL. LIBRO V: MEDIDAS DE COERCION Y CAUTELARES (arts. 212 a 238). TITULO I: MEDIDAS DE COERCIÓN (arts. 212 a 236). Fuente: Digesto jurídico. Consolidación de la Ley V N° 188 (Boletín Oficial del 9/1/2023 N° 14052 edición vespertina). Contiene como texto ordenado elaborado por la Dirección de Bibliotecas, Ley XV N° 39, modificatoria del Código Procesal Penal y Ley XV N° 38 modificatoria de la Ley de Juicio por Jurados**

de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.- Exigen una resolución judicial, serán autorizadas por decisión fundada y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación".

Como puede observarse, sin mayor esfuerzo, las dos normas transcriptas siguen la lógica cautelar antes explicada.

Luego, el legislador reguló la PP en particular: ***"Artículo 220 – Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión cuando median los siguientes presupuestos: 1) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él; 2) La existencia de una presunción razonable por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entorpecimiento).- Se considerará especialmente en los casos de imputados por hechos de violencia de género, que hayan violado una medida de protección dispuesta jurisdiccionalmente, la incidencia de tal comportamiento en los peligros procesales cautelados, en cuanto sea demostrativo de la falta de voluntad de someterse al proceso o de intentar influir sobre la víctima para entorpecer la investigación; 3) La existencia de circunstancias que permitan suponer fundadamente, que el imputado cometerá nuevos delitos. A tal fin, el Juez tendrá en consideración las pautas fijadas por el artículo 221.- Cuando el motivo en el que se funda la medida sea el entorpecimiento de la actividad procesal se fijará el plazo necesario para la realización de la prueba.- No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando se impute un hecho punible que no tenga prevista***

pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espere una pena privativa de libertad que deba ejecutarse.- En estos casos, sólo podrán ser aplicadas, bajo los mismos presupuestos, las medidas previstas en los incisos 3) a 7) del artículo 227.- Tampoco se aplicará la prisión preventiva en los delitos de acción privada y sólo excepcionalmente procede la prisión, a pedido del acusador, para hacer comparecer al imputado a las audiencias del juicio en las que sea necesaria su presencia, cuando él no comparezca a ellas y no designe apoderado, o cuando, ostensiblemente, obstaculice la determinación de la verdad; aún en estos casos, son preferibles las medidas alternativas antes nombradas- (Texto según Ley XV N° 39 B.O. 6/6/2024 N° 14391)".

Acto seguido, plasmó los dos peligros procesales que tiende a neutralizar con la PP: ***"Artículo 221 – Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: 1) Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; 2) La característica del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual; 4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. El juez ponderará especialmente el número de delitos que se le imputaren, el carácter de los mismos, la existencia de procesos pendientes, el hecho de encontrarse sujeto a***

alguna medida cautelar personal, la existencia de condenas anteriores y la alta probabilidad de que el imputado se vincule a otro u otros procedimientos en la misma calidad. Rige también el artículo 83, IV párrafo; 5) La sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio que imponga pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento, aunque se encuentre recurrida (Texto según Ley XV N° 39 B.O. 6/6/2024 N° 14391)".

"Artículo 222 -Peligro de entorpecimiento- Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: 1) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o 3) inducirá a otros a realizar tales comportamientos".

Asimismo, transcribo la norma, que a mi modo de ver, resulta ser el núcleo de las medidas restrictivas de derechos, durante la tramitación del proceso penal, y es lo que el legislador –a contrario de mi postura- denominó "medidas sustitutivas: ***"Artículo 227. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser evitado razonablemente por aplicación de una medida menos grave para el imputado que su encarcelamiento, quien decida, aún de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes: 1) La permanencia continúa en el domicilio que se fije, del cual no podrá ausentarse sin orden judicial bajo apercibimiento de la revocación de la medida; 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una***

persona o institución determinada, que informará periódicamente sobre el sometimiento del imputado al proceso; 3) La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe; 4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual él reside o del ámbito territorial que se fije, sin autorización previa; 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas siempre que no se afecte el derecho de defensa; 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas capaces y solventes. A tal fin, deberá observarse lo previsto en el artículo 185 de este Código cuando se trate de procesos donde se investigan Delitos contra la Administración, la Seguridad o la Fe Pública o cuando evidencian un propósito de lucro con independencia del bien jurídico afectado o puesto en peligro. Se podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso y se ordenarán las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso estas medidas serán utilizadas desnaturalizando su finalidad o serán impuestas medidas cuyo cumplimiento fuere imposible por parte del imputado; en especial, no se impondrá una caución económica o no se determinará su importe fuera de lo posible, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado tornen imposible la prestación de la caución.- Se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del

imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad. (Texto según Ley XV N° 39 B.O. 6/6/2024 N° 14391)”.

Para culminar está guía por el CPPCh, debo señalar algunas normas de importancia. Es así que el legislador provincial, regló en el Artículo 223 el procedimiento a seguir y el tipo de decisión a adoptar, para ordenar la PP de un individuo; luego en el Artículo 226, los casos en que se produce la cesación de la PP; en los Artículos 235 y 236 la forma de controlar la prisión provisional.

En la primera es el control regular cada 6 meses como máximo, y en la segunda es la impugnación de la misma al momento de imponerla o rechazarla, legitimando a la Defensa del imputado y al Acusador Público, y estableciendo un procedimiento sumarísimo para que ello ocurra.

Al cuadro normativo procesal vigente, lo completa la Ley XV N° 4 (antes Ley 4096), que legisla lo relativo al plazo máximo de duración de la PP, que se establece en dos (2) años; a su vez reglamenta aspectos procesales para la tramitación del cese del encarcelamiento provisional, cuando se ha superado el tiempo máximo de prisionización.

b. Análisis crítico del peligro de fuga y sus agregados en el CPPCh, la prevención del delito y la reforma 2024 del CPPCh

Debo partir del precepto normativo regulado en el Artículo 213 del CPPCh, que sigue vigente aunque parece olvidado, que establece que las medidas de coerción, solo podrán ser utilizadas en los “**límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley**”.

Esa finalidad, reafirma la “excepcionalidad” de la PP, pero en los hechos no es más que una ficción. La práctica judicial muestra que, tanto los “peligros procesales” y la “necesidad de asegurar la administración de justicia”, sumado al listado de presupuestos de hecho, descriptos en el código procesal de Chubut –como en otros ritos provinciales-, que en apariencia se presentan como circunstancias “concretas y objetivas”, resultan ser un mandato ineludible de cumplir para los miembros del MPF, de forma tal que no dudan en invocarlos de acuerdo a las políticas públicas en materia criminal, que dimanan de las procuraciones generales. Entonces la PP es utilizada como instrumento de política de persecución penal “eficaz”, que evidencia una errónea interpretación de su finalidad, al buscar en las medidas cautelares la solución inmediata a la cuestión delictiva.

Ello se advierte en la experiencia actual y generalizada del MPF -contrarias al espíritu del legislador chubutense- para requerir el encarcelamiento provisional, y que permite a los operadores judiciales prescindir de evaluar la verosimilitud de los presupuestos que se aducen, convirtiendo a esas premisas en causales objetivas exentas de prueba.

Esto que sucede no es casual, puesto que la realidad social y la necesidad de dar respuestas racionales a los fenómenos de la inseguridad y de la delincuencia violenta, han revelado serias fisuras en el paradigma según el cual, los únicos supuestos legitimadores son los llamados peligros procesales de “entorpecimiento de la investigación” o “de fuga”.

Lo que ocurre en la práctica judicial, de forma más o menos generalizada, en la última reforma introducida al CPPCh se ve reforzado y en su caso plasmado en la ley, lo que reafirma que la historia del procedimiento penal de

nuestro país, está signada, básicamente, por la cultura inquisitiva, que proviene de la corriente sustantivista. Comparto con Natalia SERGI que esta concepción de la prisión preventiva "**ha encontrado una fuerte recepción legislativa, y aún no se ha podido desterrar por completo**"[41] (el resaltado me pertenece).

Dice el nuevo Artículo 220 del CPPCh, en su primera parte, que "**Se podrá ordenar la prisión cuando median los siguientes presupuestos: 1) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él; 2) La existencia de una presunción razonable por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entorpecimiento).- *Se considerará especialmente en los casos de imputados por hechos de violencia de género, que hayan violado una medida de protección dispuesta jurisdiccionalmente, la incidencia de tal comportamiento en los peligros procesales cautelados, en cuanto sea demostrativo de la falta de voluntad de someterse al proceso o de intentar influir sobre la víctima para entorpecer la investigación*; 3) La existencia de circunstancias que permitan suponer fundadamente, que el imputado cometerá nuevos delitos. A tal fin, el Juez tendrá en consideración las pautas fijadas por el artículo 221**".

Léase también el Artículo 221: "**Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: 1) Arraigo, determinado por el domicilio, residencia**

[41] **SERGI, Natalia "Límites temporales a la prisión preventiva", Revista Nueva Doctrina Penal, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A, página 115.**

habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; 2) La característica del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual; 4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. El juez ponderará especialmente el número de delitos que se le imputaren, el carácter de los mismos, la existencia de procesos pendientes, el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, la existencia de condenas anteriores y la alta probabilidad de que el imputado se vincule a otro u otros procedimientos en la misma calidad. Rige también el artículo 83, IV párrafo. *5) La sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio que imponga pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento, aunque se encuentre recurrida.* (Texto según Ley XV N° 39 B.O. 6/6/2024 N° 14391)"

La reforma lejos de ceñirse a los peligros procesales en forma concreta y respetar la lógica cautelar y respeto a las garantías constitucionales, convencionales y principios procesales, asimila el instituto, en forma deliberada, a la pena, pues se le atribuyen las mismas funciones, de forma tal que se la entiende como un fin en sí mismo, y quebranta la idea del juicio previo y los principios de libertad, excepcionalidad, inocencia, entre otros.

En el Rito chubutense, a los requisitos procesales, particularmente en el "peligro de fuga", el legislador le aditó una serie de presupuestos de neto corte

peligrosista y del derecho de fondo, que son tenidos en cuenta para ordenar la detención cautelar, como son: *el comportamiento del sujeto en el proceso donde está imputado o en otro; la importancia del daño ocasionado y la actitud del imputado en relación a ello; la existencia de un peligro de reiteración delictiva constatable; la gravedad del delito cometido y la pena en expectativa.*

Estos dos últimos presupuestos legitimadores de la PP, cobran independencia conceptual de los mencionados en primer término, porque cuando la PP se funda en la especial gravedad del delito o en el peligro de reiteración delictiva, se transforma, aunque sin mutar su esencia, en un instrumento más de las políticas de seguridad dirigidas a combatir el fenómeno de la delincuencia, ya que en esos casos el encarcelamiento preventivo, tiene como finalidad evitar que se persista en el delito o su reiterancia, o bien satisfacer la necesidad de "defensa social" contra la peligrosidad del sospechoso, y sin lugar a dudas, estos criterios asimilan a la PP a una medida de seguridad.

Y ello es así, ya que los códigos procesales, como el de Chubut, que siguen esta tendencia y establecen presunciones *iure et de iure*, tornan a su aplicación en mecánica e irreflexiva, lo cual no permite alegar ninguna circunstancia para revertir la determinación legal, puesto que estos indicios se receptan, de modo tal, que permiten formar la opinión del sentenciante, para quien, aquellos cobran la calidad de premonitorios, sobre la conducta futura del acusado, y en razón de ello se establece que el incuso, efectivamente, obstaculizará el desarrollo del procedimiento, huyendo o entorpeciendo la investigación, y bajo estas premisas se validan dogmas como si fueran legales,

con el pretexto de la estricta sumisión a la norma, y luego el posterior dictado de la PP.

A colación de lo que vengo analizando, y se tome dimensión de cómo lo vertido surge de la praxis judicial diaria, exhibiré a través de un caso reciente, en el que tuve intervención actuando como Defensor Público del imputado, que lo dicho acerca de la aplicación mecánica e irreflexiva de las medidas de coerción privativas de la libertad, es más que un análisis, es una realidad.

Debe tenerse en cuenta que para cuando este caso se juzgó todavía no se había modificado legislativamente el Artículo 221 del CPPCh, y no existía el actual inciso 5°.

Para un mejor entendimiento, brindaré al lector una contextualización sobre los sucesos.

El caso, se llevó adelante un Juicio por Jurados, donde se juzgó a un hombre, en adelante el señor “T”, por la presunta comisión de un homicidio agravado por el uso de un arma de fuego y alevosía. T llegó al debate en libertad, más desde el 7 de enero del año 2023, sobre él pesaban medidas sustitutivas, las que consistían en: **a**. someterse al cuidado o vigilancia de una persona, que era su prima (Artículo 227 –Inciso 2°- CPPCh); **b**. presentaciones semanales ante la Comisaría del pueblo donde él tenía su arraigo, más precisamente en la localidad de Perito Moreno, provincia de Santa Cruz (Artículo 227 –Inciso 3°- CPPCh); **c**. prohibición de salir de Perito Moreno sin autorización previa (Artículo 227 –Inciso 4°- CPPCh); **d**. prohibición de contactarse con la familia de la víctima siempre que ello no afecte su derecho de defensa (Artículo 227 –Inciso 6°- CPPCh).

Las medidas fueron cumplidas por T, hasta el 17 de mayo de 2024 –inclusive-, esto fue por el lapso de 1 año y 4 meses, sin ningún tipo de recriminación y debidamente acreditadas, mediante presentaciones efectuadas en la Carpeta Judicial ante Oficina Judicial de Circunscripción de Sarmiento, para su debido control[42].

Debo aportar dos datos de importancia.

El primero de ellos, es que por el tipo de medidas sustitutivas que se le impusieran a T, este ya no pudo seguir trabajando como peón de estancia, y sobrevivió durante el año y cuatro meses antes indicado, con la ayuda de su familia y labores esporádicas en el radio de la localidad de Perito Moreno.

El segundo de los datos, es que una vez que el señor T fue anoticiado de la fecha del debate, aquel dejó el domicilio de la localidad de Perito Moreno, y diez días antes del inicio del juicio, fijó su nuevo domicilio en Sarmiento, en la casa de un familiar, domicilio en el que permanecería en forma definitiva.

Prosiguiendo. Luego de transcurrido el debate oral y público, el Jurado Popular, emitió un veredicto de culpabilidad, encontrando a T penalmente responsable del delito por el que se lo juzgó. Acto seguido, el Juez Técnico, convocó a una audiencia de cesura, a los fines de que las partes debatamos sobre la pena a imponerle al responsabilizado. No está demás decir, que la responsabilidad penal que acarrea el injusto agravado involucrado, es la pena de perpetua, y así lo solicitó el MPF y los abogados de la Querella Privada.

[42] **Causa: T, A.A. s/ p.s.a. Homicidio doblemente agravado por alevosía y por el uso de arma de fuego, en calidad de autor.- Carpeta Judicial: N° 2371 - Legajo Fiscal 13923. Oficina Judicial – Sarmiento. El proceso penal en Chubut es oralizado. Lo manifestado es un resumen de lo acaecido en la audiencia celebrada el 17.05.2024 y podrá escucharse en el contenido de las mismas en los siguientes audios de las audiencias celebradas: NIC_2371_17-05-2024.4gow4c3g.z33.mp3**

Adelanto al lector que la medida coercitiva privativa de la libertad fue concedida por el Juez Técnico, y que esta Defensa no articuló la revisión de la misma, porque así lo decidió el Señor T.

La audiencia de cesura:

"*En relación a ello, el MPF y la Querella, requirieron se disponga la PP de T.*

El principal fundamento esgrimido por el MPF y la Querella, fue en relación a la declaración de responsabilidad penal por el delito por el que fuera acusado T, y la pena de prisión perpetua que prevé el ordenamiento adjetivo para ese tipo penal. A su vez, los acusadores entendieron que la declaración de responsabilidad penal que recibió T, produjo una variación sustancial del estado procesal de aquel, y que la responsabilidad penal determinada por el Jurado Popular, generaba un peligro procesal que debía ser neutralizado, refiriéndose al "peligro de fuga", y que, como el código procesal exige elementos de convicción, estos surgen de la gravedad del hecho y el veredicto de culpabilidad. Así la hipótesis de culpabilidad requerida por los Artículos 220 –Incisos 1° y 2°- y 221 –Inciso 2°- se ve abastecida. Resumiendo los acusadores, presumieron que el peligro de fuga se funda concretamente en las características del hecho.

Lo llamativo del planteo es que los requirentes de la medida reconocieron durante la audiencia, que los hechos ya existían y se conocían antes de que el debate se llevara a cabo, pero reiteraron la gravedad del hecho, lo que quedó plasmado en el veredicto de responsabilidad, sumado a la pena en expectativa.

Como justificativo final, los órganos acusadores, indicaron que lo que pretende a través de la medida coercitiva, era poder afianzar la justicia y el cumplimiento de la pena.

Durante la audiencia, fue sorpresivo escuchar al MPF y la Querella, decir que el Señor T siempre estuvo a derecho, pero que su situación cambió, porque el acusado ahora fue declarado culpable, y ello, ya no es una probabilidad, como lo era en la etapa de investigación, sino es una certeza, y esta nueva situación reaviva, aún más, el peligro de fuga, agregando que el señor T, es un empleado rural, que va de un campo a otro en Santa Cruz, y que las distancias son enormes y que sería dificultoso poder ubicar a una persona, sumado a que estamos muy cerca del país de Chile donde hay muy pocos controles y se puede fugar, y que el conoce toda la zona. Para finalizar su postulación, el MPF sostuvo que la medida debía imponerse por el plazo de seis meses o bien hasta que la sentencia quede firme, lo que ocurra primero".

Huelga remarcar, que las alegaciones del MPF y de la Querella, no tuvieron sustento en hechos concretos que pudieran determinar en forma expresa, como se ponía en peligro al proceso, obviamente, se expusieron circunstancias de neto corte sustantivistas, y reiterativo de las normas procesales.

La respuesta desde la Defensa, no se hizo esperar y fue muy concreta:

"En primer lugar se señaló que T no afrontaba una situación diferente, por la declaración del veredicto de culpabilidad, sin desconocer la declaración responsabilidad, pero lo cierto es que el estado de inocencia del nombrado, disintiendo con la apreciación de la Fiscalía, no es un estado procesal, y se afirmó que el estado de inocencia sigue siendo el mismo que cuando se lo imputó, se lo acusó, se lo juzgó y se lo responsabilizó, y ello será así hasta que la sentencia, que no todavía no se había dictado, tenga doble conforme.

Sostuve que no es por el juego del veredicto de culpabilidad, que debe afectarse el estado de inocencia que mantiene el señor T.

También se afirmó que el peligro de fuga no es declarativo, sino que tiene que tener un contexto, y los parámetros que rigen en el Artículo 221, permite abordar la situación de manera adecuada, teniendo en consideración aquellos y las circunstancias del caso, por lo que deben tener un juego adecuado, armónico y razonable. En ese orden de ideas, se sostuvo que no se desvirtuó la falta de arraigo del señor T el que ahora se situaba en la casa de su primo en la localidad de Sarmiento. Menos aún se podía poner en tela de juicio el comportamiento de T durante la sustanciación del proceso. Por último se puso énfasis en la incapacidad económica de T para algún tipo de evasión, como también que el vivir en localidad de Sarmiento, desactiva el temor de estar cerca de Chile o de conocer la zona, y se derrumba o se diluye o pierde el contenido, de lo sostenido por los colegas tanto de la querella como de la fiscalía.

Desde la Defensa se peticionó al juez que le exija a la contraparte, que sus planteos para requerir la PP, sean sobre cuestiones adecuadas, en el marco del principio de legalidad y de máxima taxatividad en la aplicación de las normas. Y se peticionó se mantengan las medidas sustitutivas, aunque se propuso un régimen más ajustado para aquellas, tal como la permanencia en la localidad de Sarmiento, sin posibilidad alguna de salir de la misma, y presentaciones diarias en la comisaría local, hasta tanto su situación se modifique, tanto sea por el dictado de la sentencia, la posible recurrencia de la misma, y hasta que ella adquiere el estado de firmeza.

En la dúplica del MPF el único marco fáctico que se adujo, pero no concreto, es que el señor T podía evadirse 'haciendo dedo', que para evadirse no se requiere de dinero". Esto último no merece ningún comentario.

Finalizada la confrontación de las partes, el Juez Técnico emitió su resolución, la que sin mayor esfuerzo de análisis, queda atrapada en las críticas que se formulan en este trabajo.

Sostuvo el magistrado:

"…que sabemos cuáles son aquellos principios o aquellas circunstancias que la ley protege al dictar una medida preventiva, que son la aplicación de la ley, asegurar al imputado durante el procedimiento, que están establecidas en 213 del Código Procesal Penal y por supuesto el desarrollo del procedimiento. Aquí el desarrollo del procedimiento se ha llevado a cabo, como sí también la averiguación de la verdad. Existe un veredicto de culpabilidad por un tribunal popular, por lo cual el único fundamento sería la aplicación de la ley. Lo que se ha transformado en una probabilidad desde el inicio del proceso, hoy en día se ha transformado en certeza respecto de la participación del señor T en el hecho que se le imputaba y por la cual recibió el veredicto de responsabilidad. Más allá de que todavía aun goza del principio de inocencia, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece como el piso de la protección de este principio, el doble conforme que lo va a dar a la Cámara Penal, indudablemente voy a compartir aquello… acerca de que la característica del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento tiene un peso decisivo a los efectos del principio de fuga. Indudablemente es una pena perpetua, más que más allá de las declaraciones y la inconstitucionalidad que ha realizado el doctor y esa circunstancia hace pesar la aplicación de la medida

solicitada por el Ministerio Público y por la querella. Entiendo que el comportamiento ha sido estar a derecho, es el comportamiento debido, pero en este momento la situación procesal ha cambiado totalmente puesto que existe certeza acerca de la participación y con ello el peligro de fuga del artículo 221 inciso segundo, es decir, característica del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento hace necesario de la aplicación de una medida más gravosa. Por lo expuesto y compartiendo los argumentos de los acusadores voy a disponer la prisión preventiva del nombrado hasta que esta sentencia se confirme o en su caso tal como dispone el código procesal penal a los seis meses se revisará. Esa es mi decisión, que tenga buenos días".

Casos Judiciales como el descripto en los párrafos precedentes, es necesario explicarlos desde la visión de CAFFERATA NORES. Señala el autor, que aún en caso de admitir que la legislación consagre, que frente a la posibilidad de imponer una pena grave, el imputado se fugará, esto siempre debe admitir prueba en contrario[43], aunque la misma ya de por sí constituya una injusticia manifiesta, toda vez que es el fiscal quien debe acreditar la necesidad de la medida. Esta rutina judicial, de aplicar estas presunciones automáticas al caso concreto, receptando enunciaciones genéricas y abstractas de parte del MPF, desvinculadas de los hechos, tiene por consecuencia el incumplimiento de fundar la medida en un peligro cierto y probado, y acarrea la ilegitimidad de poner en cabeza del imputado la obligación de probar que ciertas presunciones legales no se dan en el caso[44].

[43] CAFFERATA NORES, José "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, página 3.

[44] BOVINO, Alberto en: "Aporías", Ponencia General presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado del 8 al 10 de noviembre del 2007, Mar del Plata, página 856, Rubinzal-Culzoni-2007.

Esta situación además, no sólo libera a la fiscalía de la obligación de demostrar por qué el imputado debe estar privado de su libertad durante el proceso –como en el caso traído a examen-, sino que la defensa, por más que alegue alguna circunstancia objetiva, como el arraigo, no tendrá ningún efecto, pues es muy probable que la respuesta sea una remisión a la restricción normativa.

Lo hasta aquí expuesto deja en evidencia la inconstitucionalidad del instituto y las reformas introducidas.

Como se observa, el presupuesto que en general se utiliza con mayor frecuencia, es el *peligro de fuga*, por cuanto el Artículo 221 del CPPCh, que lo regula, brinda un abanico de supuestos que abarcan la mayoría de las posibilidades, para provocar la privación de la libertad anticipada y provisional del sujeto imputado, como podrá leerse en los dos casos que a continuación expongo:

"*En la Carpeta Judicial N° 2476 -Legajo Fiscal 15063- de la Circunscripción Judicial de Sarmiento –Provincia del Chubut-, al celebrarse la audiencia de control de detención y formulación de cargos, el día 27.02.2024, ante un hecho ocurrido el 26 de febrero del mismo año, se autorizó investigar la posible comisión de un homicidio en grado de tentativa. Acto seguido el MPF requirió al Juez Penal, el encarcelamiento preventivo de las dos personas involucradas. En primer término el MPF adujo que "existían elementos suficientes para considerar a estos dos sujetos responsables penales del hecho" a tenor de los regulado en el Artículo 220 –Inciso 1°-, frente a una investigación incipiente, puesto que el hecho había ocurrido dos días antes de ese pedido.*

Luego, sustentó el pedido en la gravedad del hecho y la prognosis de pena, presupuestos propios del "peligro de fuga". El Juez Penal, hizo lugar al pedido de PP, y la otorgó por el lapso de 45 días. Al momento de la revisión de la PP, transcurridos los 45 días, los imputados fueron liberados y se le impusieron medidas sustitutivas reguladas en el Artículo 227 del mismo cuerpo legal. La propia investigación arrojó como resultado una recalificación de los hechos como lesiones leves. Es claro que el Juez Penal, no analizó verdaderamente, más de las circunstancias de hecho y la calificación provisoria del suceso, si estos sujetos por esa simple razón eludirían el accionar de la justicia"[45].

"*En otra Carpeta Judicial N° 2488 -Legajo Fiscal 15250- de la misma Jurisdicción, el día 24.05.2024 se le apertura a un sujeto una investigación en su contra por los delitos de robo simple, amenazas y lesiones leves, todo en concurso real. El sujeto en cuestión posee antecedentes penales computables. Lo cierto es que la investigación, era reciente, por cuanto al imputado se lo había detenido en flagrancia por los hechos de amenazas simples y lesiones, obvio está independiente del robo simple que había ocurrido dos días antes. El MPF, luego de autorizarse la investigación requirió la PP del encartado, manifestando que de acuerdo a las características del hecho el CPP lo habilitaba, y que los presupuestos para su fundamentación eran la característica del hecho y la pena esperable, que en este caso de acuerdo a los antecedentes penales computables, sería de efectivo cumplimiento; por último sostuvieron que entorpecería la investigación, sin indicar concretamente que sería la conducta que desplegaría el reo para obstaculizar. El Juez Penal hizo*

[45] **Causa: "D, F.A. y C, D.G.C s/ psa. Tentativa de Homicidio simple en calidad de coautores" Carpeta Judicial N° 2476 -Legajo Fiscal 15063- Oficina Judicial de Sarmiento El proceso penal en Chubut es oralizado. Lo manifestado es un resumen de lo acaecido en las audiencias de febrero y abril del corriente año y podrá escucharse en el contenido de las mismas en los siguientes audios de las audiencias celebradas: NIC_2476_27-02-2024.wxvywpog.2gj.mp3 y NIC_2476_10-04-2024.sbamxtud.f0e.mp3**

lugar al pedido del acusador público, y dispuso la PP del imputado por el término de 2 dos meses, conforme lo normado por los arts. 220, 221 –Inciso 2°- y 222 del CPPCh.

El mismo 24 de mayo de 2024, la Defensa interpuso un pedido de revisión de la medida precautoria, y dos horas después el Tribunal Revisor, compuesto por dos Jueces Penales de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia –Provincia del Chubut- revocaron la resolución por entender que era arbitraria la medida de PP, liberaron al sujeto y le impusieron medidas sustitutivas reguladas en el Artículo 227 del CPPCh"[46].

Puedo decir con rigor científico y de acuerdo a lo afirmado en los párrafos anteriores, que los magistrados sarmientinos, en ambos casos, hicieron aplicación de forma automática de la PP en contra de los sujetos imputados, como si los presupuestos invocados por el MPF se tratarán de "***causales objetivas***" o "***presunciones iure et de iure***", sin exigirle al órgano acusador que pruebe, de manera fáctica, precisa y concreta, que los encartados pondrían en peligro el proceso.

Adoptar criterios como los que surgen de los dos casos transcriptos, genera la imposibilidad de ejercer el principio de contradicción y el derecho de defensa en juicio. Sin mucho esfuerzo, puede decirse, que la aplicación sistemática del instituto, al no admitir prueba en contrario, impide resolver el caso conforme las particularidades que pueda presentar, y en algunas resoluciones judiciales, al no existir justificación o motivación determinada sobre el dictado de la prisión provisional, también torna a la revisión de la

[46] Causa: "M, D.A. S/ p.s.a. Robo, lesiones y amenazas en calidad de autor" Carpeta Judicial N° 2488 -Legajo Fiscal 15250- Oficina Judicial de Sarmiento El proceso penal en Chubut es oralizado. Lo manifestado es un resumen de lo acaecido en las audiencias del día 24 de mayo de 2024. El primer audio corresponde a la audiencia de control de detención, formulación de cargos y la imposición de la PP; El segundo audio corresponde a la audiencia de revisión de PP celebrada el mismo 24.05.2024 a la hora 16,00. En ellos podrá escucharse en el contenido de las de las audiencias celebradas: NIC_2488_24-05-2024.qeetwhtz.txu.mp3 y NIC_2488 SJ_7359_24-05-2024.p1eng3pe.r2n.mp3

medida en una hipocresía, en razón de que no hay fundamento que quepa contra estas presunciones legales.

Esto debe explicarse. Porqué como dije tiene una vinculación directa con la impugnación que eventualmente pueda articularse. Al no explicitarse en forma concreta y fáctica los motivos del MPF para solicitar el dictado de la PP, y estos ser acogidos sin un correcto análisis jurisdiccional, a la postre, conlleva que la decisión jurisdiccional carezca de fundamentación, y luego imposibilita a la Defensa determinar concretamente el agravio sobre el cual se va a basar la impugnación, más allá de la arbitrariedad como género, en los presupuestos del catálogo de agravios.

Ahora bien, al analizar el contexto descripto, puedo afirmar sin temor a equívoco, que lo fáctico resulta ser contra fáctico, pues el verdadero **peligro de fuga**, que pretende establecer como hecho del futuro a evitar, absolutamente nadie puede asegurar que va a suceder, menos aún por las simples características del hecho imputado, su probable pena, o la posibilidad cierta de que el imputado, ante una sentencia condenatoria, deba cumplir efectivamente la condena.

De este modo, se le imprime el carácter de sanción previa, infringiendo el bloque de constitucionalidad, al tomar a la imputación como un hecho probado y la mera acusación como una sentencia previa.

Sobre lo que no cabe duda, es que cuando una persona haya desobedecido, y hasta resistido violentamente a la autoridad policial durante la comisión del delito o su detención, nada indica ni permite predecir que indefectiblemente, una vez ingresado al sistema judicial, volverá a desobedecer o resistirse; al igual que si quien ejecutó un delito subrepticiamente, con el

deseo de que no se lo descubra, una vez descubierto y sometido a proceso, necesariamente tratará de fugarse o entorpecer la correcta marcha de la administración de la Justicia; o a la inversa, que cuando un imputado se lo ha identificado correctamente, aunque no hubiere opuesto resistencia, haya justificado un “aceptable arraigo”, probado sus vínculos familiares y laborales, que no registra antecedentes computables ante el Registro Nacional de Reincidencia, y que no haya incurrido en rebeldías en ese u otros procesos penales, nada asegura que no va a tratar de influir igualmente de modo “ilegítimo” a los testigos o víctimas o, de alguna manera, en el resto de la prueba; o que, ante el riesgo cercano de una condena que no podrá ser dejada en suspenso, vaya a estar dispuesto a allanarse a ella sin resistencia alguna, e intente evadirla.

Desde la perspectiva del proceso acusatorio, es el Estado quien debe demostrar la existencia de indicadores concretos de riesgos procesales, no bastando la invocación aislada de circunstancias de naturaleza abstracta, tales como una expectativa o pronóstico de pena determinado, y debe justificar la necesidad de neutralizar dicho peligro mediante el encarcelamiento, y que se deben descartar de plano, la aplicación de otras medidas cautelares alternativas o menos gravosas, pero igualmente idóneas para impedir tales riesgos.

No está de más reiterar, que para el dictado de la PP se requiere de un cierto grado de acercamiento a la verdad. JAUCHEN señala que “**ya no basta la sospecha que se exige para ordenar la detención, sino que se requiere un escalón más elevado en el grado cognoscitivo del órgano jurisdiccional respecto de la existencia del hecho y de la participación de**

quien se encuentra imputado. El grado cognoscitivo se eleva, por lo menos, a la existencia de probabilidad sobre la intervención penalmente relevante del imputado"[47] (el resaltado me pertenece).

Entonces las críticas, no solo deben ceñirse a los presupuestos peligrosistas y del derecho de fondo que los legisladores incluyeron en el rito, sino quizá, contra el mayor problema con el que se acarrea, que es la mala praxis judicial, que en definitiva distorsiona y transforma en letra muerta las regulaciones que surgen del bloque de convencionalidad y del CPPCh, y transforman el principio de inocencia en un "***principio de culpabilidad***".

Por otro lado, este verdadero mecanismo de "proyección legal" del proceso, es a contra mano del "juicio de conocimiento", más aún cuando este último, es la reconstrucción de lo sucedido, y representa la principal característica del debido proceso, el que implica alcanzar un estándar de certeza positiva, para tomar la decisión de decretar la responsabilidad penal del imputado por el hecho de que se trate, y luego que esa sentencia esté firme, privarlo de su libertad.

Entonces mal puede, la justicia, sin sustanciación alguna ante un pedido de PP, y *sobre presupuestos peligrosistas invocados, "no probados", inciertos y futuros*, someter al imputado al encarcelamiento durante el desarrollo de la investigación y quizá hasta la sentencia definitiva con doble conforme.

Esta práctica judicial laxa y permisiva, autoriza a los magistrados, le impongan a los imputados, a modo de mecanismo consciente, "*la idea de lo que van a intentar si quedaran en libertad durante el proceso"*, lo cual transforma a la decisión de encarcelar preventivamente en una "**especulación**"

[47] **JAUCHEN, Eduardo "Tratado de derecho procesal penal" Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2012. página 165**

por lo que se percibe como peligroso o inaceptable, cuando ello debiera ser el devenir de la conjugación de hechos concretos e incontrovertibles, garantías y principios, y en definitiva, "***a la PP en una pena anticipada***", y se la utiliza como justicia inmediata, que a su vez distorsiona la visión que la sociedad tiene del instituto.

Como he señalado previamente, los operadores judiciales y los acusadores públicos, utilizan las normas del rito a manera de cadena asociativa entre una norma y otra, pretendiendo darle lógica a sus peticiones de encarcelar provisionalmente. Luego la respuesta judicial es, que con ello todo lo pueden.

En este esquema, al encierro cautelar, se lo presenta como un "*éxito de la investigación*", quitándole centralidad al proceso penal en sí mismo, y como consecuencia, **la libertad durante el proceso penal "es una excepción" y se la exhibe como "sinónimo de impunidad"**.

En un mismo orden de ideas, pero desde la visión de la judicatura, entiendo, que también se trata del deseo inconsciente hecho realidad, de aplicar una pena anticipada, por el latente temor de los operadores judiciales, al escarnio público.

Ningún operador de la justicia es indiferente al juicio de los medios de comunicación y la condena social que ello les provocará, sino se dicta la PP en los casos en que el MPF la pide, y hasta el peso institucional que sobre ellos caerá, sabiendo, además, que al privar de la libertad provisionalmente al acusado, tendrá el respaldo del público, y solo la queja del imputado, su familia y su defensor, más aún, si como en el caso de Chubut, la revisión de la PP la

realizan jueces de distinta jurisdicción, y que de ser revocada la medida, serán otros jueces quienes “carguen con la romana”[48].

En pocas palabras, y mal que me pese, el dictado de la prisión preventiva es también un mecanismo de defensa que utilizan los jueces.

En relación a las afirmaciones precedentes, es del caso señalar que el ciudadano de a pie sufre la inseguridad, y que sus reclamos son válidos, pero no es una sala de debates donde ellos se solucionan, sin embargo el escenario actual propone nuevas reglas, y muestra de ello, es el discurso de la política para acallar la falta de solución a los reclamos, y que pueden advertirse en las expresiones periodísticas, brindadas en forma permanente durante el primer semestre del año 2024, por parte del actual Ministro de Seguridad de Chubut, y principal promotor de la actual reforma del CPPCh, en particular, lo atinente a la PP.

El ex Fiscal General, hoy parte del Ejecutivo provincial ha generado una presión sostenida contra los jueces penales, como por ejemplo en la nota periodística dada al programa radial “La Linterna” de Cadena Tiempo, que luego se publicó en el Diario Jornada[49].

En esa nota del 18 de junio de 2024, el funcionario sostuvo públicamente, que desde su Ministerio, “**denunciarán ante el Consejo de la Magistratura a aquellos jueces que “garantizan impunidad” y liberan a los delincuentes, al entender que no están cumpliendo con su función**” (sic). Al poner de resalto su férrea postura, diferenció, entre el “**respeto a las ‘garantías**

---

[48] “Cargar la romana”. Frase popular que significa: “Imponer la pena máxima prevista para un delito // sumar culpas o responsabilidades que no corresponden, a otras que se tienen.

https://www.todotango.com/comunidad/lunfardo/termino.aspx?p=cargar+la+romana

[49] Iturrioz denunciará a jueces "que siguen a Zaffaroni y garantizan impunidad”
https://www.diariojornada.com.ar/371963/politica/iturrioz_denunciara_a_jueces_que_siguen_a_zaffaroni_y_garantizan_impunidad

constitucionales', y asegurar la impunidad de muchos delincuentes que salen por la puerta giratoria cada vez que desfilan por los tribunales" (sic).

El Ministro de Seguridad, criticó fuertemente a los magistrados que siguen la doctrina del jurista Eugenio ZAFFARONI, y sostuvo que sus fallos están viciados de "**contenido ideológico**", y prosiguió diciendo que "**Hay algunos que se enrolan en una doctrina representada por ZAFFARONI. Si ellos creen que es la posición adecuada los vamos a denunciar porque no están cumpliendo su función. Tienen que garantizar que se respeten garantías constitucionales, pero no la impunidad**" (sic).

Lo que debe destacarse, es que el Ministro, desde su lógica, nunca explicó, como se diferencia "**el respeto a las garantías constitucionales**" y "**garantizar la impunidad**", y como ello sucede por el solo hecho de seguir una determinada línea de pensamiento, y ¿Por qué? esto último implicaría un mal desempeño de la función.

Es evidente que su mensaje es someter al Poder Judicial, no a una política pública criminal consensuada, respetuosa de los derechos y garantías de los chubutenses, sino a los crecientes reclamos de la población ante la inseguridad, lo que demuestra que es el gobierno provincial, quien carece de políticas públicas, serias, en materia criminal.

Por último, el integrante del ejecutivo provincial, comparó y afirmó, que hay una diferencia de criterios muy marcada entre los jueces de Puerto Madryn donde "**los delincuentes van presos**", y los de Trelew, en los que han trascendido casos de liberaciones recientes, y se congratuló de que en la localidad costera se tiene el 30 por ciento de detenidos y 60 por ciento de prisiones preventivas.

Con la reciente reforma al Código de Procedimiento Penal de Chubut, y la postura del Gobierno de la Provincial, queda en claro, que la lógica cautelar explicada en el punto III de la primera parte (Función de la Prisión Preventiva), e incorporada a los códigos procesales acusatorios, cuya finalidad era dejar de lado las prácticas inquisitivas y de tratar al proceso penal como un “trámite”, solo ha quedado una expresión de deseos, y a su vez como refiere el maestro BINDER, la propia práctica judicial destruye al sistema.

Para finalizar, y fiel a mis convicciones no dejaré de decir, que la PP no puede desde ningún concepto ser tenida en cuenta como retribución del delito cometido, pues en virtud de la presunción de inocencia, por definición, si hay PP no puede hablarse de delito cometido, **sino tan solo de sospecha de la comisión del delito**, y menos aún puede ser utilizada como elemento de prevención general ni especial.

TERCERA PARTE

Conclusiones

Las reformas procesales penales que trascendieron en Latino América desde finales de los `80, tuvieron en el primer decenio de nuestro siglo gran impacto en Argentina y Chile, y exhiben el camino que se decidió emprender desde ahí en más. Ese camino no ha sido otro, que tratar al conflicto penal desde procesos cognoscitivos, procesos basados en garantías, donde el principio de inocencia posee centralidad, y son los sistemas acusatorios adversariales, donde se enrola el sistema procesal penal chubutense.

A poco que se lee la constitución de nuestra provincia, resulta innegable que todo el sistema se basa en garantías, y la principal de ellas "el Estado de Inocencia", lo refleja el Artículo 43 –Garantías- de la CPCh. Es un principio de civilidad cuya función es tutelar la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable, como refiere FERRAJOLI invocando a Thomas HOBBES.

Siguiendo al autor italiano, este camino, basado en garantías, busca la verdad procesal en el proceso de conocimiento, lo que se garantiza por el carácter empírico de la acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el acusador, la publicidad del procedimiento, el principio de contradicción y la refutación de la acusación ejercida a través del derecho de defensa[50].

Pero lo cierto es, que por más esfuerzo que se ha hecho, los resabios de las prácticas inquisitivas permanecen entre nosotros, a veces, en la letra de la

[50] **FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición: 2006, Madrid. Parte III TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL. Capítulo 9. EL JUICIO. COMO Y CUANDO JUZGAR. Punto 2. Jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta. Las garantías orgánicas y las garantías procesales. Página 541.**

ley, y a veces en las prácticas judiciales, a través de las decisiones judiciales que brindan legitimación externa a aquellas.

Ello me convence, aún más, luego de haber analizado y estudiado el vasto material al que accedí para preparar mi TIF, que el sistema acusatorio, en particular en el que diariamente trabajo, no debería contener en su normativa cautelar, normas de neto corte sustantivista. No por negar su existencia, sino tan solo porque aquellas no responde a este sistema, no son compatibles con él, debiendo reafirmar que es la prueba de la culpa, y no la de la inocencia, la que debe condenar; no es el poder de la autoridad judicial, respondiendo a la discursiva y práctica política, frente al permanente y justificado reclamo de la sociedad de vivir más seguros, quien debe dar la respuesta.

Nótese que la actual reforma del CPPCh, se aleja cada vez más del sistema acusatorio. Sin caer en eufemismos, el actual camino que se transita es paupérrimo, sus normas, aunque actuales, a la vez son anacrónicas, nacidas sin consenso social, solo a la luz de los intereses de ciertos sectores.

Son leyes que nada tienen que ver con lo procesal, sino que responden a políticas criminales, pero a la vez no reflejan las necesidades de nuestra comunidad. Su diseño es repentista y hasta podría decirse, buscando golpes de efecto en la Sociedad, a través de anuncios con fanfarria de los políticos de turno, los medios de comunicación, y las redes sociales.

No se puede negar que el rito provincial, en materia de las medidas de coerción, tanto la redacción original del CPPCh y la actual reforma, se muestra inconstitucional frente al bloque de convencionalidad, y nos aleja de los

precedentes emanados de la Corte y la Comisión Interamericana, como de los criterios jurisprudenciales de la CSJN al respecto.

Repasemos la reforma. Uno de los aspectos críticos es el agregado efectuado como segundo párrafo del Inciso 3° del Artículo 220, que cautela de forma particular las circunstancias del tipo penal de desobediencia a la autoridad (Artículo 239 CPA) en contexto de violencia de género. Que se entienda bien, la crítica no se encolumna hacia la víctima de la violencia de género en cualquiera de sus formas, sino, que no es admisible incorporar en el catálogo cautelar, situaciones de víctimas de determinado tipo penal, porque con ese criterio, sería admisible que todas las clases víctimas, de acuerdo a los tipos penales del ley adjetiva, debieran estar representadas, y arbitrariamente solo se impulsó en relación al delito de Desobediencia.

El problema que subyace con las víctimas de la violencia de género y esta reforma, es que una vez más el Estado parece abordar la problemática al flagelo que éstas viven, pero en realidad no brinda ninguna solución real. Lo cierto es que el bien jurídico tutelado, en el tipo penal involucrado, no son las mujeres, los niños, niñas y adolescentes que sufren violencia (en cualquiera de sus formas), sino la acción libre del funcionario público y el orden de la Administración Pública.

Evidentemente, una vez más el Estado traslada su responsabilidad, ya que la violencia de género, es algo que debe abordarse a través de regulaciones de políticas públicas, que brinden a aquellas la protección debida, y en su caso en materia criminal de fondo, no siendo el derecho procesal penal la materia adecuada. Ya en el ámbito de un conflicto penal, las exigencias deberán encolumnarse hacia el modo de como litigar con perspectiva de

género, y las soluciones con estricta aplicación de las normas de fondo, y serán los jueces penales, ante el conflicto concreto quienes lo pacifiquen.

Sobre este tópico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “SUÁREZ Rosendo vs. Ecuador”, indicó que si la prisión preventiva se decreta por el tipo de delito constituye una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia, previsto en el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe 35/07, afirmó que “**…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 (...) 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**”.

Iguales pensamientos me inundan al evaluar la incorporación del Inciso 5° del Artículo 221 del CPPCh. De inició, puede observarse que el mismo es inconstitucional, ya que subvierte el Estado de Inocencia, el que como analicé en el punto b del apartado II de la Segunda Parte, este, aunque con calidad de presunción, sigue vigente, hasta tanto la sentencia condenatoria sea confirmada, y esté en condiciones de ser cumplida la condena.

Este anticipo de prisionización nada tiene que ver con una medida coercitiva. Como señala MAIER, hablando de las reacciones ante la transgresión a las normas del proceso, "**en Derecho Procesal, en cambio, la coerción no involucra reacción ante nada, sino que debe significar, únicamente, la protección de los fines que el procedimiento persigue, subordinados a la actuación eficaz de la ley sustantiva...**"[51] (el énfasis me pertenece).

Lo manifestado es reafirmado por la CSJN en "LOYO FREIRE", que en lo sustancial, el criterio asentado en este asunto, postula que la privación de libertad a título cautelar, sólo resulta admisible en la medida en que se configuren circunstancias o conductas concretas que permitan colegir que el imputado habrá de sustraerse de la investigación, del juzgamiento o –después de producido éste- del cumplimiento de la pena impuesta[52].

También puede leerse a la Corte Federal, señalando, que la severidad de la pena conminada en abstracto resulta un indicador de ineludible valoración, pero a su vez, la Corte Nacional, sostuvo que éste debe ir acompañado de indicios concretos de peligrosidad procesal. Es decir, que el encierro cautelar debe disponerse cuando sea necesario, absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas, que cuenten con la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto (CIDDHH, caso "CHAPARRO ÁLVAREZ" de 21/11/2007).

Por ende, esta situación podría verificarse en el caso en que el imputado hubiera intentado eludir la acción de la justicia, se hubiese dado alguna

[51] **MAIER, Julio BJ, DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, Fundamentos, Editorial ADHOC, Primera Edición2016, Buenos Aires, página 485.**

[52] **CSJN, "L. F., G. E., s/p. s. a. estafa reiterada", causa N° 161.070, de 06/03/2014.**

situación concreta respecto del curso de la investigación, o sí, circunstancias objetivamente verificadas en la causa, permitieran derivar una directa conexión con alguno de los peligros antes referidos. En tal sentido, las condiciones y demás características personales del imputado deben ser analizadas con específica referencia al caso y en proyección concreta al riesgo procesal de fuga o de entorpecimiento probatorio[53].

Si, por ejemplo, traspolamos estos criterios al caso del Señor T, podremos observar que nada de las premisas establecidas por la Corte Nacional, se han receptado en la resolución adoptada por el Juez Técnico, al resolver el pedido de PP efectuado por la Fiscalía una vez conocido el veredicto de culpabilidad, más aún si consideramos que la jurisdiccionalidad, definida por DEI VECCHI citando a FERRAJOLI, "**...requiere que la aplicación de la medida a cada caso concreto sea dispuesta mediante una decisión judicial en la que se justifique la subsistencia de dichas condiciones legales. Estos es, se requiere de una decisión judicial motivada. Estos dos caracteres están estrechamente vinculados, en el sentido de que, mientras la legalidad limitaría la discrecionalidad judicial, la jurisdiccionalidad evitaría el encarcelamiento mediante *mecanismos legales automáticos***"[54] (el énfasis me pertenece).

Va de suyo que el CPPCh, como la mayoría de los códigos patagónicos, su normativa lleva a un uso y abuso de la PP, dejando de lados criterios concretos establecidos por la CSJN.

En ese aspecto, la Corte adopta una postura más que acertada en relación al bloque de convencionalidad, pues, considera que tales

[53] CSJN, "L. F., G. E., s/p. s. a. estafa reiterada", causa N° 161.070, de 06/03/2014.

[54] DEI VECCHI, Diego. La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales. Una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2017. páginas 59-66

circunstancias –las presunciones o indicios- sólo pueden ser entendidas como indicadores de peligro procesal y deben ser sopesados en cada caso concreto. Si bien no niega la importancia del pronóstico punitivo, considera que este debe ir acompañado de otros indicadores que permitan verificar la existencia de riesgo procesal.

Bajo tales condiciones, la sentencia de condena (no firme) sólo puede ser interpretada en tal sentido, es decir, como un importante indicador de peligro procesal que, a pesar de ello, no puede ser aisladamente considerado a la hora de disponer el encarcelamiento cautelar sino que debe ir acompañado de otros indicios concretos que permitan establecer que el imputado –a pesar de haber permanecido en libertad durante el transcurso del proceso- eludirá la acción de la justicia. Esta garantía constituye un corolario del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y se encuentra expresamente consagrada en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (Artículo 75 –Inciso 22- CN) los que establecen que "*todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia*" (Artículo 14.1, PIDCyP).

Para ir finalizando, y retomando la idea de que el sistema de medidas coercitivas del CPPCh no se condice con el espíritu de los Sistemas Acusatorios, sin ir al extremo que propone el Dr. Gustavo VITALE de abolir la PP, este debe adquirir una nueva forma, y adoptar un sistema más diáfano con respecto a las garantías y principios que dimana de las normas supremas, dejando de lado todas aquellas prácticas que supongan o intuyan la posible transgresión al proceso y sus normas.

Soy de la idea que, primeramente deben definirse, solo dos aspectos de las medidas cautelares, "el entorpecimiento de la investigación" y el "peligro de

fuga”, sin dotarlos de ningún tipo de casuística para lograr su determinación, y que la imposición de la medida privativa de la libertad en forma provisional, sea sólo el devenir de conductas inequívocas de que la persona sometida a un proceso penal, lo pone en peligro bajo aquellas premisas, debidamente acreditadas por prueba aportada por el MPF.

De acuerdo a mi parecer, esas conductas serán, por ejemplo, las que muestren que el imputado intenta influir negativamente en la investigación y perturbándola, o bien eludiendo el accionar de la justicia materialmente hablando, no sometiéndose al proceso, o bien una vez condenado no pretendiendo que se ejecute la sentencia dictada en su contra.

De todos modos, definidos los alcances, considero que la centralidad sobre medidas de coerción deben ser las que actualmente están predispuestas en los 7 incisos del Artículo 227 del CPPCh, en las hoy llamadas medidas sustitutivas.

Es que si volvemos a la centralidad del Estado de Inocencia y la Libertad Ambulatoria, como los ejes de nuestro sistema procesal basado en las garantías, la privación provisional de la libertad durante el proceso, siempre será la *última ratio*, y solo, si el imputado incumple la medida impuesta, poniendo en peligro el proceso, podrá revocarse aquella, y perder su libertad anticipadamente, exigiendo la máxima taxatividad en la prueba al respecto, que acredite su legitimidad y necesidad, y solo por el tiempo que fuere necesario para neutralizar el peligro de que se trate, sobre el proceso en curso.

El logro de estos fines, es a partir de entender que el proceso penal no es una herramienta de prevención del delito, y que cuando se lo utiliza de esa forma solo se desvirtúa su naturaleza y se modifican las prioridades.

El fenómeno del delito es multicausal, y por ello debe ser abordado desde diversas miradas, tanto sean jurídicas como sociales, a través de políticas públicas que prevengan al delito y desarticulen la inseguridad creciente.

Cuando el problema del delito llega a la sala de audiencias, a no confundirse, ***estamos viendo sus consecuencias, y ya nada podemos prevenir****.*

Desde mi parecer, hago mías las palabras de Sergio GARCIA RAMIREZ "**…la privación cautelar de la libertad –*'privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad'*- debe reducirse en la mayor medida posible … la intervención del Estado debe reducirse a lo estrictamente indispensable y sustentarse en consideraciones que prueben su pertinencia y legitimidad … no se trata de auspiciar el delito, sino de preservar los derechos de los ciudadanos, particularmente de quienes se ven privados de libertad sin haber incurrido en ilícito alguno**"[55] (el énfasis me corresponde).

[55] **BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto. Encarcelamiento preventivo y estándares del interamericano. GARCIA RAMIREZ, Sergio. Voto razonado en el caso López Álvarez vs. Honduras. Op. Cit. página 9**

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, A. M. (2022). *Derecho Procesal Penal Tomo VI .* Buenos Aires: Editorial Ad- Hoc.

BOVINO, Alberto y Paola BIGLIANI. (2008). *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano.* Bueno Aires: Editores Del Puerto.

DEI VECCHI, D. (2017). *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales.* Bueno Aires: Editorial Ad- Hoc.

FERRAJOLI, L. (2006). *Derecho y Razon- Teoría del Garantismo Penal.* Madrid: Editorial Trotta.

MAIER, J. J. (2016). *Derecho Procesal Penal Tomo I.* Buenos Aires: Editorial Ad- Hoc.

PESSOA, N. R. (2022). *Prisión Preventiva.* Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni .