

UN VOTO CÍNICO. A PROPÓSITO DEL VOTO DE RIGGI EN EL CASO "CHABÁN"

Por Alberto BOVINO

Y mientras todas las artes progresan multiplicando los resultados con el empleo de medios más reducidos, la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados.

Jeremy BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*.

I. Introducción

I. El 24 de noviembre de 2005, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal —en adelante, CNCP—, revocó la excarcelación que había concedido la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de Apelaciones de la Capital Federal a Omar E. CHABÁN, en la causa nº 5.996, "Chabán, Omar Emir s/rec. de casación". Los camaristas que revocaron la excarcelación: RIGGI y TRAGANT. Ángela LEDESMA votó en disidencia declarando inadmisibile el recurso por inexistencia de cuestión federal y ausencia de impugnabilidad subjetiva para recurrir.

En este sentido, LEDESMA aplicó, correctamente, dos líneas argumentales. En primer término, señaló que no le asistía el derecho al recurso al acusador, y que ya había tenido éste oportunidad de discutir la cuestión ante el juez de grado y también ante su alzada. En segundo lugar, aplicando la doctrina de la Corte dijo:

La segunda razón, se refiere a la procedencia del recurso que intenta el Ministerio Público Fiscal ante este órgano jurisdiccional, como superior tribunal de la causa, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso "Di Nunzio, Beatriz H" (D.199.XXXIX., Causa N 107.572C.del 3 de mayo de 2005). La pretensión impugnativa deducida no constituye, tal como lo explicitáramos, un supuesto común de casación y, por lo tanto, corresponde exigir el cumplimiento de los mismos requisitos del recurso extraordinario

federal, esto es que nos encontremos ante una cuestión federal —que no sea el derecho al recurso—.

Como se ha expresado en dicho precedente: “(...) siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal.” (considerando 13). Más aun, se expresa que: “se estarían equiparando las situaciones reguladas por el art. 14 de la ley 48 (recurso extraordinario federal) y por el art. 6 de la ley 4055 (recurso extraordinario en el ámbito de la justicia nacional) (...)”. Es decir que le exige a la Casación que se ocupe de los casos federales antes que ella.

De esta manera, como dice Daniel Pastor, “le exporta también su concepto de sentencia definitiva” y “los alcances que el concepto de sentencia definitiva tienen a los fines del REF rigen para el recurso de casación y para el de inconstitucionalidad del CPPN cuando esos medios de impugnación han sido planteados para que la CNCP se ocupe de una cuestión federal que luego podría ser llevada a decisión final de la Corte Suprema” (Una dosis de necesaria certidumbre: el concepto de “superior tribunal de la causa” en el ámbito penal del Poder Judicial de la Nación según una sentencia reciente de la Corte Suprema”, El Dial, día 12 de agosto de 2005) (disidencia de LEDESMA).

Así, indicando que no existía en el caso cuestión federal —pues ésta sólo surgiría ante la denegatoria de la excarcelación y no frente a su concesión—, como tampoco existía el supuesto de “gravedad institucional” invocado por el recurrente, declaró inadmisibile el recurso interpuesto.

II. Ante la situación política y social de reacción que generó el fallo dictado por los jueces GARRIGÓS DE RÉBORI y BRUZZONE —desde la indebida injerencia del Poder Ejecutivo, hasta el oportunista pedido de destitución de ambos jueces impulsado por CASANOVAS—, la Sala III de la CNCP declaró admisible el recurso y, de manera absolutamente predecible, sus dos jueces de sexo opuesto al de la Dra. Ángela LEDESMA revocaron la libertad concedida por la Cámara a CHABÁN.

En este breve comentario, nos limitaremos a mostrar las inconsistencias y la incorrecta aplicación de los precedentes que se citaran en el voto de RIGGI, clara muestra del discurso al que recurren muchas veces nuestros tribunales de invocar derechos constitucionales para perjudicar la situación del imputado.

En este aspecto, TRAGANT recurrió a la misma práctica, pues uno de sus argumentos para revocar la resolución impugnada fue que ésta adolecía de ausencia de motivación conforme a las reglas de la sana crítica —arts. 123 y 404, inc. 2, CPP Nación—, y que tal ausencia de motivación afectaba la garantía de defensa en juicio —¿de quién, del fiscal?¹—.

Para no quedarse atrás en sus llamativos argumentos, TRAGANT también se preocupó por *declarar culpable* a Omar CHABÁN antes de que se demostrara su culpabilidad, quebrando así su estado jurídico de inocencia. En este sentido, TRAGANT afirmó:

Se pondrá fin así, a la grotesca consecuencia derivada de la decisión bajo inspección, consistente en que quien se encuentra enfrentando la firme imputación de ser autor de graves delitos, esté disfrutando de una "libertad diferenciada" para la que se están destinando decenas de custodios de las fuerzas de seguridad para preservarlo de supuestos ataques o agresiones de terceros, sustrayendo ese personal de las específicas y numerosas tareas que ordinariamente deberían cumplir. No es fácilmente explicable que *cuanto mayor sea la magnitud del daño causado y la cantidad de afectados (varios cientos) por los delitos*, también mayor sea la protección que la propia sociedad deba brindarle (destacado agregado).

¹ Como bien explica MAIER, es absolutamente aberrante la práctica de la Corte Suprema y de otros tribunales de interpretar e invocar las garantías y derechos individuales —como el derecho de defensa— para beneficiar la posición del Estado, reconociéndolo como titular de dichas garantías —que sólo protegen a los particulares— y en perjuicio del imputado. El autor cita el fallo de la CSJN "Jofré, Hilda N. y otra", del 24/3/94, en el cual la Corte Suprema anula una sentencia absolutoria por violación de la garantía de "defensa en juicio" y la "garantía constitucional del debido proceso" que, según esta interpretación, le corresponde también al ministerio público (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I., ps. 710 y ss.).

De modo claro, al hacer referencia a la “magnitud del daño causado”, no concedió a CHABÁN ni siquiera el beneficio de la duda. Además, expresó su molestia por el hecho de que se le atribuyera una custodia —como si eso fuera culpa del propio CHABÁN—, opinión personal ajena al objeto de la decisión y a su función jurisdiccional, y, además, formuló una distinción entre quienes resultan procesados por hechos graves —jurídicamente inocentes— y las demás personas, en relación a su derecho a que el Estado les garantice la protección de su vida o, por lo menos, de su integridad física; distinción que no tiene fundamento jurídico alguno más que la opinión personal que a TRAGANT le merece CHABÁN, a quien ya declaró culpable con el grado de certeza para condenar.

II. Invocando los derechos humanos

Luego de describir los agravios de la fiscalía y la posición de la defensa, RIGGI se embarca de lleno, en un voto bastante extenso, en consideraciones esenciales del instituto del encarcelamiento preventivo y en derechos fundamentales del imputado protegidos tanto en el texto de la Constitución Nacional como en de los instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter vinculante que, conforme al art. 75, inc. 22, de la CN, gozan de jerarquía constitucional.

En el considerando segundo de su voto, RIGGI comienza la redacción de una decisión que habrá de mandar a un inocente a prisión, paradójicamente, invocando cláusulas constitucionales y normas varias de instrumentos internacionales de derechos humanos destinadas a proteger su libertad. También se ocupa de distinguir el fin de la pena del fin de la prisión preventiva, en cuanto medida de coerción estrictamente procesal.

Luego de declamar los principios fundamentales del juicio penal propio de un Estado de derecho, RIGGI cometió su primer "error", error que un miembro de la Cámara Nacional de Casación Penal no puede cometer. Ello pues citando el fallo "Bramajo"², de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, indicó que recurriría a la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, la Comisión Interamericana, la Comisión, o la CIDH— sobre el tema del encarcelamiento preventivo. Y esa incorrecta decisión le permitirá citar el terrible Informe 2/97³ de la Comisión, que afortunadamente la Corte Interamericana revirtió con el fallo "Suárez Rosero"⁴, y que es el precedente que debería haber aplicado, no sólo por ser posterior al Informe 2/97⁵, sino porque fue dictado por el órgano de mayor jerarquía del sistema interamericano.

III. La importancia del caso "Suárez Rosero"

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó la doctrina del caso "Suárez Rosero" en una decisión de 1998, en la que destacó especialmente la exclusiva finalidad procesal del encarcelamiento preventivo. Así, el 22/12/98 se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 316, párr. II, *in fine*, del CPP Nación, en el caso "Nápoli"⁶.

² CSJN, caso "H. J. Bramajo", sentencia del 12 de septiembre de 1996, "Jurisprudencia Argentina", nº 6012, ps. 45 y siguientes

³ CIDH, Informe Nº 2/97, Casos 11.205 y otros (Argentina), resolución del 11/3/97.

⁴ Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12/11/97.

⁵ Un análisis del Informe 2/97, y del Informe 12/96 que lo precedió, en CASTEX, FRANCISCO y FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina, *Los plazos de duración de la prisión preventiva bajo la óptica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, nº 7.

⁶ CSJN, Caso "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", Nº 284.XXXII, del 22/12/98. El voto de la mayoría fue suscripto por BELLUSCIO, BOGGIANO, LÓPEZ y VÁZQUEZ. FAYT se pronunció por su voto, mientras que PETRACCHI y BOSSERT redactaron sus respectivas disidencias. El primero consideró que el recurso no cumplía con los recaudos de fundamentación previstos en el art. 15 de la ley 48, al no justificar porqué se había omitido recurrir ante la Cámara Nacional de Casación

En el caso, la defensa interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había revocado la decisión del juez de menores que concedía la excarcelación a la imputada, a quien se atribuía calidad de partícipe secundaria en el delito previsto en el art. 139 *bis* del Código Penal. La Cámara revocó la excarcelación pues “consideró que el art. 316, segundo párrafo *in fine*, del Código Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410) restringía su concesión a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los arts. 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal...” (Caso “Nápoli”, cons. 2, del voto de la mayoría). La defensa planteó la inconstitucionalidad de la norma procesal por resultar violatoria de los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes. El art. 316, párr. II, del CPP Nación establece:

El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal.

La Corte Suprema revocó la sentencia impugnada y declaró la inconstitucionalidad de la regla procesal que impedía otorgar la excarcelación. La decisión de la mayoría hizo referencia a diversas cuestiones, de las cuales mencionaremos las más importantes.

1) Destacó que el art. 18, CN, “dispone categóricamente que ningún habitante de la nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada inocente y tratada como inocente... hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme”, invocó un

Penal. BOSSERT, por su parte, desestimó el recurso por no dirigirse a impugnar una “resolución dictada por el tribunal superior de la causa”.

viejo precedente de 1871 en el cual se sostuvo que es “un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario (Fallos 10:338)”, y mencionó un caso de 1905 (Fallos 102:219) en el cual se acuñó la definición de “presunción de inculpabilidad” (cons. 5).

2) Reafirmó el rango constitucional del derecho a gozar de la libertad durante el proceso (cons. 6), y señaló que la amplia potestad legislativa para establecer “regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto está orientada a que la prisión preventiva —como medida de corrección [sic] procesal— conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia... esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones” (cons. 7).

3) En la parte más cuestionable de la decisión, se manifestó que los límites establecidos para denegar la excarcelación fundados en el monto máximo de la pena considerados en abstracto representan una “presunción” del legislador. El “criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción”, se agregó, “se funda... en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación” (cons. 8 y 9).

En este punto, el argumento de la mayoría resulta insostenible. Dado que en esos supuestos el encarcelamiento preventivo es automático, éste no depende, en modo alguno, de que tal posibilidad exista o no en el caso concreto. Si la existencia cierta de la posibilidad mencionada resulta completamente irrelevante en todos los casos, parece difícil que pueda sostenerse la opinión de la Corte.

Si bien, como veremos, RIGGI sostiene que la presunción legal es una presunción *iuris tantum*, en la práctica termina por convertirla en una presunción *de iure*. Por otra parte, tampoco es cierto que la finalidad

perseguida por el legislador consista, como se afirmó, en neutralizar el peligro procesal “en las primeras etapas de la investigación”, pues el encarcelamiento preventivo, en esos supuestos, jamás se limita a ese período temporal⁷.

4) La ley 24.410, se destacó, calificó ciertas conductas como delictivas, entre ellas la prevista en el art. 139 *bis* del Código Penal, y las excluyó del régimen general de excarcelación “al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esas hipótesis” (cons. 11). Así, se “excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación... exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula”⁸ (cons. 12). Luego de desarrollar los criterios que deben regular el principio de igualdad ante la ley, se afirmó que al dictar la ley 24.410, el legislador se apartó de tales criterios, pues “recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva” (cons. 15). La misma idea fue reexpresada en los términos siguientes:

... la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas —por más aberrantes que puedan ser— como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos... desvirtúa la naturaleza

⁷ Si por “primeras etapas de la investigación” se entiende el plazo que dura el encarcelamiento hasta que se agotan los límites temporales establecidos en la ley 24.390, el argumento tampoco es válido. En primer lugar, por el carácter excesivamente prolongado de los límites temporales regulados en la ley. En segundo término, debido a que el legislador aprobó el CPP Nación *antes* de dictar la ley 24.390, y la prisión preventiva obligatoria establecida para quienes son imputados por delitos con pena privativa de libertad superior a ocho años estaba prevista en la versión original de la ley 23.984.

⁸ Al respecto, se agrego: “... tal como se desprende de sus antecedentes parlamentarios, que justifican la detención cautelar consagrada en esos casos ‘... en la protección que merece el bien jurídico tutelado’ (conf. Cámara de Senadores, fundamentos del dictamen del miembro informante —senador Augusto Alasino—, sesión del 30 de junio de 1993)” (cons. 12).

cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad (cons. 16).

5) Se arribó a la conclusión de que la exclusión del régimen general de excarcelación establecida por la ley 24.410 resultaba violatoria del derecho a la igualdad ante la ley de la imputada (art. 16, CN). No se mencionó, sin embargo, el principio de inocencia (cons. 17). A pesar de ello, se afirmó que la solución adoptada resultaba coincidente con “los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual ‘jerarquía constitucional’”, y se invocó la doctrina del caso “Suárez Rosero”, en el sentido de que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el principio de inocencia, debía revestir carácter cautelar —no punitivo— y excepcional. También se citó otro criterio establecido en “Suárez Rosero”, éste sí referido al principio de igualdad, que consideraba contrario a tal principio “una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados” (cons. 18).

6) La Corte, finalmente, reconoció expresamente la exigencia derivada del principio de excepcionalidad de aplicar, en todos los casos, la medida de coerción menos lesiva, invocando uno de sus propios precedentes. Así, destacó el rango constitucional del derecho a la libertad durante el proceso y el fin del encarcelamiento cautelar, sólo limitado a asegurar la aplicación del derecho penal sustantivo. A ello agregó:

... y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de

la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (Fallos 102:219, citado en cons. 19).

La doctrina del caso "Suárez Rosero" ha sido aplicada en reiteradas ocasiones en la jurisprudencia⁹. Ha sido invocada, también, para resolver otras dos cuestiones diferentes. En primer lugar, fue citada para resolver un planteo de plazo razonable del proceso, que fue acogido positivamente —caso "Fridman"¹⁰, resuelto el 25/9/98, por la Sala I de la Cámara Federal de la Capital—. En segundo lugar, dos tribunales coincidieron en declarar la inconstitucionalidad de la excepción prevista en art. 10 de la ley 24.390, en el texto anterior a su reforma¹¹.

En el caso "Hurtado, Cosme"¹², el juez Gabriel CAVALLO —cuando era juez de instrucción— se apartó de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en los precedentes "Aranda" y "Alonso, Jorge y otros", al resolver sobre la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24.390. Además de cuestionar las conclusiones de la Corte Suprema en los precedentes mencionados porque no habían sido consideradas cuestiones relevantes que merecían atención, el juez calificó de arbitraria la distinción establecida en el art. 10 de la ley invocando jurisprudencia posterior del sistema interamericano —el Informe 2/97 de la Comisión, que hizo mención expresa a esa excepción legal—.

⁹ Por ej., fue citada en el voto de BRUZZONE en el caso "Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión", de la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, del 10/11/2003.

¹⁰ Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, Causa N° 29.796, "Fridman, Salomón s/falta de acción y prescripción", Reg. N° 813, del 25/9/98, con los votos de VIGLIANI y RIVA ARAMAYO.

¹¹ Hoy la excepción que impide aplicar los plazos legales está regulada en su art. 11: "Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7° de la ley 23.737 y aquéllos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de esa misma ley" (texto según ley 25.430, publicada en el B.O. el 01/06/2001).

¹² Juzgado Federal de Instrucción N° 4, Secretaría N° 8, Causa N° 8.498, "Hurtado, C. s/incidente de excarcelación", del 23/11/98.

Por otra parte, en el caso "Hurtado, Alejandro"¹³, la Sala I de la Cámara Federal de la Capital confirmó la doctrina del caso anterior. El tribunal fundó la necesidad de dejar de lado precedentes en sentido contrario —incluso uno de sus propios fallos— en el hecho de que "el panorama jurídico existente... ha variado de modo relevante", aludiendo a la evolución de la jurisprudencia del sistema interamericano.

En primer término, la Cámara sostuvo, respecto del caso "Bramajo", que "la existencia de un pronunciamiento posterior de la Comisión, específico y contrario a la opinión de la Corte Suprema, *priva a este fallo de sustento y obliga* a que los tribunales se hagan eco de la opinión de la Comisión, preservando la supremacía normativa y la vigencia del contenido de los tratados" (destacado agregado). Luego de enunciar la doctrina establecida por la Comisión en el Informe N° 2/97 respecto de la excepción del art. 10 de la ley 24.390, la Cámara destacó que "la Comisión recomendó a las autoridades judiciales el cumplimiento de las garantías reconocidas en la Convención, sin excepción alguna, y que los afectados por períodos de detención irrazonable sean puestos en libertad...". Así, el tribunal consideró que, por integrar uno de los poderes públicos del Estado, estaba obligado a tomar las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones de la Comisión.

A ello agregó que resultaba "ineludible considerar el reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Rosero contra Ecuador, fallado el 12 de noviembre de 1997". El tribunal consideró que la decisión de la Corte Interamericana resultaba estrictamente aplicable a la excepción del art. 10 de la ley

¹³ Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, Causa N° 30.406, "Hurtado, A. s/incidente de excarcelación", Reg. N° 8, del 8/1/99, con los votos de VIGLIANI y RIVA ARAMAYO.

24.390, dado que la norma legal ecuatoriana era análoga a la de nuestra legislación, razón por la cual declaró su inconstitucionalidad.

En síntesis, era el fallo "Suárez Rosero" el precedente aplicable al instituto del encarcelamiento preventivo, y no la doctrina de la Comisión en el Informe 2/97, especialmente en aquellos puntos citados expresamente por RIGGI en su voto, que fueron revertidos de manera explícita por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La doctrina de "Suárez Rosero", por otra parte, fue ratificada por la Corte Interamericana en los casos "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, y Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004,

En este sentido, resultó atinada la advertencia de ABREGÚ¹⁴:

A pesar de los aciertos de nuestro Supremo Tribunal en el caso "Giroldi", no todos son aplausos: dos recientes decisiones nos enfrentan con la posibilidad de que los mismos instrumentos internacionales puedan ser utilizados para limitar los derechos de otro modo protegidos en el derecho interno, en abierta contradicción al principio *pro homine* antes expuesto.

Nos referimos a los casos "Bramajo"⁴⁹ y "Chocobar"⁵⁰, de septiembre y diciembre de 1996 respectivamente. En el primero de estos casos se discutía el alcance de la ley 24.390, que regula la duración máxima de la prisión preventiva (denominada comúnmente "ley del dos por uno"). Al momento de determinar, entonces, si los límites objetivos que la ley dispone para la duración de la prisión preventiva eran aplicables o no al caso pendiente ante el tribunal, la Corte resolvió, alegando para ello una antigua decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el plazo razonable al que alude el art. 7.5 del mencionado Pacto exige dejar librada a la

¹⁴ ABREGÚ, Martín, *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 20 y siguientes.

⁴⁹ [Nota en el texto citado] CSJN, "Bramajo, Hernán", 12/9/96, "Jurisprudencia Argentina", nº 6012, del 20 de noviembre de 1996, p. 45 y siguientes.

⁵⁰ [Nota en el texto citado] "Chocobar, Sixto Celestino c/Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", sentencia del 27 de diciembre de 1996, "La Ley", Suplemento de Derecho Constitucional, 21 de marzo de 1997, ps. 3 y siguientes.

discrecionalidad del juzgador la determinación de la legalidad o no de una detención preventiva. De este modo, la Corte Suprema, interpretando a la luz de supuestos principios internacionales, se opone a cualquier aplicación automática de límites objetivos definidos legislativamente.

Dos importantes objeciones merece, desde el punto de vista del DIDH, esta decisión. En primer lugar, tal como ya fuera esbozado, es muy discutible que la interpretación hecha por nuestro máximo tribunal sea la más favorable para la vigencia de los derechos humanos, tal como ordena el principio *pro homine*. Pero, además, el art. 29 de la CADH es muy claro al establecer que: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: "... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte...".

En este sentido, el criterio de la Convención es preciso: no puede limitarse un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno utilizando como argumento la vigencia del tratado. La regla práctica para poner a prueba cualquier decisión que invoque el DIDH es sencilla: si no existiera la norma del DIDH que se quiere aplicar en un caso concreto, ¿el individuo gozaría más o menos de la vigencia del derecho? Si la respuesta nos dice que la utilización de la normativa internacional restringe el derecho, entonces su aplicación es contraria a los principios del DIDH en general, y al artículo 29 de la CADH en particular. Desde este punto de vista, no cabe duda que la sentencia en "Bramajo" es contraria, por la aplicación que hace de ella la Corte Suprema, a la CADH.

Pero además de esta errónea interpretación realizada por la Corte, la sentencia en "Bramajo" cuenta también con una segunda y grave falencia. Nos referimos al hecho de que, al momento de la resolución tomada por la Corte, ya existía una nueva decisión de la Comisión Interamericana, exactamente en el sentido contrario a la de nuestro máximo tribunal. Se trata del Informe de la Comisión en el caso "Giménez", resuelto por este órgano con fecha 1º de marzo de 1996 y publicado en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995⁵³. En esta decisión, además de modificar parcialmente su dictamen del caso citado por la Corte, la Comisión explícitamente felicita al Gobierno argentino por la sanción de la ley 24.390 y considera un acierto la determinación de límites objetivos determinados legislativamente para su aplicación automática por parte del magistrado que entiende en la causa⁵⁴.

⁵³ [Nota en el texto citado] Informe nº 12/96, Caso 11245, en OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7, rev., 28 de febrero de 1996, ps. 33 y siguientes.

⁵⁴ [Nota en el texto citado] Cf. ídem, p. 57.

Como veremos, RIGGI hizo lo mismo que la Corte en "Bramajo": aplicó un precedente del sistema interamericano que ya había perdido vigencia, y que había sido revertido por una decisión que no puede haber desconocido. Por lo demás, como también veremos, RIGGI aplicó el texto de los dos informes que cita de la Comisión Interamericana de manera incorrecta, tergiversando los principios que ellos sentaron.

IV. Los criterios de RIGGI

a) La gravedad del hecho

A lo largo de su desarrollo, RIGGI enumera los diversos criterios que según su opinión, se deben tomar en cuenta para ordenar la privación de libertad de un inocente. Con citas de doctrina, jurisprudencia y normas legales, destaca el carácter necesario del encarcelamiento preventivo pero al mismo tiempo, la naturaleza de medida cautelar de la prisión preventiva, dirigida a neutralizar, exclusivamente, los peligros procesales —peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la investigación— que le dan fundamento. Señala también que para resolver sobre ella se debe tener en cuenta los hechos del caso y las características personales del imputado.

Invocando una errónea doctrina de la Corte Suprema, alega que si bien la Constitución Nacional no regula el instituto, éste surge de la posibilidad de "arrestar" a las personas del art. 18 —nuevamente, no sólo se confunde un arresto con un encarcelamiento preventivo, sino que además, se usa una regla prevista para proteger de las detenciones arbitrarias para fundar la facultad del Estado de ordenar la medida que más afecta el principio de inocencia y la necesidad de "juicio previo"—. Recurriendo al mismo tipo de interpretación, deriva de la cláusula del art. 18 *in fine* de la Constitución, la posibilidad de detener personas por años. Lo paradójico que la cláusula no sólo *no*

sirve para garantizar a las personas detenidas que las cárceles sean “sanas y limpias”, sino que además se la utiliza para privarlas de su libertad ambulatoria antes de una sentencia condenatoria firme.

También menciona el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, en el sentido de que los jueces deben aplicar siempre la medida cautelar menos lesiva de derechos, y en el sentido de que no debe aplicarse descuidadamente:

Que la privación de la libertad “no debe ser la regla”, constituye un principio expreso constitucionalizado (artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La primera distorsión de la doctrina de la Comisión en el Informe 12/96 que RIGGI cita en primer lugar consiste en afirmar que “la gravedad del delito imputado y la severidad de la pena con la que se conmina la infracción es un parámetro razonable y válido para establecer, en principio, que el imputado podría intentar eludir la acción de la justicia”.

Sin embargo, RIGGI no afirma lo que la Comisión realmente dijo:

“86. Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. *La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio*” (destacado agregado).

En este sentido, es cierto que la Comisión hizo referencia en primer término a la *gravedad de la infracción* y a la *severidad de la pena*, y reconoció que, a pesar de que estas circunstancias *podrían* ser

tomadas en cuenta, ellas se inspiran en criterios de retribución penal que desvirtúan el fin procesal de la medida cautelar y la tornan una pena anticipada (párrafo 86). Se destacó que el criterio de la severidad de la pena es insuficiente para evaluar la existencia concreta del peligro de fuga, pues la amenaza disminuye si la detención continúa (párrafo 87), y que el Estado puede recurrir a otras medidas cautelares. Se consideró, en consecuencia, que el sentido de proporcionalidad entre condena y prisión procesal constituye, “para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada” (párrafo 88). En conclusión, la CIDH afirmó enfáticamente que sólo procede la prisión preventiva ante la verificación concreta de la existencia de peligro procesal (párrafo 89).

A pesar de ello, RIGGI afirma:

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

Así, en abierta contradicción con el Informe de la Comisión que él mismo cita, da por sentado que la presunción legislativa es correcta, esto es, que la mera conminación de una pena superior a cierta cantidad de años, a menos que el imputado demuestre que no se va a fugar —supuesto de prueba imposible—, “demuestra” el peligro de fuga.

Esto contradice, por otra parte, la misma doctrina de la Comisión que afirma que el peligro procesal no se puede presumir, sino que debe ser

probado. Esto significa que es el Estado el que tiene la carga de la prueba de verificar hechos reales que permitan pronosticar el peligro procesal, y que el Estado no puede evadir su responsabilidad por el simple trámite de establecer una presunción legal.

La existencia de peligro procesal no se puede presumir. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no exista peligro alguno. No basta, entonces, con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia —v. gr., la pena prevista legalmente— el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las *circunstancias objetivas y ciertas* que, en el *caso concreto*, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la *necesidad* de la medida de coerción. Se puede sostener que “estamos en presencia de uno de estos casos [de peligro procesal], con evidencia, cuando es posible *fundar racionalmente* que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual (peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria)”¹⁵.

Varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten afirmar el reconocimiento de la obligación internacional del Estado de verificar el peligro procesal que torna necesaria la imposición de la medida de coerción. El art. 7.3 prohíbe las detenciones arbitrarias, es decir, las que, aun cumpliendo los requisitos legales, carezcan de razones que la justifiquen. El art. 7.4 exige que se informe a toda persona detenida de las razones de su detención, confirmando la ilegitimidad de toda detención arbitraria. El

¹⁵ Maier, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 522 y s. (destacado agregado).

art. 7.5 y 7.6, garantiza el control judicial de la legalidad de toda detención. Tratándose de un caso de detención preventiva, el control judicial exige, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, la comprobación efectiva de la existencia concreta de razones (el peligro procesal) que determinan la necesidad de imponer la medida de coerción. El art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene disposiciones similares.

Ha dicho el Comité de Derechos Humanos:

La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de pruebas o la reincidencia en el delito¹⁶. En este caso el Estado parte no ha demostrado que se hallaren presente ninguno de esos factores... En concordancia con los argumentos expuestos [arriba] el Comité decide que la detención... no fue razonable ni necesaria en las circunstancias del caso, y constituye en consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto¹⁷.

A ello se ha agregado:

La decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Hill reviste particular importancia por reconocer la obligatoriedad de contar con una decisión individualizada sobre la necesidad de detener a un acusado, que tome en cuenta todas las circunstancias pertinentes¹⁸.

En este sentido, una ley que establece una presunción no cumple con la exigencia derivada del Pacto por el Comité de Derechos Humanos y, por lo tanto, es interpretación vinculante para nuestros tribunales.

La obligación de verificar la existencia de un peligro concreto ha sido reconocida claramente por la Comisión Interamericana. La Comisión ha destacado expresamente "que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una*

¹⁶ A pesar que la doctrina del sistema universal permite este supuesto, que es un supuesto sustantivo y no procesal, por aplicación del principio *pro homine* se debe aplicar la doctrina del sistema interamericano.

¹⁷ Comité de DH, caso Mulong c. Camerún, párr. 9.8.

¹⁸ O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 290.

sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”¹⁹. Para que la sospecha exigida pueda ser considerada razonable se requiere, de manera necesaria, la verificación efectiva de circunstancias objetivas del caso cuya existencia sea demostrada a través de la obtención, incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco del proceso.

El deber de comprobar la existencia del peligro en el caso concreto exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo, exclusivamente, del tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de circunstancias concretas, objetivas y ciertas, en un caso particular, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal. Es tarea del tribunal, y función propia y exclusiva del poder judicial, determinar en el caso concreto sometido a su decisión la existencia de cada uno de los extremos fácticos requeridos por el ordenamiento jurídico para autorizar el encarcelamiento preventivo, entre los cuales se halla el peligro procesal. Dado que se requiere la comprobación de circunstancias fácticas vinculadas al caso concreto, la tarea sólo puede ser atribuida al poder judicial, pues sólo así resultará posible la verificación efectiva de las circunstancias propias de cada caso particular. Así, ha dicho el Comité de Derechos Humanos:

El mero hecho de que el imputado sea un extranjero no implica que se le pueda mantener en prisión preventiva en espera del juicio. El Estado Parte ha sostenido en realidad que había un temor bien fundado de que los autores saliesen de la jurisdicción española si se les concedía la libertad bajo fianza. Sin embargo, no ha comunicado los motivos de ese temor, ni por qué no pudo hacerle frente fijando la fianza en un monto apropiado o estableciendo otras condiciones para la puesta en libertad. La mera conjetura de un Estado Parte de que

¹⁹ CIDH, Informe N° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 48 (destacado agregado).

un extranjero puede salir de su jurisdicción si se le concede la libertad bajo fianza no justifica una excepción a la regla establecida en el párrafo 3 del artículo 9²⁰.

En el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeta a las reglas básicas del Estado de derecho, sólo el poder judicial detenta la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos válidamente al proceso. En consecuencia, la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción —sin admitir prueba en contrario, y aunque se admita tal prueba—, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial. Así lo ha dicho claramente la Comisión en el Informe citado por RIGGI (Informe 2/97):

En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la medida mencionada de acuerdo a alguno de los criterios establecidos por la Comisión (párr. 24).

Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados “delitos no excarcelables” resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda

²⁰ El art. 9.3 del Pacto establece: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la 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”. Comité de DH, caso Hill y Hill c. España, párr. 12.3 (1995).

comprobarse o discutirse la existencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de las funciones exclusivamente judiciales. La legislación procesal no puede establecer criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación de libertad e impidan la verificación judicial de las circunstancias concretas del caso, como sucede, por ejemplo, con los delitos no excarcelables. Frente a tal situación, es obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro en el caso sometido a su decisión.

Sin embargo, RIGGI afirmó:

Adviértase particularmente que el límite que la ley establece para que la referida presunción legal adquiera operatividad es ocho años de encierro, en tanto que en la presente causa, el monto máximo de la sanción a imponer alcanza los veintiséis años. Lo expuesto pretende poner en evidencia que si el temor a perder la libertad por un lapso de ocho años ya es suficiente para fundamentar el recaudo legal en orden a la posibilidad que el imputado intente evitar esa pena, tanto mayor será la adversión a padecer una sanción más intensa, y en consecuencia, superior será también la motivación del agente en ese sentido.

De este modo, con estas afirmaciones, RIGGI ignora todas las exigencias establecidas por los estándares internacionales. Una presunción legal no "prueba" nada de manera efectiva, sólo se le adjudica idéntico valor que a un hecho probado, por una ficción legal.

La Comisión, además, agregó en el párr. 85 del Informe 12/96:

En el presente caso, los tribunales argentinos fundan su negativa para otorgar la excarcelación al señor Giménez en las características del hecho que se le atribuye, en su historia criminal y en la perspectiva de una pena severa.

Veremos que según RIGGI, estos criterios que ya fueron invocados por la Comisión para declarar ilegítima la prisión preventiva, son criterios que deben ser tomados en cuenta. Más allá aún, luego de sostener

que la presunción de peligro procesal derivada del monto de la pena establecida en el art. 316, CPP Nación, no se debe aplicar automáticamente, admite con sus propios dichos que ésta opera de manera prácticamente obligatoria.

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

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

Por lo demás, aun si se considera la presunción como una presunción *iuris tantum*, ello vulnera el principio de inocencia, pues la presunción legal exime al Estado de demostrar la existencia del peligro procesal y, lo que es más perverso, deposita sobre el imputado la carga de la prueba sobre la inexistencia de tal peligro. En los dos Informes citados en el voto de RIGGI, por otra parte, la Comisión no analizó los alegatos de las partes —los peticionarios— para determinar si éstas habían invocado y demostrado la inexistencia del peligro procesal, sino que, de modo claro, evaluó los argumentos de hecho y de derecho que las autoridades judiciales brindaron para mantener privados de su libertad a los denunciados.

b) Fines no procesales

I. Más adelante, en su voto, RIGGI invoca el Informe 2/97 para justificar *los fines no procesales* del encarcelamiento preventivo:

Como tercer parámetro²¹, la Comisión ubicó el riesgo de comisión de nuevos delitos, entendiendo al respecto que “32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.” (el resaltado nos pertenece).

En primer término, tal afirmación viola manifiestamente el principio de inocencia. Sólo se trata de evitar que reincida alguien que ya ha cometido un delito. La finalidad de evitar la reincidencia, por lo demás, es un fin de la pena y no de la prisión preventiva. También se trata de formular un juicio que, al partir del presupuesto de la culpabilidad del imputado, viola el principio de inocencia y, por si esto no resultara suficiente, con una concepción de derecho penal de autor reñida con nuestra Constitución Nacional. El derecho penal de acto resulta opuesto al derecho penal de autor. Según se señala, el artículo 19, CN, impone el principio de derecho penal de acto como garantía y límite a la injerencia represiva del Estado:

En lo que aquí interesa es preciso advertir, por una parte, que ese primer mandato [el deber de que las prohibiciones se refieran exclusivamente a acciones humanas] que deriva de la mencionada norma constitucional importa, sin lugar a dudas, la consagración de una garantía explícita para los habitantes de la Nación: el derecho penal de acto y, a su vez, el claro rechazo de un derecho penal de autor, de carácter, o de personalidad²².

²¹ El segundo es el mérito sustantivo, esto es, la probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible.

²² MAGARIÑOS, Mario, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 77.

Nuevamente, se viola el principio *pro homine* al admitir una razón que justificaría la prisión preventiva que no está regulada en nuestro texto legal, que sólo admite los peligros procesales. Así, tanto el Comité como la Comisión han sostenido lo garantizado en el art. 7.2 de la Convención Americana, en el sentido de que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Por lo tanto, la posibilidad de reincidencia, al no ser un motivo regulado en nuestro texto legal, no puede ser utilizada como criterio para resolver la privación de libertad. Ello significa que, por exigencia del art. 29 de la Convención Americana, no se puede interpretar la Convención de manera tal de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" (art. 29.2)²³.

Del mismo modo, la Corte Interamericana en el caso "Suárez Rosero", derivó del principio de inocencia como exigencia fundamental el fin exclusivamente procesal atribuido a la coerción cautelar como presupuesto de su legitimidad. La Corte determinó, en este sentido, que del "artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que *no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones* y que *no eludirá la acción de la justicia*, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva"²⁴. En consecuencia, resulta evidente que, en la interpretación de la Corte, el

²³ Sobre el principio *pro homine*, cf. PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, citado.

²⁴ Caso "Suárez Rosero", párr. 77 (destacado agregado).

principio de inocencia impone a los Estados la obligación de restringir la libertad del imputado de manera excepcional, y sólo ante la estricta necesidad de neutralizar el peligro de fuga o el peligro de entorpecimiento de la investigación.

Los dos supuestos de peligro procesal que el encarcelamiento preventivo tiene como fin neutralizar, y que han sido admitidos por la Corte, coinciden con los reconocidos por la mayoría de la doctrina²⁵. Así, se señala que la prisión preventiva se aplica para garantizar “la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”²⁶.

De este modo, ignorando los principios fundamentales establecidos por la Corte Interamericana, RIGGI afirmó:

También debe meritarse, a la par de la gravedad del hecho penal que se imputa, *la peligrosidad evidenciada por el acusado*, pues la posibilidad de reiteración delictual no deja de ser una presunción que sólo habrá de justificar el encierro cautelar en la medida en que los bienes jurídicos que pudieran encontrarse comprometidos sean de una entidad suficiente para sustentar la medida (cfr. en este sentido la opinión del destacado maestro alemán Claus Roxin en “Derecho

²⁵ Cf., por todos, CAFFERATA NORES, para quien 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 tiene naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; sólo 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” (CAFFERATA NORES, José I., *Medidas de coerción del nuevo Código procesal penal de la Nación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 3). Sin embargo, en los últimos años, varios autores han impugnado la legitimidad del supuesto de entorpecimiento, entre ellos, BINDER (*Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2ª ed.); BOVINO (*Contra la inocencia*, en BERTOLINO, Pedro J., y BRUZZONE, Gustavo A., *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Álora*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005); LUGONES (*El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Ley N° 6261 (Excarcelación y eximición de prisión) en el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Santiago del Estero*, en AA.VV., *La simplificación procesal*, Ed. Deof, Buenos Aires, 1997); RIEGO (*El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos*, en AA.VV., *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 1996) y SAN MARTÍN CASTRO (*Derecho procesal penal*, Ed. Grijley, Lima, 1999), entre otros.

²⁶ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 475.

Procesal Penal”, ed. del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, págs. 261/262).

En este aspecto, está claro que la Comisión Interamericana impugnó la variable de la supuesta “peligrosidad” del imputado como criterio determinante en el Informe 12/96, y también está claro que en el Informe 2/97 no hizo referencia alguna a ese criterio, con lo cual tal afirmación no condice, sino que resulta opuesta, a la doctrina elaborada por la Comisión que RIGGI afirmó que obligaba su decisión. También se opone a la doctrina sentada por la Corte en “Suárez Rosero”.

Como se desprende del párrafo citado, en criterio de RIGGI, la “peligrosidad” del acusado puede justificar el encierro cautelar en este caso concreto, dada la “entidad suficiente” de los “bienes jurídicos” comprometidos. De manera evidente, el voto analizado se aparta del texto legal del CPP Nación, pero sin ninguna regla general o de mayor jerarquía que lo permita. Es más, en realidad las reglas de la Convención le prohíben ordenar el encarcelamiento preventivo por un motivo no regulado en el derecho constitucional y procesal penal vigentes en el ámbito interno (art. 7.2, CADH).

Pero lo más importante es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, declaró ilegítimo el concepto de “peligrosidad” por ser un concepto de derecho penal de autor, aun para la pena. Con mucho mayor razón, tal criterio no se puede utilizar para resolver el encarcelamiento de un inocente²⁷.

¿Dónde quedaron el principio de interpretación restrictiva de las medidas que restringen la libertad, el principio de inocencia, la

²⁷ Ver párrafos 88 y siguientes de esa sentencia. Reproducidos en www.pensamientopenal.com.ar.

finalidad exclusivamente cautelar de la prisión previa a la sentencia? Como hemos visto, hasta ahora RIGGI sólo ha utilizado como variable la gravedad del hecho pues tanto el primer criterio como el de la peligrosidad terminan por remitir al daño ocasionado por el delito atribuido al imputado.

c) Fines procesales

Además del peligro de fuga, RIGGI cita el criterio de la Comisión referido a la posibilidad de que el imputado entorpezca la investigación. Sin embargo, la Comisión deja en claro que en este supuesto la detención debe ser necesariamente por un período acotado en el tiempo. Así, RIGGI cita:

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

Sin embargo, a pesar de que tanto la Corte como la Comisión y el Comité de Derechos Humanos aceptan este criterio, RIGGI no indicó de qué circunstancia objetiva le permitía inferir que estamos ante la necesidad de neutralizar el peligro para la investigación, ni qué actuaciones procesales estaban en peligro, ni nada relacionado con este motivo, razón por la cual descartamos que haya aplicado este criterio en el caso concreto.

Si bien la Comisión, en el Informe 2/97, señaló el siguiente motivo separadamente al que acabamos de citar, se trata del mismo supuesto de peligro procesal, esto es, peligro de entorpecimiento de la investigación:

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

d) Preservación del orden público

A continuación, RIGGI cita un supuesto que fue rechazado por la Corte Interamericana y que surge, nuevamente, del Informe 2/97 de la Comisión:

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

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

Sin embargo, corresponde apuntar con relación a esto, que la denegatoria de la excarcelación del imputado por las reacciones que pudiera tener el público ante ello es una medida realmente excepcional, sólo aplicable ante supuestos en los que la posibilidad de desorden se explique (aún cuando no se justifique) por la

confrontación del dolor y estupor social que el delito produjo con las aspiraciones de justicia de los ciudadanos, desprovistas de intencionalidades políticas u otras semejantes, y debe durar tanto como el tiempo que le irroge al Estado el generar los mecanismos que prudentemente conduzcan a evitar o reducir en sus consecuencias el posible disturbio al que alude la Comisión. Y es que no resulta prudente ni ajustado al más mínimo sentido de justicia sostener que una persona pueda ser privada de su libertad porque otras amenazan con hacer uso ilegítimo de la fuerza en caso de que el órgano jurisdiccional no resuelva como a ellos les parece que debiera hacerlo.

Este motivo es la vieja e inadmisibles "repercusión social del hecho", y corresponde claramente a fines sustantivos que se atribuyen al encierro cautelar frente al clamor público. Si bien el voto de RIGGI no lo adopta de manera expresa, la cuestión de la gravedad del hecho, la magnitud del daño causado y las consecuencias del hecho son mencionadas, lo que indica que sí tomó en cuenta este supuesto absolutamente inadmisibles en un Estado de derecho.

Hasta aquí los criterios que RIGGI invocó para justificar la legitimidad del encierro preventivo. En el análisis que sigue a este desarrollo analizó tales circunstancias sin relación con la reincidencia sino en relación con el eventual peligro de fuga. Sintetizó los criterios señalados del siguiente modo:

Así, conceptuamos que el análisis sobre la posible intención del imputado de evadir la acción de la justicia o entorpecer el curso de la investigación puede —según el caso— ser realizado valorando la severidad de la pena conminada en abstracto; la gravedad de los hechos concretos del proceso; la naturaleza del delito reprochado; el grado de presunción de culpabilidad del imputado; la peligrosidad evidenciada en su accionar; las circunstancias personales del encartado (individuales, morales, familiares y patrimoniales, si tiene arraigo, familia constituida, medios de vida lícitos, antecedentes penales o contravencionales, rebeldías anteriores, entre otros) que pudieran influir u orientar su vida, el cumplimiento de futuras obligaciones procesales y aumentar o disminuir el riesgo de fuga; la posibilidad de reiteración de la conducta delictual; la complejidad de la causa y la necesidad de producir pruebas que requieran su comparecencia, así como la posibilidad de que obstaculice la investigación impidiendo o demorando la acumulación de prueba o

conspirando con otros que estén investigados en el curso normal del proceso judicial; el riesgo de que los testigos u otros sospechosos pudieran ser amenazados; el estado de la investigación al momento de resolverse la cuestión; las consecuencias que sobre la normal marcha del proceso habrá de tener la eventual libertad del acusado; la conducta observada luego del delito; su voluntario sometimiento al proceso, y en definitiva, todos los demás criterios que pudieran racionalmente ser de utilidad para tal fin, como los que antes desarrolláramos.

V. La aplicación de los criterios

a) El peligro de fuga

RIGGI aclara que no comparte el fallo de los camaristas y que existen numerosas circunstancias que indican la posibilidad de que el imputado se fugue y evada la acción de la justicia. Entre tales circunstancias, enumeró las siguientes:

- Si bien no se ha fugado mientras estuvo en libertad, ello se debió al hecho de que contaba con una fuerte custodia de las fuerzas de seguridad tendiente a protegerlo.

Esta circunstancia no demuestra nada. No se puede derivar del hecho de que no podía fugarse la voluntad positiva de hacerlo.

- La pena que se le imputa son de ocho a veinte años de privación de libertad, así que resulta razonable presumir que evadirá la acción de la justicia. Si el CPP Nación, en su art. 316, presume el peligro de fuga cuando la pena que se imputa es superior a los ocho años, con cuánta mayor razón se debe esperar lo mismo frente a una pena sustancialmente mayor.

La severidad de la pena permite vaticinar, a juicio de RIGGI, que el imputado tiene voluntad fugitiva.

- Se tiene en cuenta la magnitud del daño causado, la cantidad de hechos imputados y la pluralidad de víctimas.

Todos criterios adecuados para cuantificar la sanción represiva, y para nada adecuados para determinar la eventual existencia de un peligro procesal.

- Se tiene en cuenta la cantidad de elementos de convicción que sugieren su culpabilidad.

Esta consideración es manifiestamente contraria al principio de inocencia. El principio de inocencia debe respetarse en igual medida desde que se inicia el procedimiento hasta el dictado de una sentencia condenatoria firme por un principio normativo, no por falta de pruebas. Si bien es cierto que para imponer una medida de coerción procesal debe verificarse un mínimo de mérito sustantivo —esto es, de sospecha de la responsabilidad penal del imputado—, que opera como presupuesto de la continuación de la persecución penal, ello no permite agravar el trato de las personas jurídicamente inocentes a medida en que avanza el procedimiento y se adquieren más elementos de prueba.

- En vez de encontrar una razón para detenerlo, dice no advertir motivo alguno para concederle la libertad, aunque luego agrega que “se suman plurales y concordantes elementos de juicio que indican que Omar Emir Chabán se encuentra dispuesto a eludir las investigaciones y el cumplimiento de sus compromisos procesales o, cuando menos, a intentar hacerlo”.

- Se tiene en cuenta especialmente el hecho de que se fue del lugar el día del hecho, a diferencia de otras personas que se quedaron intentando ayudar a las víctimas, y que se desinteresó de la suerte de sus allegados.

La verdad es que no comprendemos la relación entre estos hechos, ya ocurridos, y el peligro de fuga. Si CHABÁN no actuó como las demás personas, o como RIGGI hubiera deseado que actuase, en esa noche particular, nada tiene que ver con la posibilidad de que actualmente esté dispuesto a darse a la fuga.

- Se valoró especialmente el hecho de que luego del suceso permaneció en una vivienda de su propiedad que no era su residencia, como demostración de su voluntad de no someterse a la justicia.

Si CHABÁN hubiera deseado esconderse de la justicia, habría ido a una vivienda que no fuera de él, o a un hotel o, sencillamente, se hubiera ido de la ciudad. Pero nada de eso sucedió, y de estos hechos que no pasaron se deriva la voluntad fugitiva de Omar CHABÁN. Como se señala en el fallo revocado, difícilmente estuviera por fugarse cuando ni siquiera tenía encima sus documentos personales.

- En un ejercicio de extrema imaginación, RIGGI tiene como indicio de fuga la circunstancia de que CHABÁN experimentara pensamientos suicidas antes de que fuera detenido.

Tal circunstancia sólo genera peligro de extinción de la acción penal por muerte del imputado, y es absolutamente irrelevante para establecer el peligro de fuga. ¿Qué relación puede tener una fantasía suicida con el peligro de fuga?

En conclusión, los fundamentos que han sido invocados sólo parecen —como dijera el Comité de Derechos Humanos— meras conjeturas carentes de relación con la existencia de un peligro de fuga por parte de Omar CHABÁN.

b) Las condiciones personales de CHABÁN

Como advirtió con anterioridad, RIGGI consideró las circunstancias personales de Omar CHABÁN a los efectos de determinar el eventual peligro de fuga. Así, hace una serie de comentarios sin mayores fundamentos pero claramente orientados a confirmar la existencia del peligro procesal:

En la misma orientación, no encontramos elementos que nos autoricen a suponer que los lazos de amistad y parentesco que pueda

tener en la comunidad representen un factor que asegure que, en aras de no desvincularse definitivamente de sus allegados y afectos, habrá de preferir afrontar un posible juicio adverso...

... advertimos que es una persona que no ha conformado una familia propia (no está casado, ni tiene hijos); y pese a que no desconocemos que tiene madre y hermanos (conf. informe socio ambiental de fs. 8621/8625), no apreciamos que esos vínculos familiares generen en el caso un ligamen tan profundo como para neutralizar el riesgo de fuga.

No está de más recordar, en ese sentido, la constatada actitud del imputado asumida luego de producido el siniestro —que evidenció su total despreocupación por el bienestar de (cuando menos) sus familiares presentes en el lugar de la tragedia—, extremo que nos permite suponer fundadamente que sus relaciones de familia y de amistad no tienen en su particular escala de valores un lugar lo suficientemente destacado como para subordinar a ellas sus conveniencias personales. Refuerza nuestra conclusión en ese orden, que el desprecio hacia lo ajeno fue de una envergadura tal que luego de iniciado el incendio en el techo del local “República Cromañón”, abandonó el lugar diciendo “yo les avisé que esto podría pasar, ahora jódanse” (conf. declaración de los testigos Nicolás Saleh y de Fernando J. Frankel, ya citadas).

A pesar de lo que afirmó respecto de los hijos, RIGGI intenta cubrirse inútilmente, porque es un hecho que tomó en cuenta la circunstancia de que CHABÁN no tenía esposa ni hijos para negar su arraigo en esta comunidad. Más allá de ello, RIGGI valora la moralidad de los actos de CHABÁN, como si el mayor o menor carácter moral de sus actos tuviera relación alguna con el peligro de fuga, o fuera materia de competencia del derecho penal o procesal penal.

Cuadra aclarar, que lo expuesto no debe ser interpretado en el sentido que una persona que no tenga hijos siempre habrá de intentar eludir la acción de la justicia, y que por ese motivo no debe ser excarcelada; o que por el contrario, quien sí los tenga debe acceder al beneficio. Simplemente, evaluamos en el caso que —encontrándose establecida la fuerte motivación para profugarse que le significa al imputado la amenaza de sufrir un mal grave (como lo sería la posible imposición de una severa pena privativa de la libertad)— nuestro análisis en orden a la existencia de factores que pudieran influirlo en sentido contrario debe necesariamente abarcar los lazos familiares que tenga el encausado (conf. párr. 29 del informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

antes citado), estudio que en la presente coyuntura justiciable nos conduce razonablemente a descartar ese parámetro como elemento de contención y limitativo que pudiera concurrir en auxilio de la pretensión de la defensa.

Lo que queda claro es que RIGGI no puede explicar muy bien la relación entre la inexistencia de hijos y el peligro de fuga. En verdad, el hecho de no tener esposa e hijos no nos informa demasiado sobre el esfuerzo que le significaría a CHABÁN pagar su fuga, por desvincularse de su vida cotidiana y comenzar una nueva vida en algún lugar donde no tenga posibilidades de ser encontrado.

Por otra parte, el tiempo que debería permanecer fugado sería extenso —hasta que prescriba la acción o la pena—, dada la gravedad de las imputaciones en su contra. Sin embargo, el tribunal no toma para evaluar este costo la severidad de la pena, pues en este sentido ésta actúa como un desincentivo y no a la inversa.

c) Conclusiones

A pesar de todo su esfuerzo retórico, RIGGI no puede ocultar que sus fundamentos para ordenar el encarcelamiento preventivo de CHABÁN son sustantivos y no procesales.

En síntesis, del examen de las condiciones personales de Omar Emir Chabán, la seriedad de las pruebas reunidas en la causa que permiten sostener una fundada sospecha sobre su participación y culpabilidad en los hechos que se le reprochan, la severidad de la pena con la que se conminan los delitos imputados, la gravedad y consecuencias de los sucesos investigados, la actitud de intentar escapar y ocultarse luego del desdichado evento que se le recrimina y de todas las demás pautas a tener en cuenta descriptas y extensamente enunciadas precedentemente, surge nuestra convicción que en caso de permanecer en libertad durante el trámite de la causa intentará eludir la acción de la justicia, extremo que en definitiva nos conduce a propiciar al acuerdo que se haga lugar al recurso interpuesto y que se declare la nulidad de la resolución recurrida.

Así, si analizamos la conclusión encontraremos todos los criterios que se toman en cuenta para la aplicación de la coerción penal y no cautelar: a) grave sospecha sobre su responsabilidad; b) severidad de la pena que se le atribuye; c) gravedad de los hechos que se le atribuyen; d) las consecuencias de los hechos que se le atribuyen; y, por último, e) la actitud de ocultarse luego del hecho.

VI. Para terminar

I. Finalmente, RIGGI vulnera otro de los principios que dice respetar al inicio de su voto: el principio de excepcionalidad, reiteradamente definido tanto en los Informes de la Comisión que él citara como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Comité de Derechos Humanos. Ello pues admite que CHABÁN no hubiera podido fugarse aunque quisiera debido a la severa custodia personal que ha tenido mientras estaba en libertad. Ello es la mejor prueba de que la jamás demostrada fuga podría evitarse por medios menos restrictivos que la privación de libertad.

Liminarmente, corresponde indicar que si bien a la fecha Omar Emir Chabán —pese al tiempo transcurrido desde que fue excarcelado— no ha huido, no podemos considerar dicho extremo como un parámetro adecuado para establecer sus verdaderas intenciones, desde que durante todo ese tiempo debió ser férreamente custodiado —aunque por otros motivos— por personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y de la Prefectura Naval Argentina, situación que por la referida vigilancia, fuerte resguardo y control domiciliario y personal habría producido el fracaso de cualquier intento de desaparición u ocultamiento. Sin embargo, debe concordarse en que dicha custodia deberá mantenerse mientras persista el riesgo de acciones directas contra la vida o la integridad física del imputado, razón por la cual no puede hacerse reposar en aquella circunstancia la seguridad de que el mismo no ha de eludir sus obligaciones procesales o intentar su fuga.

II. Para terminar, ya hemos visto que el art. 7.2 de la Convención Americana, y el art. 9.1 del Pacto Internacional no sólo regulan los aspectos sustantivos del encarcelamiento preventivo, sino que,

además, se exige que la decisión sea tomada respetando las reglas legales y constitucionales de carácter procesal.

En este sentido, el voto de LEDESMA ha puesto de manifiesto que la Sala III concedió un recurso claramente inadmisibile, esto es, que la CNCP carecía de competencia para revocar la concesión de la libertad de Omar CHABÁN. Esta circunstancia, en sí misma, torna su detención en una detención ilegal, en los términos de ambos textos convencionales y, también, en los términos de la jurisprudencia de sus órganos de aplicación.

Ahora bien, aun si considerásemos que la detención de CHABÁN es legal, pues no está claro que el recurso de casación del fiscal fuera inadmisibile, la detención igual presenta problemas por dos razones vinculadas a la imparcialidad que la podrían tornar arbitraria.

III. En este aspecto, se podría invocar que Omar CHABÁN está sufriendo una detención *arbitraria*, pues resulta evidente, del párrafo de TRAGANT citado en el punto I de este comentario, la absoluta ausencia de imparcialidad de TRAGANT respecto de CHABÁN, y, además, el hecho cierto de que *prejuzgó*, al considerarlo culpable antes de una sentencia condenatoria firme. En efecto, en la siguiente frase habla del "daño causado", de los "afectados" y de los "delitos":

No es fácilmente explicable que cuanto mayor sea la magnitud del daño causado y la cantidad de afectados (varios cientos) por los delitos, también mayor sea la protección que la propia sociedad deba brindarle.

Tanto el art. 7.3 de la Convención Americana²⁸ como el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹ prohíben la

²⁸ "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

²⁹ "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su

privación de libertad arbitraria. Si bien en la jurisprudencia del sistema interamericano a veces se utilizan casi como sinónimos —la privación de la libertad ilegal y la privación de la libertad arbitraria³⁰— en la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se distinguen ambos conceptos.

Toda privación de la libertad física de una persona, para resultar legítima, debe ser una detención "*legal*", en el sentido del artículo 7.2 de la Convención Americana. Además de legal, la detención no debe ser arbitraria. En el caso "Gangaram Panday", la Corte Interamericana estableció que el concepto de arbitrariedad contenido en el artículo 7.3 prohíbe detenciones "por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad"³¹.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por otra parte, entre esas "otras cosas" ha considerado arbitrarias las detenciones injustas, inadecuadas o realizadas *violando el debido proceso*³².

Así, es evidente que el concepto de "detención arbitraria" no es un concepto cerrado, sino, por el contrario, es un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la Convención Americana. Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a

libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

³⁰ Cf. BOVINO, Alberto, *La libertad personal en el sistema interamericano*, en AA.VV., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 2004.

³¹ Corte IDH, Caso Gangaram Panday, párr. 47.

³² Cf. Douglas CASSEL, *El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva*, en "Revista IIDH", N° 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, p. 42.

requisitos lícitos, sino *a cualquier otra razón ilegítima* —por ejemplo, persecución del adversario político—. O, como sucede en este caso, por el clamor de los familiares de las víctimas y la reacción popular.

La Comisión Interamericana también ha dado contenido al concepto de arbitrariedad:

217. Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y *cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención*, es decir, *cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley*. La Comisión ha señalado también que la detención para *fines impropios* es, en sí misma, un castigo o pena que constituye una forma de pena sin proceso o pena extralegal que vulnera la garantía del juicio previo³³.

Está claro en este caso concreto que el motivo fundamental por el cual un tribunal que carecía de competencia para ello se avocó a resolver un recurso inadmisibile al sólo efecto —independientemente de los requisitos normativos— de ordenar la privación de libertad del Sr. Omar CHABÁN por la repercusión social del hecho, y por el escándalo que produjo la resolución de concederle la excarcelación.

Pero el motivo de la denegación de libertad es autoevidente en el voto de TRAGANT: a) es culpable; y b) es culpable de hechos muy graves. Por lo tanto, la CNCP debía satisfacer el reclamo popular y, a cualquier precio, dejar sin efecto la resolución de BRUZZONE y GARRIGÓS DE RÉBORI. En conclusión, está claro, según surge del propio fallo, que uno de los dos jueces ya está convencido de que CHABÁN es culpable, circunstancia que afectó su imparcialidad.

³³ CIDH, Ejecuciones Extrajudiciales y Desapariciones Forzadas de personas, Perú, Caso 10.247, Informe Nº 101/01, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., (2001), párr. 217, (destacado agregado).

Por otro lado, es dudoso que los votos de RIGGI y TRAGANT estén fundados, como ellos pretenden hacer creer —aunque sin demasiadas justificaciones válidas—, en el derecho vigente. Y ello nos lleva nuevamente al supuesto de una detención arbitraria. Casos como éstos son los que ponen a prueba el Estado de derecho. Y el Estado de derecho no ha sido favorecido por la decisión de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal.