

Título: Análisis comparativo del sistema de excarcelación en el proceso penal nacional y el de la Provincia de Buenos Aires

Autor: Muchnik, Javier Darío

Publicado en: LA LEY2002-F, 1101

Cita: TR LALEY AR/DOC/1516/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. Consideraciones previas. - III. El Código Procesal Nacional. - IV. El Código Procesal Provincial. - V. Conclusiones.

#### I. Introducción

En el presente trabajo, intentaré abordar el tema indicado en el título desde una perspectiva genérica, es decir sin tratar exhaustivamente los casos concretos que se han presentado en el devenir procesal del instituto de la excarcelación. De lo que se trata es de presentar un análisis objetivo de las leyes procesales en punto al tratamiento de la excarcelación, en cada ordenamiento, para lo cual habré de partir, en primera medida, de la identificación de algunas reglas básicas que permitirán contextualizar el tema, a la vez que facilitarán su interpretación en forma armónica y sistemática.

Luego de ello procederé a la presentación normativa del tema, en cada uno de los ordenamientos procesales en cuestión y, para finalizar, expondré algunos conceptos que permitan diferenciar ambos dispositivos procedimentales, opinando respecto de aquel que resulte más plausible y acorde con los principios y reglas previamente presentadas.

Evidentemente el análisis del instituto de la excarcelación no puede escindirse de las denominadas "medidas de coerción", entre las que el encarcelamiento preventivo constituye su máxima manifestación (y resulta ser la contracara de la excarcelación concedida), bajo la modalidad denominada "prisión preventiva"<sup>(1)</sup>, medida esta que no debe ser confundida con el "auto de procesamiento", en tanto este resulta ser una síntesis que el juzgador hace, en determinada etapa del proceso, respecto de la existencia de un hecho con características delictivas y de la responsabilidad penal que puede imputarse al presunto autor o partícipes del mismo, en base a la existencia de determinadas pruebas que permiten que el juzgador así razone, en él de alguna manera, se comienza a delinear el objeto procesal. En tanto la prisión preventiva, que puede adoptarse conjuntamente con el auto de procesamiento (Código Procesal Nacional), resulta una medida de cautela personal, que puede arbitrarse ante la existencia concreta de ciertas pautas previstas en la ley procesal, alguna de las cuales se vinculan con la ley sustantiva (por ejemplo: calificación legal del hecho que se investiga), donde la peligrosidad procesal -peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación- <sup>(2)</sup> resulta ser el fundamento justificante de la medida. La utilización de la prisión preventiva como forma de evidenciar sentimientos de seguridad en la sociedad, al margen de las pautas previstas para ello (peligrosidad procesal), implica un retroceso histórico en la evolución del sistema penal. Al respecto me parece esclarecedor transcribir el siguiente concepto del libro "El nuevo proceso penal en la Provincia de Buenos Aires", de Roberto Atilio Falcone y Marcelo Madina, Ed. Ad Hoc, ps. 301/302 "...si bien es preciso conjugar el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, ya que un sistema que no se preocupa por combatir de manera eficaz la delincuencia, no es nada más que una especie de 'suicidio institucional' según la feliz expresión de Douglas Cassel, no debe perderse de vista, que las leyes procesales, en especial las que regulan la excarcelación, son de carácter meramente procesal, no son leyes de política criminal, razón por la cual no sirven para prevenir el delito ni pueden actuar como anticipo de pena". Los autores indicados hacen alusión a un modelo que denominan "eficiencia con garantías", que en mi criterio es aquel que se construye sobre el respeto al programa constitucional que pone límites al poder punitivo del estado, verdadera piedra de toque en una sociedad democrática y que permite sustentar un modelo "paradigmático", por contraposición al "alternativo"<sup>(3)</sup>, en el que justamente se equilibren las necesidades de seguridad con el derecho de los ciudadanos a gozar de las garantías constitucionales (principio de inocencia; debido proceso; defensa en juicio; juez imparcial; doble conforme, etc.). En esta línea de pensamiento, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "El respeto a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena con 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 idea de justicia -dijo esta Corte en Fallos: 272:188 (La Ley, 133-414)- 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 280:297, caso "Isaac Todres" -La Ley, 144-615, 27.664-S-; en igual sentido, Fallos: 311:652; 314:791, entre otros citados por la sala I de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal "in re" "Vicario, Antonio s/recurso de casación", causa 2749, del 14 de abril de 2000, publicado en "Fallos de la Casación Penal", Ed. Di Plácido, Año II, Nro. 3, 2001, p. 111).

Dicho sea de paso, en el proyecto de reforma del código procesal penal de la nación, que promueve al Ministerio de Justicia de la Nación, se suprime el instituto del "auto de procesamiento", admitiéndose una etapa contradictoria en el momento de elevación a juicio (4). Y el código procesal de la Provincia de Buenos Aires, acertadamente, tampoco lo contempla.

## II. Consideraciones previas

Corresponde establecer un concepto de excarcelación receptivo de los principios que deben regir el proceso penal, en un estado de derecho o, en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, una Sociedad Democrática: La excarcelación sólo puede concebirse como un instrumento a través del cual la persona imputada por la comisión (u omisión) de un delito, puede ejercer su derecho a estar en libertad, mientras dure el proceso, resultando el medio apto para recuperar la libertad, luego de la detención jurisdiccionalmente dispuesta. Así expuesto pareciera que el instituto en análisis "sólo" es eso y que su ejercicio resulta facultativo para el imputado, en el sentido de que si ni lo insta no resulta operativo. Al respecto no quiso configurarse ni una cosa ni la otra. Es cierto que procesalmente resulta ser una herramienta establecida para que el imputado pueda gozar de la libertad, previamente recortada, no obstante lo cual por estar en juego del derecho a transitar, permanecer y movilizarse (art. 14, Constitución Nacional) bien jurídico que al estado de derecho le interesa proteger y no vulnerar, e involucrar obviamente el encierro preventivo, daría la sensación de que el mote de "herramienta" o "medio" le queda chico, sin embargo e independientemente de su contenido, desde el punto de vista procesal es la "forma", puesta por el ordenamiento ritual, para que el imputado solicite recuperar su libertad, la que por supuesto se encontrará acotada, tanto por la eventual aplicación de cauciones o del cumplimiento de ciertas obligaciones, a las que deberá ajustarse la persona excarcelada. Como sostuvo Pastor, en el encarcelamiento preventivo se juega el Estado Derecho (5), afirmación que encierra toda una posición relativa a la necesidad de la efectiva vigencia de aquellas garantías, que operando como límites al poder punitivo del estado, permiten construir un sistema plausible para la afirmación del modelo "paradigmático". Quizá sea ello lo que provoca que el exceso de carga "emotiva" que conlleva el instituto en análisis, cuestione su tratamiento como "herramienta" procesal. Por otra parte, tampoco resulta acertado encasillar el pedido excarcelatorio, como mera facultad del imputado, toda vez que el órgano jurisdiccional puede concederla de oficio, no habiendo obstáculo para que el Ministerio Público Fiscal también la solicite, desde que su actuación se inscribe en la adecuada actuación de la ley al caso concreto.

Retomando el tema de los principios rectores, ello implica individualizar, aunque sea someramente, cuáles son estos principios o reglas lógicas que deben gobernar lo atinente a la libertad indicada en el párrafo anterior (6).

Nuestra Constitución Nacional establece en el art. 14 la libertad locomotiva de las personas y del art. 18, deriva el estado jurídico de inocencia, según el cual ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Como consecuencia de ello, toda medida restrictiva de la libertad, que se imponga, con anterioridad a que una sentencia condenatoria firme imponga el cumplimiento de una pena, deberá obedecer a las siguientes pautas: Necesidad; subsidiaridad (7); proporcionalidad y provisionalidad (8). El concepto aludido en primer término -necesidad- denota que el encarcelamiento preventivo debe estar precedido por razones atinentes a la eficacia del proceso, para averiguar la verdad (en sentido histórico-real), unido a que debe demostrarse que ello puede perturbarse por la conducta que el imputado pudiera asumir estando en libertad. De otro modo, debe demostrarse la "necesidad" de privar de libertad al imputado para que éste no fugue u obstaculice la investigación (9). Subsidiaridad (10) significa que la prisión preventiva debe resultar una herramienta procesal de "segundo orden", en cuanto a que podrá ser utilizada en tanto no se pudiera echar mano de otra alternativa, de menor intensidad coercitiva. Proporcional, resulta ser la regla que permite mensurar que el daño, que de por sí conlleva el encierro preventivo, no resulte mayor a la expectativa de pena que se espera o, desde otra perspectiva, mayor al peligro que se quiere evitar (11). Y provisional, significa que toda medida de coerción personal únicamente debe mantenerse, en tanto se mantengan las condiciones y circunstancias tenidas en cuenta para su establecimiento.

Ahora bien, el rechazo del pedido excarcelatorio, que implique como contrapartida que el imputado deba continuar privado de su libertad, puede originar que dicho encierro preventivo, se transforme en arbitrario, cuando de él se deriven violaciones a los siguientes principios, de no menos importancia que los anteriormente señalados, a saber: Principio de legalidad; principio de imparcialidad; principio del doble conforme; requisito de fundamentación y existencia de riesgo procesal.

El principio de legalidad, en este contexto, es el que exige que para la aplicación de medidas de coerción, por parte del estado, estas deben estar previamente indicadas en toda su extensión y posibilidades de aplicación en la ley procesal no pudiéndose aplicar en mayor medida e intensidad que lo previsto en el ordenamiento ritual, lo que puede indicarse con el aforismo "nulla coactio sine lege" (12). Dicho principio adquiere operatividad

mediante la implementación de una ley escrita y previa, sin perjuicio de que la exigencia de ser escrita, puede ceder ante una medida cautelar innominada, en tanto resulte menos gravosa que la expresamente prevista en la ley "escrita"<sup>(13)</sup>. Que la ley escrita sea previa, constituye una lógica derivación del principio de legalidad acuñado en el derecho penal "nullum crimen sine lege", consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos en el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes". Por otra parte, relacionado con este principio, surge la regla de interpretación restrictiva y la prohibición de la analogía, que en definitiva están partiendo de la base de una ley previa y escrita, para señalar que cuando esta regule coartar la libertad personal, o limite el ejercicio de un derecho, debe ser interpretada restrictivamente, así lo preceptiva el art. 2 del Cód. Procesal Penal de la Nación (ley 23.984 -Adla, LI-C, 2904-), siendo de aplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Dionisio Kacoliris y Otros" resuelta el 11/5/93 (Fallos: 316:942 -La Ley, 1993-E, 274-), cuya cita, en lo medular, merece ser repetida a continuación: "...la restricción coactiva de la libertad ambulatoria... de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que, por imperio del art. 18 de la Constitución Nacional, goza del estado de inocencia. Ello impone que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía antes citada". En igual sentido se expidió la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en causa 1101 "Andriano" resuelta el 16/5/95, reg. 929, "Toda norma que coarte la libertad personal debe ser interpretada restrictivamente y resolverse en pro del derecho excarcelatorio, toda vez que la libertad durante la tramitación del proceso constituye la regla..."<sup>(14)</sup>.

El principio de imparcialidad está para asegurar, que quien debe decidir sobre la procedencia de una medida de coacción personal, no esté "contaminado" por su participación en la investigación-instrucción, respondiendo al axioma de que "quien investiga no debe juzgar", función esta que el novel código procesal provincial le asigna al juez de garantías, que no se involucra en la investigación (I.P.P.) que lleva adelante el fiscal (arts. 23 inc. 2°, 146 y 158), que también puede advertirse en el código nacional (aunque en él las funciones investigadoras y de conocimiento para juzgar no están nada distinguidas como su par provincial, conteniendo aún resabios inquisitivos o, por lo menos de un sistema acusatorio mixto o no puro) en el art. 213 inc. b; en cuanto a que las medidas de cautela deben ser pedidas por el fiscal al juez de instrucción; claro que cuando en el ámbito del código procesal nacional se utiliza la facultad prevista por el art. 196, de delegar la instrucción en el agente fiscal, ambas funciones se ven más delimitadas. En otras palabras y en aras del mentado principio, toda medida que implique una limitación de los derechos de la persona sólo podrá ser dictada por una autoridad judicial ajena a la investigación <sup>(15)</sup>. Asimismo este principio opera como garantía constitucional, por la incorporación a nuestra Carta Magna, en el art. 75 inc. 22, de los tratados internacionales con directa injerencia en el tema que se está tratando: art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto prevé que un tribunal independiente e imparcial deba oír al imputado; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.1 "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial..."

El denominado principio o regla del "doble conforme" (por la prueba matemática para la confirmación de una determinada operación), alude al ámbito de aplicación de los recursos, que el sistema debe asegurar, para que un tribunal superior pueda revisar las medidas de coerción arbitrarias o infundadas, impuestas por su inferior jerárquico. Su obligatoriedad constitucional (art. 75 inc. 22) esta vigente en los arts. 2.3 y 9.4 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", arts. 7.6 y 25.1 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" y, a nivel internacional el numeral 9 del "Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión" y el numeral 6.3 de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad".

En cuanto al requisito de fundamentación, debe decirse que este tiene directa derivación de la forma republicana de gobierno, adoptada por nuestra Constitución, que tiene que ver con la publicidad de los actos de gobierno. Esto significa que a los fines de controlar dichos actos y evitar su arbitrariedad se exige su fundamentación. Al respecto resulta ilustrativa la cita del siguiente precedente de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en la causa carretillada "Bonasur S.A. s/inf. ley 23.771" N° 2038, reg. N° 2235, resuelta el 25 de noviembre de 1998: "...el resolutorio atacado adolece de motivación suficiente, en los términos del artículo 123 del C.P.P., extremo que lo priva de producir sus efectos como acto jurisdiccional válido. Y ello así, toda vez que el juzgador de grado no explicó suficientemente las razones por las que consideró al imputado penalmente responsable, ni tampoco detallo los elementos de prueba incriminantes que permitan sostener dicha afirmación, limitándose solamente a relatar los pormenores procesales de la causa, en otros términos, no expuso porqué consideró al imputado responsable del ilícito que se está investigando... Y es que la motivación de las resoluciones implica justamente dar a conocer las razones por las que se considera a una persona responsable de la comisión de un delito, sin que el precoz estado de la causa pueda hacer mengua de ello, debiéndose exponer

además cuáles son los elementos de prueba incriminantes que permiten al juzgador construir dicho razonamiento, si ese esquema no se respeta (prueba-razonamiento-decisión motivada) se entorpece la construcción del objeto del proceso, provocando efectos directos a la garantía constitucional de defensa, toda vez que la poca claridad en la imputación traerá como consecuencia una defensa aleatoria que intente inferir la causa de la conducta que se está enrostrando". La claridad de la idea, me exime de mayores comentarios.

Finalmente y en lo atinente a la existencia del riesgo procesal, cabe apuntar que este es el que permite fundar, con mejor plausibilidad, la negativa al ejercicio de la libertad ambulatoria durante el proceso. Este se manifiesta por medio de dos presunciones "iuris tantum". El peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación. En tal sentido el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires estatuye en el art. 147 inc. 2° (ley 11.922 -Adla, LVII-B, 2368-) la "verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida", especificando el art. 148 (según ley 12.278 BO 16/04/99 -Adla, LIX-B, 2050-) que con ello se alude al peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación. En igual sentido, el Código Procesal de la Nación en su art. 280 establece "la libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley"[\(16\)](#).

Para concluir con el presente tópico, no puede dejar de señalarse el principio de inocencia, verdadero rector en esta materia, si se tiene en cuenta que se está tratando con medidas de coerción respecto de una persona que aún no fue declarada culpable, por lo que el abanico de principios y garantías indicados deben ser utilizados para limitar al máximo posible, la mayor injerencia que el estado puede efectuar en una persona: Privarla de su libertad en el contexto de un estado de derecho constitucional.

### III. El Código Procesal Nacional

En el libro Segundo -Instrucción-, Título 4 -Situación del Imputado-, Capítulo 7, se regula el instituto en análisis, en los arts. 316 al 333.

El Código establece los supuestos en que la excarcelación resulta procedente, equiparando el caso a aquellos supuestos en que también sea procedente la exención de prisión. Si bien esta resultaría viable, conforme al art. 316, hasta el dictado de la prisión preventiva, lo que significa que su pedido no se supedita a cualquier tipo de detención, sino hasta el dictado de dicho auto [\(17\)](#).

El dato objetivo para la procedencia de la exención o la excarcelación, está dado por el hecho de que la pena del delito que se esté imputando, no supere los ocho años de prisión o, que superándose dicho tope, se pueda presumir (prejuzgar) que el imputado va a ser condenado a una pena de ejecución condicional (arts. 316, Cód. Procesal Penal y 26, Cód. Penal). Asimismo al art. 316 le fue agregado, por ley 24.410 (Adla, LV-A, 6) [\(\\*\)](#) el siguiente texto "...salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 bis, y 146 del código penal". Además de lo incoherente de agregar el art. 146 del Código Penal, que también fue modificado por la ley 24.410 (BO 02/01/95) en su escala penal, toda vez que la pena allí prevista ahora es de cinco a quince años, lo que de por sí impediría la procedencia de la excarcelación o en su caso la exención, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Nación, en el precedente "Napoli", del 22 de diciembre de 1998, consideró, por mayoría, dejar sin efecto la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones (sala VII), que había denegado la excarcelación con fundamento en dicha modificación al art. 316 "in fine", por cuanto se habría excedido el legislador al utilizar a la prisión preventiva como un anticipo de pena, más allá del principio de legalidad.

Por otro lado el art. 317 regula los casos de procedencia de la excarcelación, todos ellos sobre la base del cumplimiento, por parte del imputado, de determinado período de tiempo en detención, que por su duración desnaturaliza el encierro preventivo, por lo que, la excarcelación en estos casos, viene a operar en directa respuesta a los principios de proporcionalidad y necesidad, ante la ausencia de justificación del encierro, frente a la pena que debería cumplir el imputado.

En lo que respecta a las restricciones, el código contempla el supuesto de peligrosidad procesal en el art. 319, para lo cual enuncia: La posibilidad de la declaración de reincidencia (art. 50, Cód. Penal, en el que habrá que evaluar los antecedentes penales del imputado, es decir las sentencias condenatorias firmes, que dictadas con anterioridad hubieren significado el cumplimiento efectivo de penas); las condiciones personales del imputado (tópico que orientado al caso implicará establecer si por su situación socio-económica podría con facilidad eludir la acción de la justicia); haber gozado de excarcelaciones anteriores (extremo que habrá que evaluar con sumo cuidado a fin de considerar el incumplimiento en cada caso de las condiciones compromisorias fijadas en dichas oportunidades); todo lo cual permita presumir que se intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación (ver al respecto la nota 9 "ut supra" indicada).

Finalmente están previstas las cauciones que el juez debe fijar al conceder la excarcelación, resultando la "juratoria" la regla en la materia, a la que podrá adicionarse algunas de las condiciones previstas por el art. 310

(concurrir o no ausentarse de determinado lugar, que se presente ante determinada autoridad, etc.), lo que autoriza a señalar que de todas formas y aún en libertad pueden pesar sobre el imputado excarcelado determinadas medidas de coerción, cuya proporcionalidad deberían ser mensuradas a la hora de elegir el encierro preventivo, que justamente resulta ser la más grave, frente a otras alternativas que podrían garantizar los mismos fines. El incumplimiento de alguna de estas condiciones, sin causa justificada (excusa bastante dice el art. 333), da lugar a que se revoque el otorgamiento de la libertad anticipada.

Párrafo aparte merece el tratamiento dado a la procedencia de la prisión preventiva, como instituto lógicamente antagónico de la excarcelación. En efecto a diferencia de lo que ocurría en el "viejo" código (ley 2372 -Adla, 1881-1888, 441-), donde se dictaban prisiones preventivas que no se hacían efectivas por hallarse vigente la excarcelación concedida, el nuevo ordenamiento intentó revertir ese esquema distinguiendo el auto de procesamiento de la prisión preventiva, dejando este último caso para los supuestos en que no resultare procedente la excarcelación (18). Esta situación había sido respetada en el proyecto Levene (h.) que supeditaba tanto el dictado de la prisión preventiva como la denegatoria de la excarcelación a la circunstancia de que el juez advierta que no procedería condena de ejecución condicional, caso contrario no sólo habría sido procedente la exención o excarcelación, sino que no resultaría viable la prisión preventiva. Este esquema fue dejado sin efecto con la modificación efectuada por el Ministerio de Justicia de la Nación (19), que mantuvo la directriz del viejo art. 379 inc. 1° del Cód. Procesal en Materia Penal sin modificar las disposiciones sobre la prisión preventiva. Con lo cual podría darse el supuesto de viabilidad de la prisión preventiva, en casos donde procediera la excarcelación. De otro modo, por el art. 312 inc. 1° el juez dictará la prisión preventiva cuando concurra pena privativa de libertad y presunción de que no procederá condena de ejecución condicional; por otro lado podrá concederse la excarcelación cuando el delito que se imputa no supere los ocho años de prisión o cuando presuma que la condena de ejecución condicional sea aplicable. En realidad debería respetarse la redacción del art. 312 y en los casos en que resulte procedente la prisión preventiva, rechazar la excarcelación, con la siguiente salvedad, debería darse prioridad a la excarcelación, que contiene la libertad de la persona sometida a proceso y que por tanto mantiene el estado de inocencia, en consecuencia deberá analizarse en primer lugar si esta es procedente, en el sentido de las pautas objetivas (pena no superior a ocho años o posibilidad de condena de ejecución condicional) y subjetivas (peligrosidad procesal), toda vez que aunque el juez entienda que no procederá una condena condicional, si el tope no supera los ocho años y no existen elementos que permitan presumir fundadamente el entorpecimiento de la investigación o de la acción judicial, la excarcelación sería legítima y el auto de procesamiento debería dictarse sin prisión preventiva. Adviértase, por caso, que en la hipótesis del art. 333 se podrá revocar la excarcelación y detener al imputado, aún luego del auto de procesamiento, no estando previsto para ello el dictado de una prisión preventiva.

En caso contrario y frente a un imputado al que le enrostre un delito cuya pena máxima no supere los ocho años de prisión (por ejemplo una estafa, encubrimiento o una tenencia simple de estupefacientes 172, 277, 14 1ª, ley 23.737 -Adla, XLIX-D, 3692-), pero cuente con un antecedente penal, que signifique que la nueva condena fuese de cumplimiento efectivo, aun cuando no pueda acreditarse que va a burlar la acción de la justicia y más, manifieste su expreso deseo de someterse a las órdenes del juez, dado su interés en obtener un pronunciamiento que lo desvincule definitivamente del proceso, se le dictaría la prisión preventiva denegándose su excarcelación, con lo que interpreto se estaría distorsionando el sistema, desatendiendo los principios enunciados en el párrafo anterior.

#### IV. El Código Procesal Provincial

En el Libro 1 -Disposiciones Generales, Título 6 - Medidas de coerción-, Capítulo I (leyes 11.922, 12.278 y 12.405), se encuentra regulada la materia excarcelatoria, en un contexto que por cierto, a poco que se lo observe, marca sus diferencias con el código nacional, fundamentalmente por el tratamiento de las medidas de coerción, en cuanto a su expresa consagración alternativa, sin perjuicio de la problemática incorporada por la última reforma de la ley 12.405 (Adla, LX-B, 1986).

La procedencia de la excarcelación está prevista en un extensísimo artículo (169), donde se contemplan cuestiones objetivas de rechazo (pena superior a seis años y posibilidad de condena de ejecución efectiva); cuestiones procesales objetivas (pronunciamiento desvinculantes del proceso no firmes -sobreseimiento-sentencia condenatoria a pena de ejecución condicional no firme a absolución no firme); la pena prevista en función del tiempo de detención -proporcionalidad-; posibilidad de obtener, por el tiempo en detención y en caso de resultar condenado, la libertad condicional, agotamiento en prisión preventiva de la condena impuesta por sentencia no firme; haber excedido el plazo razonable previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250). Se prevé la excarcelación para los supuestos en que, a pesar de superarse el tope objetivo de la pena (seis años) o la posibilidad de condena de ejecución efectiva, al acreditarse la inexistencia de riesgo procesal de eludir la acción de la justicia, se ponga en libertad al imputado (art. 170). Por

su parte los supuestos de denegatoria están previstos en el art. 171, en donde se consagran presunciones de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación; los términos "podrá inferirse" permiten afirmar, en mi criterio, que se está, como no podría ser de otro modo, frente a presunciones "iuris tantum", por lo que deberá permitirse la acreditación contraria de dichas presunciones. Seguidamente se establecen los supuestos de cauciones que deberán fijarse, no siendo la "juratoria" la regla como expresamente lo prevé el código nacional, previéndose obligaciones para el excarcelado, cuyo incumplimiento podrán traer aparejado la revocación (arts. 179 y 189).

#### V. Conclusiones

Habiendo expuesto sucintamente las normas previstas, en cada uno de los ordenamientos procesales, luego de haberme explayado sobre los principios que gobiernan la interpretación que debe regir los casos que se presenten en la materia, trataré en lo que sigue de esbozar las diferencias de ambos sistemas, que justamente resulta ser la temática principal de este trabajo.

En primer lugar entiendo que el sistema seguido por el código de la Provincia de Buenos Aires, resulta más completo en sí mismo, es decir, constituye un subsistema normativo que puede funcionar autónomamente, sin necesidad de recurrir a otras normas superiores para resolver los casos complejos que puedan presentarse. No obstante lo cual toda la normativa constitucional está obviamente presente como telón de fondo. En vez, el código Nacional, no contiene una regulación armónica de las medidas de coerción, sus alternativas y por supuesto, casos de excarcelación extraordinaria expresos, por lo que los casos que puedan presentarse deberán resolverse echando mano de los principios constitucionales [\(20\)](#), fuente de interpretación que a partir de la reforma del año 1994 y en palabras del doctor profesor Sagüés "obliga a repensar el panorama normativo", debido a la incorporación de los tratados internacionales.

Aclaro el punto, si se observa el código provincial se advierten normas de interpretación expresas, que consagran asimismo principios constitucionales y del derecho internacional de los Derechos Humanos. Por ejemplo el art. 144 marca la regla general de la libertad durante el proceso; el art. 146 inc. 2° y 3°, claramente condicionan la restricción de la libertad a la peligrosidad procesal, si no se adopta la medida, con lo cual los principios de necesidad y proporcionalidad están presentes; el art. 147 consagra la provisionalidad de la medida restrictiva de la libertad, esto es sumamente importante y no está previsto, como norma expresa, en el código nacional. Piénsese (respecto del principio de provisionalidad) que, en el ámbito del código nacional denegar la excarcelación cuando el máximo de pena del delito que se imputa, no supera los ocho años de prisión, pero existe la posibilidad de una pena de efectivo cumplimiento, por algún antecedente penal, resulta posible, aun cuando no se pruebe la peligrosidad procesal, implicando ello en mi criterio, un camino equivocado ya que valorándose un dato "estático" se hiere mortalmente al principio de provisionalidad, que en el ordenamiento provincial se encuentra expresamente previsto (Ej., este criterio es seguido actualmente por la Cámara Federal de Mar del Plata). El art. 148 (Cód. Procesal Penal bonaerense) permite que la peligrosidad procesal sea desvirtuada por prueba en contrario y, fundamentalmente la existencia del art. 170 aligera definitivamente cualquier situación que se presente en orden a la restricción de la libertad, aun cuando el caso coincida con las pautas objetivas previstas en el art. 169 inc. 1° y 2°. El sistema se cierra con la posibilidad de las alternativas a las medidas de coerción, que el código nacional no prevé (arts. 159 y 163).

Aunque una mirada superficial por ambos códigos, pueda llevar a sostener que el código provincial es más restrictivo que su par nacional, por aquello que el máximo de la pena prevista para conceder la excarcelación no debe superar en nación los ocho años y aunque supere dicho tope, si cabe condena de ejecución condicional, y en la provincia es de seis años y además que corresponda pena de ejecución condicional, adunado a que la reforma de la ley 12.405 parece haber incorporado supuestos de delitos inexcarcelables, extremo que habría provocado algunos pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de la reforma (art. 171 letras a/g); lo concreto es que, al margen de que en la práctica aparezca lo contrario, el sistema excarcelatorio provincial resulta más dinámico con mayores posibilidades para que la libertad, durante el proceso, sea algo efectivo. Y a pesar de la reforma señalada, como esta no podrá romper con las reglas generales previstas por el propio sistema [\(21\)](#) (arts. 3, 144, 146, 148, etc.) es más lo que atemoriza por su expresa manifestación, que el efecto que podría producir en concreto. Repárese que, y aunque obviamente ello no es definitivo, quien pide la prisión preventiva en la Provincia, es el Fiscal (art. 158) y si este considera que no hay riesgo procesal, por más que se trate de algún caso de los previstos en las letras del art. 171, no procederá la prisión preventiva y la libertad será un hecho. Contrariamente y frente a un fiscal que pida la prisión preventiva, por alguno de los supuestos previstos en las mentadas letras, no habiendo riesgo procesal y siendo la libertad la regla, además del supuesto expreso del art. 170, la libertad también debería ser un hecho.

En el contexto del código nacional y amén de que obviamente responde a un sistema procesal distinto que el provincial, solamente se integra como pauta interpretativa la prevista en el art. 2° (interpretación restrictiva) y la

del art. 280 que estaría previendo criterios de necesidad para restringir la libertad y, aunque no se dice cómo, criterios alternativos menos graves a la privación de la libertad ("...de modo que perjudique lo menos posible", que en definitiva no consagraría ninguna alternativa, sino que dice que la detención deberá ser in sufrimientos adicionales) y el art. 319 donde se establece lo inconciliable, la denegatoria de la excarcelación respetando el principio de inocencia y la interpretación restrictiva, extremos por cierto sumamente difíciles de coexistir. Sin perjuicio de que el sistema puede "salvarse", por interpretaciones lógico-razonables y respetuosas del sistema "constitucional-derechos humanos", no obstante la barrera infranqueable aún, del tope de los ocho años o superado éste que no proceda pena de ejecución condicional (por ej. pena de 5 a 15 años o pena de 3 años a 10 años y algún antecedente penal); en estos casos y al margen de la peligrosidad procesal no resultará procedente la excarcelación, concretamente no existe una excarcelación extraordinaria ni tampoco, (medidas alternativas), expresamente previstas como las del art. 159 provincial.

En consecuencia, considero que el código procesal provincial resulta más completo que su par nacional, ofreciendo mejores posibilidades al operador del sistema a la hora de decidir respecto de la libertad durante el proceso, puesto que regula en forma expresa distintos principios y reglas que, aplicadas armónicamente y desde una visión sistemática, del mismo código, permiten sustentar con mayor "realidad" el estado jurídico de inocencia, que aparece entonces con un contenido operativo y no como una simple manifestación hueca inalcanzable para el imputado. Al margen de los discursos mediáticos sobre "ley y orden", que promulgan reformas atentatorias de dicho principio (ley 12.405, Provincia de Buenos Aires).

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Al respecto SOLIMINE, Marcelo A., "Libertad bajo caución y situación procesal", p. 65, Ed. Depalma, donde expone sobre la lógica del paralelismo entre exención-excarcelación concedida e improcedencia de la prisión preventiva, sin perjuicio de la advertencia que efectúa en la nota 144 de la p. 66 respecto al Código nacional ley 23.984 y la situación apuntada en la p. 68 respecto de los arts. 312 inc. 1° y 316 párr. 2°, en cuanto permitirían la vigencia coetánea de la excarcelación y la prisión preventiva.

(2) Binder indica que la prisión preventiva sólo es admisible cuando se trata de un mecanismo excepcional y restringido que tiende a evitar la fuga del imputado ("Introducción al Derecho Procesal Penal", p. 199, Ad Hoc, 1993, citado por SOLIMINE en ob. cit., p. 46, donde también en la nota Nro. 107 da cuenta de la opinión de Ferrajoli, cuya obra en este tema no puede eludirse.

(3) CASSEL, Douglas, "El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva", Revista I.I.D.H., N° 21, enero-junio 1995, p. 37 ", ...este modelo muy poco tiene que ver con el estado de derecho. En este modelo se responde a la demanda pública para la seguridad, por medio de detener a alguien no importa si sea culpable o no, encarcelarlo durante meses o años sin juicio previo y efectivamente sin ningún derecho, siempre en condiciones por las cuales el Estado paga menos de lo mínimo necesario para mantener condiciones humanas; para, al fin, en la mayoría de los casos dejarlo en libertad, o bien absuelto, o bien condenado pero ya lo suficientemente castigado antes del juicio. Este modelo sustituyente sirve para castigar, pero no para respetar a los derechos. Es un modelo no digno de humanidad. El "alternativo" constituye la antítesis del modelo "paradigmático". Referenciado por SOLIMINE ob. cit.

(4) Al respecto resulta de suma utilidad la lectura del artículo de SOLIMINE, Marcelo, "Las medidas de coerción en el proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación", LA LEY, 2000-A, 957.

(5) PASTOR, Daniel, "Escolios de la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo", Nueva Doctrina Penal, 1996-A.

(6) Conforme SOLIMINE, Marcelo, "Principios Generales de las Medidas de Coerción", LA LEY, 1998-E, 213, donde identifica y trata el conjunto de principios y reglas lógicas, según su denominación.

(7) MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal", t. I, p. 522 y 524, Editores del Puerto, 1996.

(8) Conforme SOLIMINE, Marcelo, ob. cit., p. 8.

(9) Sin perjuicio de los autores que, con convincentes argumentos y en mi concepto irrefutables, consideran o ponen en duda el criterio procesalista de la peligrosidad para denegar la excarcelación y, como consecuencia, mantener el encierro preventivo. Ver al respecto las posiciones de Binder y Bovino en la obra citada de SOLIMINE, "Libertad bajo Caución...", ps. 44/5, y la postura sostenida por ZAVALETA, Arturo en "La prisión preventiva y la libertad provisoria", ps. 66, Ed. Arayu, 1954, citado por SOLIMINE, "La Medidas de Coerción...", ob. cit.

(10) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "...entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido" (informe 38/96, párrafo

74, ps. 163).

(11) Las Naciones Unidas, en el Manual de Capacitación Profesional "Derechos Humanos y Prisión Preventiva", N° 3, Centro de Derechos Humanos, Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Nueva York y Ginebra 1994, (citado por SOLIMINE, ob. cit. ps. 73), donde se da cuenta de distintas medidas alternativas y progresivas (posibles) previas al encarcelamiento.

(12) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, "Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal", p. 77, Ed. Colex, España, 1990. Citado por SOLIMINE, "Principios Generales...", ob. cit.

(13) Conforme MADINA, Marcelo, "Análisis Dogmático de las medidas de coerción en el enjuiciamiento criminal", DJ, 1997-2,859, con cita de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, "Proporcionalidad...", ob. cit., donde consignó que en el marco del Código de la Provincia de Buenos Aires, dicha solución encuentra apoyo en el art. 1° "in fine", que dispone: "La inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio". Citado por SOLIMINE, "Principio Generales...", ob. cit.

(14) Ambos citados por SOLIMINE, Marcelo en "Libertad bajo caución...", ob. cit.

(15) Conforme la previsión 18.1 del Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal. Citado por SOLIMINE, "Principios Generales...", ob. cit., donde claramente distingue, confrontando con MADINA, "Análisis dogmático...", ob. cit., que la garantía de imparcialidad no resulta del todo reconducible a que la medida la adopte el órgano jurisdiccional, ya que este puede no ser ajeno a la investigación, como ocurre con el código procesal nacional, donde el juez que decide es el que instruye (arts. 194 y 312, Cód. Procesal Penal), es decir el principio no sería el de "jurisdiccionalidad" sino el de "imparcialidad en la autoridad que deba resolver, que evidentemente debe ser el juez pero quitándole su función investigadora previa.

(16) En este punto y referido a la prisión preventiva dispuesta por este fundamento, se expresan en contra FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón", ps. 558/559, Ed. Trotta, 1995, en relación a la causal de fuga; referida a la causal de entorpecimiento de la investigación lo hacen en contra BINDER, "Introducción al Derecho Procesal", ps. 199, Ed. Ad Hoc, 1993; CHICHIZOLA, Mario, "La excarcelación", ps. 18, Ed. La Ley, 1965; CAFFERATA NORES, "La Excarcelación", ps. 79, Ed. Depalma, 1988. Asimismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 2/97 del 11/3/97, numeral 33, trató el tema, en cuanto a que la restricción de la medida, por dicha causal, únicamente se justifica al inicio de la investigación; todos citados por SOLIMINE, Marcelo, "Principios Generales...", ob. cit.

(17) Conforme DARRITCHON, Luis, ¿Cómo es el nuevo proceso penal?, t. III, ps. 12/13, Abeledo-Perrot, 1992.

(\*) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en

nuestra revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1996-A, p. 995.

(18) Conforme CAFFERATA NORES, "La Excarcelación", 2ª ed., Depalma, 1988, p. 37 "...si la excarcelación fuese procedente, no se debería dictar la prisión preventiva. Si luego hubiera que revocar la libertad otorgada por algún motivo, se ordenaría en ese momento la prisión preventiva, y se haría efectiva inmediatamente".

(19) Reformas del Ministerio de Justicia de la Nación al proyecto Levene, "Boletín Oficial", separata 247 XXXVII (citado por SOLIMINE, "Libertad bajo caución...", ob. cit.

(20) Como sostuvo el doctor Spolansky al comentar el fallo "Legumbres" de la C.S.J.N., "la Constitución Nacional le pone un límite no negociable al legislador para organizar el sistema de la ley penal", en LA LEY, 1991-A, 85. Citado por el juez de Garantías Marcelo Riquert en el incidente de excarcelación 9266 de Sergio Fernández de fecha 11 de abril de 2000, publicado en revista Quórum de junio de 2000, ps. 34/38. Estupendo precedente donde el juez pone en evidencia el concepto sistemático para resolver un caso, que en apariencia y por la reforma de la ley 12.405 hubiera resultado no apto para lograr la libertad anticipada por vía de la excarcelación.

(21) Como sostiene LEDESMA, Angela en "Medidas de coerción personal en el proceso penal", Revista de Derecho Procesal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 348, "Las medidas cautelares en general conforman un verdadero subsistema normativo, dentro de la sistemática de los códigos procesales, que se encuentra sujeto a reglas específicas que regulan su consecución. Son normas que constituyen ejes interpretativos fundamentales, tal es la prescripción de los artículos 2 del Código Procesal Penal de la Nación y 3 del Código Procesal Penal de Buenos Aires (ley 11.922)".