

**C. 21.143 - "Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión" -  
CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala I -  
10/11/2003**

///nos Aires, 10 de noviembre de 2003.//-

Y VISTOS:

I.- La resolución por la cual se dispuso denegar el pedido de exención de prisión solicitado en favor de Rodrigo Ruy Barbará (fs. 39/40), ha sido recurrido por la defensa del nombrado a fs. 41/43.-

A fin de resolver los conflictos que presenta este caso, en lo que respecta a la situación procesal de Rodrigo Ruy Barbará, es preciso señalar que tal como se desprende de las constancias de fs. 2186/2205, de los autos principales, con fecha 29 de agosto de 2002, se decretó su procesamiento con prisión preventiva, por considerarlo responsable del delito de asociación ilícita en carácter de organizador, en concurso real con estafa reiterada —129 hechos—, y tentativa de estafa reiterada —8 hechos—, y tentativa de hurto reiterado —65 hechos—, todos en calidad de partícipe necesario, los cuales concurren realmente con el delito de falsificación de documento público —2 hechos—, en calidad de coautor (arts. 42, 45, 54, 55, 162, 172, 210, párrafo segundo, y 292, en función del 296 del C. Penal).-

Debido al recurso de apelación interpuesto contra dicho pronunciamiento, este Tribunal, el 10 de octubre de 2001, con distinta integración, resolvió en lo que respecta al nombrado, confirmar dicho pronunciamiento modificando a su favor la calificación legal, encuadrando los hechos que se le atribuyen como constitutivos del delito de asociación ilícita en carácter de miembro, estafa reiterada, estafa reiterada en grado de tentativa mediante utilización de documento privado falso, hurto reiterado, y hurto reiterado en grado de tentativa, en calidad de partícipe necesario, en concurso real con el delito de falsificación de documento público, en calidad de partícipe necesario.-

Junto con el cambio de calificación legal, se revocó la resolución que había denegado su excarcelación, y dicho derecho le fue concedido bajo la caución que prudencialmente habría de determinar el "a quo" (in re, inc. de excarcelación n° 19.384, "Barbará, Rodrigo Ruy", resuelto el 10 de octubre de 2002). El juez de grado estableció como caución una de tipo real, que fijó en la suma de \$ 200.000 (ver fs. 39 de dicho incidente), monto que ante la impugnación de la defensa fue

reducido por esta Sala, el 25 de octubre de ese año, a la suma \$ 20.000 (ver fs. 65), dinero éste que fue depositado, conforme la boleta de fs. 66, recuperando su libertad en esa última fecha.-

Finalmente, el 8 de abril del corriente año, el Sr. juez de grado, en base a la prueba reunida con posterioridad a su última intervención, decidió modificar la calificación legal de los hechos atribuidos a Rodrigo Ruy Barbará, respecto de su intervención en la asociación ilícita, cambiando la de "miembro" por la de "organizador", ilícito éste que hizo concurrir realmente con los antes mencionados. Por ese motivo, decretó, nuevamente, auto de prisión preventiva en contra del nombrado debido a la penalidad prevista para tal delito.-

De esta situación, y sin revocar o realizar referencia a la excarcelación que viene gozando, su defensa presentó el pedido de exención de prisión que debe ser ahora analizado.-

EL DR. DONNA DIJO:

I. Luego de algunos años en que este Tribunal, en especial la Sala I, de la Cámara del Crimen de la Capital, estuvo desintegrada por la jubilación de dos de los jueces que la componían, nuevamente, a mediados de este año 2003, por obra de los concursos se ha logrado su integración, creo que casi definitiva, lo que lleva a que, teniendo en cuenta las personas que ahora participan de esta Sala, a poder, de hecho, y con ciertas posibilidades de éxito, a plantear seriamente el problema de cuáles son los límites de la restricción de la libertad durante el trámite del proceso, teniendo en cuenta no sólo la ley procesal, sino la Constitución Nacional y los Pactos de Derechos Humanos, lo que ha llevado a decir a Cafferata Nores que la representación del orden jurídico no ( ) sería ya una pirámide con un punto en su extremo, sino con una base en donde se encuentra la Constitución y los tratados antes citados, entre los cuales quiero rescatar dos de ellos: la Convención de Derechos Civiles y el Pacto Americano de Derechos Humanos. Y quiero hacer resaltar, además, que no se trata de una posición, por decirlo por moda, sino que es un deber de los jueces plantearse este problema, a los fines de adecuar su posición al orden normativo, que por otra parte, ya lo he venido haciendo, no sólo en mis libros, sino en los innumerables votos en disidencia.-

También quiero aclarar que no se trata de dejar desprotegida a la sociedad, como normalmente se viene diciendo, y más aún después del 11 de septiembre de 2001, en donde, a nivel mundial el tema de

las garantías ha entrado en crisis, a punto de existir personas sin derecho, y lo que es peor, sin que se reclame por ellos, como es el caso de las personas detenidas en la base de Guantánamo. Cuesta creer que una civilización basada en las ideas de la ilustración termine aceptando este tipo de estado de cosas. Bien ha hecho notar Pedro David, refiriéndose a los menores, que las conductas que en ellos aparecen como asociales, no son otra cosa que lo que está latente en el mundo de los mayores(1). Véase sino, cómo desde una perspectiva comercial se fomenta el aumento del consumo del alcohol en los deportes, el cine, la televisión y de los juegos para computación llenos de violencia y muerte, en donde no hay diferencia entre el bueno y el malo, porque todos son ilegales, y por otro lado, casi las mismas personas que de alguna u otra manera fomentan estas conductas, se quejan de que los delitos de este grupo de personas se hacen cada vez más violentos debido a la ingesta de drogas y alcohol. Es que como lo he sostenido en otros lugares, se ha dejado que entre el mercado y con ello, en el precio de las cosas, lo que no tenía precio, ni posibilidad de compra-venta, esto es, la educación de un pueblo.-

II. De modo que no se debe dejar de lado el análisis de los derechos fundamentales, exigido por lo que he llamado el populismo antigarantista.-

Vista la cuestión desde lo jurídico, hay que afirmar que las limitaciones al ejercicio de los derechos personales y patrimoniales, tanto del imputado, como de terceras personas que se imponen durante el transcurso de un proceso penal sólo tienen como fin garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento y la prueba de la verdad de la imputación y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto(2).

Debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en si misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra(3). Todas las Constituciones de los países occidentales, junto con los Tratados de Derechos Humanos, tienen la visión de que la coerción personal del imputado es la excepción y que su restricción o limitación solo es posible para asegurar cautelarmente que el proceso pueda desenvolverse para sus fines: falseamiento de las pruebas, y posibilidad de cumplimiento de la pena. Esto es en

palabras de Cafferata Nores, cuando ella sea imprescindible.<sup>4</sup> Es lo que se ha llamado principio de necesidad o de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa o simplemente de subsidiariedad, que, como bien dice González - Cuellar Serrano se trata de "un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos"(5).

Para Schlüchter(6) "las medidas coercitivas son actos procesales, con los cuales se interfiere o interviene en el derecho fundamental de una persona (inculpado o tercero) contra su voluntad, por causa de la persecución penal." Roxin, por su parte afirma que "Para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal"(7). Y agrega que se pueden diferenciar los medios de coerción según su función procesal: investigación, aseguramiento de las pruebas, comprobación de los presupuestos procesales, aseguramiento de la posibilidad de realización del procedimiento, aseguramiento de la ejecución de la sentencia y prevención de hechos punibles(8).

Esta idea ha llevado a decir a Schlüchter que "sin esas medidas coercitivas una persecución efectiva no sería posible en algunos casos". Por eso, la nota típica de la coerción es la posibilidad del empleo de la fuerza pública para la restricción de los derechos, tanto de manera directa, la detención, como la amenaza, el uso de la fuerza pública en caso de no comparecencia.-

Se debe partir de la idea del Estado de Derecho y la menor afectación de los derechos fundamentales(9). Schlüchter exige dos principios generales para que estas medidas estén acorde con el Estado de Derecho. a) Lo primero que se debe preservar es la primacía de la ley y el derecho. La ley deberá prever y fijar los requisitos y las consecuencias jurídicas de cada autorización de intervención. b) Todas las medidas coercitivas deben guardar y respetar el principio de proporcionalidad, incluso aunque no esté expresamente formulado por la ley.-

III. La coerción del imputado, cómo bien ha sostenido la doctrina, depende del sistema procesal que se siga, que depende, en este caso, de la idea política que tenga el Estado sobre el fin de proceso penal. Cómo bien dice Hassemer, "en el proceso penal se debió decidir : a) si se podría haber garantizado la cambiante renuncia a la libertad, la que

en contrato, los habitantes se habían propugnado -también para el caso formal del aumento de criminalidad de unos contra otros, aún continua y proporcionada-, precisamente en forma legal, y b) si la sociedad, "la de la gran libertad y seguramente, la de la exacta determinación y seguridad de las fronteras de la libertad" (Kant), ha establecido una "perfecta y ciudadana Constitución legal" (Kant), o bien ha establecido un régimen autoritario, el cual lesiona novedosamente a la libertad, en lugar de protegerla"(10).

Pues bien, en el caso de un sistema autoritario, que necesariamente ha de seguir al sistema inquisitivo, en el cual es claro que no hay proceso, ya que no hay contradictorio(11), lo poco que queda de él será utilizado para aplicar una pena por adelantado. Esta idea se basa en que al imputado se lo presume culpable, de modo que se lo castiga por la mera sospecha.-

En cambio, si el modelo está basado en un Estado democrático y social, influido por el principio acusatorio, la privación de libertad no es utilizada como fin en si mismo, esto es, como una pena, sino que sólo será un medio instrumental y cautelar, debido fundamentalmente a que se basa en la presunción de inocencia de la persona. Como bien lo formula Cafferata Nores, "al imputado se le reconoce durante la sustanciación del proceso, un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye (que también se denomina principio de inocencia o derecho a la presunción de inocencia, art. 11 DUDH) que no tendrá que acreditar (aunque tiene derecho a ello), Y puede formularse diciendo que todo acusado es inocente (art. XXVI, DADDH) mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2, CADH), lo que ocurrirá cuando se pruebe (art. 14.2, PIDCP) que es culpable (art. XXVI, DADD), en las condiciones de garantía que se establecen en este capítulo"(12). Por eso se ha podido afirmar que "El orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto: los estados totalitarios bajo la antítesis errónea de Estado- ciudadano, exageran fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible del procedimiento penal. En un Estado de Derecho la regulación de este conflicto no se determina por aquella antítesis, sino que el Estado está obligado por ambos fines, aseguramiento del orden por la persecución penal y la protección de la esfera de libertad del ciudadano"(13).

En nuestro sistema constitucional, —aún antes de la última reforma—, el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, ya que se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que

le impida tal derecho (art. 14 C.N). La privación de la libertad antes de la sentencia, afecta este derecho constitucional, que además tiene cómo base al art.18 de la Constitución Nacional, que exige sentencia firme para restringir la libertad personal. A este panorama se agregan los Tratados sobre Derechos Humanos, antes explicitados, en virtud el art. 75, inc. 22 CN.14

En este sentido, las leyes procesales penales sólo vienen a reglamentar la Constitución Nacional, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a la libertad de la persona, dentro de ese marco normativo, ya que de lo contrario, esas normas procesales serían inconstitucionales (Véase los artículos 71 CADH; art. 91 DUDH; art. XXV DADDH y art. 91 PIDCP). Por eso la interpretación de las normas procesales, en este ámbito debe ser restrictiva, prohibiéndose la analogía en contra del imputado. Esta cuestión no ha sido vista, por ejemplo, en otros ámbitos, cuando se aplica analógicamente el art. 348 C.P.P.N. en la mal llamada consulta, no prevista por el ordenamiento procesal(15).

El estado de inocencia, entendido de esta manera, acompaña a la persona durante toda su vida (art. 18 C.N. y art. 14.2. PIDPC); luego las medidas de imposición y cautelares deben ser restrictivas y de acuerdo a los artículos antes mencionados. De estas ideas básicas se deduce que el estado normal de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es la libre locomoción (art. 14 C.N.), por consecuencia, la privación de libertad será excepcional 16 (art. 280 C.P.P.N.).-

Ahora bien, existe otra finalidad del Estado, que también viene exigida por la propia Constitución, y que consiste en el afianzamiento de la justicia y en consecuencia el evitar la "guerra civil", y, una forma de llegar a este cometido es mediante la imposición de la pena(17) Pero esta exigencia sólo es posible mediando el juicio previo, de modo que también el Estado debe facilitar este extremo. Esto exige que el juicio previo pueda ser realizado, que no existan obstáculos para ello y que se pueda llegar a la sentencia que se base sobre la verdad real lograda en el proceso. Como ha dicho Hassemer, cuando se refiere al tema y que el actuar del aparato de la justicia se comienza en base a las sospechas, y las medidas que se realizan en contra del imputado y aún de los testigos, "todo lo expuesto constituye un verídico gabinete del miedo que, por supuesto, está exactamente contemplado. Se trata sólo de una colección de instrumentos, sin la cual sería imposible comprobar seriamente la imputación. Quien quiera esa comprobación, debe querer un procedimiento ordenado. Quien quiera un

procedimiento ordenado, debe aceptar la coerción en la comprobación"(18).

Se trata de analizar cuándo y cómo, de acuerdo a las normas constitucionales se puede restringir la libertad del imputado. Y a mi juicio la respuesta es clara y sencilla: sólo cuando la libertad del imputado lleve a un peligro de la realización del proceso, o de la aplicación de la ley sustantiva. Y esto se da cuando el imputado obstaculice el proceso, falsifique pruebas, no comparezca al proceso, de modo que, como se dijo, se eluda tanto el proceso previo, como la sentencia, que está amparado por la Constitución(19).

De ahí que la Constitución y las leyes permitan el arresto y la prisión del sospechoso, entendiendo por tal aquel que carece de sentencia condenatoria firme. Arresto que sólo puede ser realizado por la autoridad judicial para evitar los peligros que se ciernen sobre el juicio previo. Los Tratados Internacionales son expresos sobre este punto: El art. 9.3. P.I.D.C.P. "El encarcelamiento durante el proceso tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo" (véase el art. 91 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano)(20).

De todo ello se concluye que la privación de libertad sólo puede autorizarse cuando sea imprescindible, y por lo tanto, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa, en cuanto a los fines del proceso, y explicitado de manera bastante clara, en uno de los pocos aciertos, por el art. 319 C.P.P.N. Lo que decide la cuestión es, sin duda la necesidad que influye en la imposición y mantenimiento de la medida de coerción. Si desaparece esta necesidad, ya sea por desaparición de las razones que la hicieron necesaria, o por su atenuación, la medida de coacción debe ser sustituida o debe cesar por otra más leve, lo que lleva a la idea de provisionalidad. La idea esencial es que el arresto previo sólo es posible para evitar el gran peligro del riesgo de ese juicio previo. Luego frente a riesgos menores las medidas para neutralizar con medidas de menor intensidad(21).

Para sintetizar, y en palabras de Roxin la prisión preventiva es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella tiene tres objetivos: 1) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; 2) Garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los

órganos de la investigación penal; 3) Asegurar la ejecución penal. No pretende, por ende otros fines(22).

De lo que se deduce que debe haber un escalonamiento progresivo de las medidas, por lo que está prohibida la coerción innecesaria y desproporcionada.-

IV. La restricción de la libertad personal del imputado, mediante la prisión preventiva o provisional, es sin duda la medida más gravosa que se puede infligir dentro del proceso. Como bien se ha dicho, "la prisión provisional constituye la medida más grave que puede sufrir el ciudadano en el proceso penal antes de su condena. El imputado, aun cuando no ha sido probada su culpabilidad, es privado del libre ejercicio de uno de sus derechos más preciados, el derecho a la libertad de movimiento, junto con otras restricciones adicionales. En este sentido, la prisión provisional afecta materialmente al derecho a la presunción de inocencia"(23) Por eso es necesario buscarle límites, dentro, por supuesto, del respeto al Estado de Derecho.-

Lo primero que se debe decir en este punto es que la detención provisional no persigue un fin de prevención general, ya que no se trata de una medida ejemplarizante que tiende a tranquilizar a la comunidad inquieta por el delito, restituyendo la confianza en el Derecho evitando que terceros caigan en el delito. Si esta idea se admitiera, y entiendo que, aunque de manera solapada, surge de varios fallos, se estaría sosteniendo la idea de que se trata de una anticipación de la pena, y es por lo tanto, una primera e inmediata sanción. Se trata, cómo bien se ha dicho, de una descarada y hasta expresa función punitiva de la prisión preventiva. En consecuencia, vista la cuestión desde esta perspectiva, la prisión preventiva así entendida es inconstitucional ya que nadie puede ser penado sin juicio previo (art. 18 CN). Lo que es legal es realizar de inmediato la investigación por parte del Estado frente a la noticia de una posible comisión de un delito de acción pública. Y esto es suficiente para la satisfacción del interés público en la justicia, de acuerdo a las normas constitucionales(24).

Además, la coerción personal del imputado presupone la existencia de pruebas en su contra y la existencia de un peligro, que en caso de no imponerse la coerción, frustraría los fines del proceso. Estos requisitos son básicos para poder imponer la coerción personal. Nuevamente acudimos a Roxin cuando exige, como sus presupuestos materiales: 1) La sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible, esto es, debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado

ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad. 2) Debe existir un motivo específico de detención. Debe recordarse que El nacional-socialismo de Hitler tenía dos motivos: peligrosidad permanente y repercusión en la opinión pública, de modo que quedaba a discreción de la autoridad decidir cuando se otorgaba la libertad. 2.1. Por eso afirma Roxin que los motivos de detención son, en este sentido la fuga o peligro de fuga, que comprende, la situación de cuando el imputado está prófugo o se mantiene oculto; 2.2. Cuando exista la presunción de que el imputado no se someterá al procedimiento penal, ni a la ejecución. Se debe tener en cuenta la pena y la prueba en contra del imputado. 3) Peligro de entorpecimiento: 3.1. Que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba. 3.2. Influirá de manera desleal en coimputados, testigos o peritos. 3.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. Y todo ello si comporta un peligro de que se dificultara la investigación. 4. La gravedad del hecho. 5. El peligro de reiteración

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

V. En base a lo expuesto no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal cómo el codificador lo ha expresado de manera terminante en el art. 316 C.P.P.N., expresión sin duda del origen de este código procesal. Si se quiere entender este código de manera armónica con las Convenciones de Derechos humanos, debe aceptarse que este artículo es inconstitucional cuando sea interpretado iuris et de iure y por ende, sólo rige el art. 319 C.P.P.N., en cuanto el tiempo de detención sea racional.-

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

De acuerdo con lo hasta acá visto no tengo dudas que la manera correcta de interpretar la cuestión tiene como base la Constitución y los Tratados de Derechos humanos. De modo que el dictado de la prisión preventiva, única forma que un juez puede detener a una persona durante el proceso, pasado los primeros momentos de la investigación, tiene como base a la primer parte del art. 312 C.P.P.N.

También podrían ser conciliables con la normativa constitucional el inc. 21, en cuanto remite al art. 319. Queda en duda el inciso primero, ya que exige hacer un juicio por adelantado sobre la punibilidad, y por ende, sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del imputado, que suena a prematura, ya que nos encontramos en la parte preparatoria del proceso y lejos, por decirlo así, del verdadero juicio que es el debate.-

Por eso sólo queda en juego, en realidad el art. 312 primer parte y 21 inciso y el art. 319 C.P.P.N. que son lo únicos compatible con la Constitución, siempre que se entienda al segundo de ellos, de manera tal que la pauta debe ser objetiva, de acuerdo a los criterios antes expuestos, y no sólo dictados por la íntima convicción del juez.-

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

EL JUEZ BRUZZONE DIJO:

Luego de leer el voto del Dr. Donna, no puedo más que adherir, sin perjuicio de formular las siguientes consideraciones atento lo trascendente del tema.-

Si se tiene en consideración que oportunamente a Rodrigo Ruy Barbará le fue concedida la excarcelación, bajo caución real de veinte mil pesos, que fue satisfecha, tal como se desprende del incidente de excarcelación que corre por cuerda (ver fs. 38, 39, 65 y 66), se debe afirmar que, al no haber sido revocado el imputado mantiene el derecho que allí le fuera concedido, esto es: el de enfrentar el proceso en libertad mientras cumpla con los compromisos asumidos a fs. 71 de ese legajo; circunstancia ésta que, por sí sola, ya nos inclina a considerar que corresponde revocar la resolución que ahora se cuestiona donde no hace lugar a un pedido de exención de prisión.-

Dicho con carácter general: corresponde discutir si procede otorgar, o no, la exención de prisión a quien ya tiene acordado el derecho a permanecer en libertad durante el proceso en base a un pedido excarcelatorio mientras no sea revocado. Incluso frente al supuesto en donde se modifica el auto de procesamiento agravando la situación del

imputado de manera tal que, formalmente, pudiera ser de aplicación lo dispuesto en el inc. 1º del art. 312 del CPPN. Si previamente se ha dispuesto una libertad ésta sólo puede revocarse si se constatan objetivamente los peligros procesales señalados en el art. 280 del CPPN: de fuga y/o entorpecimiento de la investigación. Si ya fue resuelta a su respecto dicha medida, el mero cambio de calificación posterior no puede incidir sobre ella.-

II. En relación a las consideraciones que se vienen realizando, en el sentido de que debe revocarse el auto puesto en crisis, no se puede dejar de apreciar la situación procesal de este imputado en su conjunto, por lo cual, se debe ingresar al análisis del dictado de la prisión preventiva en los autos principales, como consecuencia del cambio de calificación legal operado, toda vez que ello pareciera tener directa incidencia sobre la libertad del nombrado en el proceso, cuestión central en la discusión suscitada en el presente.-

Sobre el punto, cabe acotar que la calificación legal de los hechos que se le imputan ahora a Barbará impedirían, en principio, que permanezca en libertad mientras se sustancia la causa de acuerdo a lo dispuesto formalmente en los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN.-

La resolución de fs. 5430/5454, de los autos principales, ha considerado a Barbará como autor del delito de asociación ilícita en calidad de organizador, en concurso real con el delito de estafa reiteradas y estafa reiteradas en grado de tentativa mediante utilización de documentos privados falsos, hurtos reiterados y hurtos reiterados en grado de tentativa en calidad de partícipe necesario (arts. 42, 45, 55, 54, 162, 172, 292, 296 y 210, segundo párrafo del Código Penal). Este pronunciamiento se encuentra firme al día de la fecha; pero, y sin perjuicio de ello, considero que no existen motivos suficientes para que ingrese en prisión preventiva como le fue impuesta a consecuencia de la reforma operada en el auto de procesamiento (ver punto VI), ya que —entre otros motivos— no se puede descartar que los distintos hechos que se le imputan permitan, en definitiva, una subsunción distinta a la que allí se propone.-

Los fundamentos utilizados por el Sr. juez de grado para ordenar su imposición, tienen como único sustento la calificación de los hechos atribuidos, sosteniendo que su penalidad torna imposible que transite en libertad el proceso por estricta aplicación del art. 316 del CPPN. Esto como resultado del cambio que representa pasar de ser considerado miembro de una asociación ilícita a su organizador que,

en las previsiones punitivas del art. 210 del C.P., eleva el mínimo de la pena de 3 a 5 años de prisión. El a quo no realiza ninguna otra ponderación que no sea la de relacionar el monto de la pena en abstracto que puede corresponder y las reglas que surgen del juego de las pautas previstas en el art. 316 del CPPN. Por ese motivo resuelve que Barbará debe ser encarcelado preventivamente, y por ello también considera que no corresponde hacer lugar al pedido de exención de prisión; el delito de esa forma sería inexcarcelable porque las reglas objetivas de aplicación al caso no admitirían prueba o discusión en contrario, ya que son iuris et de iure.-

Las cuestiones vinculadas a la calificación del hecho deben definirse en la etapa del debate, en donde rige plenamente el contradictorio y, en donde, luego de la discusión se dará a los hechos, en la sentencia, una calificación definitiva. Si en la etapa de preparación de juicio surgen más de una calificación como de posible aplicación al caso, siempre se debe estar por la menos gravosa para el imputado (cfr. la doctrina que surge del fallo "Vicario" de la Sala I de la C.N.C.P., con comentario de Daniel Morin, "Crisis de las pautas objetivas que limitan la libertad del proceso penal", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Casación, Tº I, págs 433 y sgts.; asimismo cfr. los argumentos que se utilizaron en la causa nº 12.088, "Cabello, Sebastián" s/excarcelación, del 27/9/99, Sala V de este tribunal).-

En este sentido, no se puede soslayar que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional cuya finalidad es evitar la fuga del imputado y la frustración en la investigación de la verdad. Así se ha sostenido que "la privación de la libertad procesal sólo puede autorizarse cuando es imprescindible y, por lo tanto, no susceptible de ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa. Si no se comprende que el respeto a la libertad y dignidad del hombre es el fundamento de cualquier legitimidad normativa, el Derecho será, lejos de un modo de solución pacífica de conflictos, simplemente un instrumento de opresión" (Seguí, Ernesto ALímites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado ed. Juris, Rosario, 1993, pág.12).-

También se ha dicho: "Ya señalamos que el principio de inocencia que asiste al imputado durante el proceso impide la afectación de cualquiera de sus derechos, incluso —y en especial— el de su libertad ambulatoria (art. 7.1 y 3, CADH) a título de pena anticipada por el delito que se le atribuye, antes de que adquiera firmeza (por no haber sido recurrida, o si lo fue, haber sido confirmada) una sentencia condenatoria en su contra. Por tal motivo, la privación de libertad durante el proceso sólo encontrará excepcional legitimación (No debe

ser la regla general", dispone el art. 9.3. del PIDCP) en cuanto medida cautelar, existiendo suficientes pruebas de culpabilidad (que muestren como probable la imposición de una condena cuyo justo dictado se quiere cautelar), y siendo ella imprescindible (máxima necesidad) —y por tanto no sustituible por ninguna otra de similar eficacia pero menos severa—, para neutralizar el peligro grave (por lo serio y por lo probable) de que el imputado abuse de su libertad para intentar obstaculizar la investigación, impedir con su fuga la sustanciación completa del proceso (no hay entre nosotros juicio en rebeldía), o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer. Si este peligro no concurriera en el caso concreto, el encarcelamiento no será preventivo sino que adquirirá una ilegal naturaleza punitiva" (Cafferata Nores, José I., "Garantías y sistema Constitucional", publicado en "Revista de Derecho Penal", Tomo 2001 - I, Ed. Rubinzal - Culzoni, pág. 129).-

Resulta claro, en consecuencia, que el encarcelamiento preventivo sólo puede tener fines procesales, porque se trata de una medida cautelar, no punitiva, criterio que, como se dijo, surge de lo expresamente previsto en el art. 280, CPPN, y que fuera consagrada en distintos precedentes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ver, en este sentido, el comentario de Alberto Bovino al fallo "Suárez Rosero", en Nueva Doctrina Penal, 1998 B, págs. 631 y ss., en part., págs. 672 y ss.).-

III. Cabe poner de resalto que el imputado Barbará, gozando del beneficio de la excarcelación, que le fuera concedido luego del auto de procesamiento con prisión preventiva que registra a fs. 2186/2205, siempre estuvo a derecho, con lo cual, no encuentra justificación, a mi juicio, el nuevo dictado de dicha medida cautelar por el sólo hecho de haberse modificado la calificación atribuida. Acerca de las pautas que fija el artículo 316 del C.P.P.N., se ha sostenido con razón que "...la sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en el caso de recaer condena intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. El Estado, para aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos...si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena ésta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo previsto por el Código Procesal Penal no debe cumplir necesariamente función

en la neutralización de los peligros procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la prisión preventiva: basta el monto de la pena que se espera; los peligros procesales...se presumen. (Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas, sino, peor, sin admitir prueba en contrario, el peligro fuga?). Esa presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?" (Pastor, Daniel: "El encarcelamiento preventivo", en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, AAVV, Editores del Puerto, Bs. As., 1993, pág.50 y 55/56).-

En el trabajo realizado por el Dr. Daniel Morín antes citado, y con apoyo en jurisprudencia de la C.N.C.P., se ha demostrado, de manera clara, que las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no pueden tener efectos *iuris et de iure*. Existe en nuestro país una larga tradición que se opone a la caracterización de "delitos no excarcelables" a la que no se puede menos que adherir, razón por la cual y, frente a casos como el presente, el análisis de las reglas acerca de encarcelamiento durante el proceso siempre deben ser cotejadas con los elementos del caso; donde la calificación de la conducta, si bien es un elemento importante, no es definitivo.-

Los problemas con los que generalmente nos encontramos para adecuar nuestros criterios a los estándares fijados por la CIDH residen en la ausencia de la información específica con la que se debe contar para resolver estas cuestiones. En primer lugar, resulta paradójico que los únicos informes con los que contamos sean los denominados cuadernillos de antecedentes del "26 y 41", en alusión a los artículos respectivos del Código Penal que se refieren, respectivamente, a los requisitos para la aplicación de una condena de ejecución condicional y a las pautas de determinación de la pena. Es paradójico porque por un lado afirmamos que el encarcelamiento no se debe sustantivar pero por otro lado utilizamos, generalmente como único elemento, lo que surge de esos informes para resolver sobre la libertad de un imputado en un proceso que comienza. Obviamente que no se trata de prescindir de esa clase de información sino de la denominación que le otorgamos.-

Al comienzo de un asunto y convocados a resolver sobre la necesidad de mantener en detención cautelar a una persona tanto o más relevantes que las condenas anteriores o procesos en trámite son las cuestiones que hacen a su identidad, medios de vida, arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. A estos datos objetivos

que surgen deficientemente de los informes ambientales cuando no son efectivamente constatados in situ luego de la información brindada por el imputado en su lugar de detención, se agregan otros factores como, por ejemplo, los que surgen del art. 203 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica: la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte, voluntariamente, frente a él y, el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.-

En cuanto al peligro de obstaculización de la investigación la prudencia indica, como lo hace el art. 204 del código modelo citado, que sólo la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o que pueda influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o que, por estar en libertad, pueda inducir a otros a realizar esas conductas. Estas circunstancias, que son de entidad en el curso de una investigación, especialmente al inicio, se van relajando a medida que nos aproximamos al cierre de la etapa instructoria, no pueden justificarse exclusivamente en el hecho de que la investigación se encuentra en ciernes o incompleta, sino en el hecho concreto de que el imputado pueda llevar a cabo alguna de las conductas indicadas, porque los peligros procesales no pueden presumirse; debe haber elementos objetivos que los configuren.-

IV. En síntesis: el criterio general es el que surge del art. 280 y las reglas de los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN debe interpretarse armónicamente con el principio de presunción de inocencia, es decir: dichas reglas son siempre iuris tantum. A su vez, toda pauta que utilice criterios sustantivos también debe ser descartada. Tal interpretación considero que es la única posible para poder sostener la constitucionalidad de lo dispuesto en los arts.316, 317 y concordantes del CPPN.-

V. Por lo tanto, en mérito a los argumentos sostenidos en el presente voto, resta concluir que toda vez que el Sr. juez de grado dispuso la prisión preventiva del imputado por estricta aplicación del art. 316 del C.P.N. con el único razonamiento de que la penalidad de los hechos por los que se dictó su procesamiento impiden que el nombrado transite el proceso en libertad, ha efectuado una interpretación iuris et de iure de la disposición procesal y por ende inconstitucional.-

En consecuencia, se habrá de declarar la inconstitucionalidad de la interpretación realizada de las pautas fijadas en el art. 316 del CPPN

(Fallos 313:209, "Carlos Ernesto Ure", del 6/3/90, entre muchos otros), debiendo revocarse la resolución impugnada en cuanto ha sido materia de recurso y, asimismo, revocando la prisión preventiva impuesta en el principal, manteniendo su libertad. Esto debido, a que ya se había dispuesto esa medida cautelar a su respecto y ya se había neutralizado el peligro procesal (de fuga) adecuadamente mediante la imposición de una alta caución real. La ampliación del auto de procesamiento si bien tiene justificación en la preservación del principio de congruencia, no podría incidir respecto de la situación de libertad porque no se daban elementos objetivos para constatar los peligros procesales mencionados en el art. 280 CPPN, sino sólo por la utilización ahora de una calificación más gravosa. Así, dado que tanto en el incidente de excarcelación como en el presente lo que se plantea es la situación de libertad del imputado durante el proceso, deberán acumularse los incidentes respectivos, estándose a las obligaciones fijadas a fs. 71.-

EL DR. ELBERT DIJO:

Adhiero a los votos precedentes.-

Por ello, el tribunal RESUELVE:

I.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de la interpretación realizada por el *a quo* a fs. 39/40 del art. 316 del CPPN, en tanto considera las pautas que surgen de esa norma como *iuris et de iure*, sin que se advierta objetivamente la concurrencia de los peligros procesales establecidos en el art. 280 del CPPN;

II.- REVOCAR la resolución de fs. 39/40, del presente incidente, en cuanto ha sido materia de recurso;

III.- REVOCAR el punto VI de la resolución de fs. 5430/5454, en cuanto dispuso la PRISIÓN PREVENTIVA respecto de RODRIGO RUY BARBARÁ;

IV.- MANTENER la LIBERTAD dispuesta a fs. 38 del incidente de excarcelación que Barbará registra en la presente causa;;

V.- ACUMULAR los incidentes de excarcelación y exención de prisión del imputado, corrigiéndose la foliatura para que sea correlativa.-

Devuélvase, practíquense las comunicaciones correspondientes en la instancia de origen, y sirva lo proveído de atenta nota.//-

Fdo.: Dr. Edgardo A. Donna - Dr. Carlos A. Elbert - Dr. Gustavo A. Bruzzone

Notas:

(1) Pedro David, Sociología criminal juvenil, sexta edición, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2003, véase en especial el capítulo II, pag. 39 y ss.-

(2) José I. Cafferta Nores, Garantías y sistema constitucional, en Revista de Derecho Penal, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, pag. 124 y ss., en especial, pag. 129

(3) Julio Maier, Derecho Procesal Penal, To.I, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, págs. 510 y ss.-

(4) Cafferata Nores, ob.cit.pag. 129

(5) González B Cuellar Serrano, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Colex, Madrid, 1990, pag.189.-

(6) Ellen Schlüchter, Derecho Procesal Penal, 20. Edición, Valencia, 1999, pag. 64

(7) Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2002, ' 29. A

(8) Roxin, ' 29 A

(9) Schlüchter, ob.cit.pag. 64

(10) Winfred Hassemer, Los derechos humanos en el proceso penal, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal- Culzoni, 2001-1,pag. 197

(11) Gómez Colomer, en La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional, en Revista Penal, No. 12, pag. 72 y ss, La Ley, España, Julio 2003.-

(12) Cafferata Nores, ob.cit.pag. 124

(13) Roxin, ' 30 pag. 258

(14) Julio Maier, Derecho Proceal Penal, To. I, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1996, pag. 511 y ss.-

(15) Vease Cafferata Nores, ob.cit.pag. 130

(16) Maier, ob.cit.pag. 512 y ss.; Cafferata Nores, ob.cit.pag. 124

(17) Maier, ob.cit.To.I, pag. Donna, Teoría del Derecho y de la pena, To.1, Astrea, Buenos Aires,

(18) Hassemer, ob.cit.pag. 196

(19) Maier, ob.cit.pag. 514 y ss

(20) Maier, ob.cit.pag. 518

(21) Cafferata Nores, ob.cit.pag. 129; Maier, ob.cit.pag. 518

(22) Roxin, ob.cit.' 30, pag. 257

(23) (González- Cuellar Serrano, pag. 203).-

(24) Maier, ob.cit.pag. 522