

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO  
SECRETARÍA PENAL - N° 2**

**SENTENCIA N° 32/2006**

**//MA, 27 de abril de 2006.**

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Soderro Nievas y Luis A. Lutz, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: **“Incidente excarcelación de Andrés PÉREZ CASAL s/Apelación s/Casación” (Expte.N° 20734/05 STJ)**, y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., con el planteo de la siguiente:- - - -

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?- - - - -

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

-----1.- Mediante sentencia interlocutoria N° 133, del 19 de septiembre de 2005, la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- rechazar el recurso de apelación deducido por el señor Defensor General doctor César A. Gutiérrez Elcarás en representación de Andrés Perez Casal y -de tal modo- confirmar lo decidido por el Juez de Instrucción, quien no había hecho lugar al beneficio excarcelatorio solicitado.-

-----2.- Contra lo decidido, dicha parte deduce recurso de casación, que fue declarado admisible por el tribunal de grado inferior y por este. Dispuesto el expediente por diez días para el examen por parte de los interesados, la señora Procuradora General emite su dictamen a fs. 86/98, por lo que, luego de realizada la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del Código Procesal Penal, los autos quedan en condiciones de tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- El casacionista sostiene que la Cámara en lo Criminal rechaza su recurso de apelación con fundamento en los arts. 291 y 297 del rito, pues tales normas impiden la excarcelación, realizando una interpretación iuris et de iure de tal normativa. En este sentido, alega que se opone a tal interpretación pues ésta debe realizarse de modo armónico con los principios constitucionales, tanto internos como externos. Así, a su entender, el art. 297 del código adjetivo no contempla todos los casos posibles de excarcelación, sino que contiene pautas que deben armonizarse con la presunción de inocencia de raigambre constitucional (arts. 14 y 18 C.N., de lo que cita doctrina). Especifica que, conforme con la normativa procesal y constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos, en especial las reglas de Tokio (14-12-90) y el informe N° 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (11-03-97), y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la libertad de un procesado debe limitarse cuando exista peligro de fuga o la libertad misma pueda entorpecer la investigación, y que, fuera de estas dos excepciones, no se debe mantener una detención por prisión preventiva. Argumenta que las normas procesales no hacen más que establecer los supuestos en los cuales se supone que el imputado podría burlar la acción de la justicia, pero que estas pautas se encuentran sometidas a la valoración del juzgador, que puede no considerarlas determinantes, atento a la manda constitucional mencionada. En abono de su postura, cita el precedente “VERBITSKY” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 03-05-

05 (LL, Suplemente Constitucional, julio 2005, 32).- - - - -

----4.- En su dictamen, la señora Procuradora General expresa que esta temática es idéntica a la que motivó su dictamen N° 236, del 7 de noviembre de 2005 (en autos “Incidente de Excarcelación de Pulgar, Juan Carlos s/ Casación”) y que el recurso debe ser acogido de modo favorable. Cita jurisprudencia en el sentido de que la imposición de la prisión preventiva debe aplicarse de modo excepcional, para asegurar la realización del juicio y cuando toda otra restricción resulte infructuosa para evitar que aquél peligro. Agrega que la expectativa de pena no es un elemento determinante para ello y que, de constituir una presunción iure et de iure, sería un obstáculo insuperable para el otorgamiento de la libertad, con lo que tal derecho constitucional se encontraría subordinado a una presunción legal formulada en abstracto que no daría lugar a ninguna interpretación en contrario, aun cuando mediara una evidente falta de racionalidad o una desproporción entre la medida cautelar y el fin perseguido. Luego de reseñar las actuaciones principales, señala que el pedido excarcelatorio fue resuelto según una concepción aritmética, prácticamente automática, sin considerar los argumentos vertidos por la defensa y menos aun el marco constitucional referenciado. Sostiene que, toda vez que el principio de inocencia y la interpretación analógica y restrictiva están expresamente contemplados en nuestro rito provincial, no se alcanza a apreciar el motivo por el cual la ausencia de un artículo en el código procesal que expresamente habilite una interpretación iuris tantum favorezca el argumento denegatorio. Concluye entonces que los interlocutorios criticados no cuentan con la debida motivación, por lo que debe hacerse lugar al recurso deducido y, luego de fijar el derecho del caso, declarar su nulidad, con remisión de las actuaciones al origen para que proceda a evaluar la procedencia del pedido excarcelatorio.- - - - -

----5.- La Cámara del Crimen fundamenta el rechazo del recurso de apelación en que, teniendo en cuenta que el tipo penal imputado -abuso sexual gravemente ultrajante por el vínculo, art. 119 segundo párrafo inc. b) C.P.- prevé una escala penal de ocho a veinte años de prisión, los arts. 291 y 297 del Código Procesal Penal imposibilitan la excarcelación del procesado. Expresa que el señor Defensor no solicitó su declaración de inconstitucionalidad y que no evalúa la imposibilidad de fuga del imputado o si, en caso de quedar en libertad, va a interferir o no en la investigación, pues en la legislación de nuestra provincia no existe una norma similar al art. 319 del Código Procesal Penal de la Nación, que permite el mérito de otras circunstancias.- - - - -

----6.- Es doctrina reiterada de este Superior Tribunal de Justicia la que atribuye características de definitividad al pronunciamiento en tratamiento, dado que la decisión que restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa es equiparable a sentencia definitiva en tanto es susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, por afectar un derecho constitucional que exige tutela inmediata (ver Fallos 280:297 , 311:358; 314:791, entre otros).- - - - -

----7.- Comienzo por señalar que el tribunal a quo fundamenta su decisión -en lo sustancial- en el mérito de la normativa de nuestro código de procedimientos que se refiere a la procedencia de la prisión preventiva y a los supuestos de excarcelación.- - - - -

---- Así el art. 291 del rito dice: “El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento cuando al delito o al concurso de delitos que se le atribuya, corresponda pena privativa de la libertad y además estime que no procederá condena de ejecución condicional. Si no concurrieren estas dos condiciones, lo dejará en libertad provisoria”. Por su parte, el referido a la excarcelación establece: “Deberá concederse excarcelación al imputado, salvo las excepciones del artículo siguiente, cuando:... 3) No mediando sentencia, se estime en principio, que en el período de

privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena. 4) Cuando sobre la base de la pena privativa de libertad solicitada por el Agente Fiscal, pudiera corresponderle condena de ejecución condicional. 5) El período de privación de libertad permita estimar, en principio, que de haber existido condena hubiera podido obtener la libertad condicional. 6) La sentencia no firme, imponga pena que permitiría obtener la libertad condicional. En este supuesto, como en el del inciso anterior, deberá contarse, previamente con el informe del establecimiento carcelario que indica el artículo 13 del Código Penal”. Luego los artículos siguientes impiden la eximición de prisión o excarcelación para cierto tipo de delitos o ante la existencia de otros procesos, salvo en este último caso, donde la valoración de las pautas del art. 26 del Código Penal permitan presumir que igualmente procederá la condena de ejecución condicional.-----

----- De tal modo, el tribunal rechaza el recurso de apelación pues, ante el mínimo de pena del delito reprochado, la condena no podría ser de ejecución condicional, y tampoco el tiempo transcurrido en prisión preventiva permite su excarcelación, por lo que estima inconducente el análisis de las consideraciones expuestas por el señor Defensor respecto de los extremos que indicarían que su pupilo estaría a proceso hasta la sentencia final, sin obstaculizar la investigación. En este orden de ideas, según el juzgador, la ley de forma consagra el monto de la pena como una presunción iure et de iure, que obstaculiza el beneficio solicitado por la defensa, mientras ésta alude a que sólo se trata de una presunción iuris tantum, que no obsta al análisis de los extremos que propone.-----

-----8.- En este sentido, destaco que el sub examine -que tiene como aspecto central a decidir la libertad del imputado antes de la pena impuesta mediante una sentencia definitiva- se encuentra también regulado por normas interpretativas de idéntica jerarquía a las anteriores y otras superiores provenientes de la Constitución Nacional y de Pactos Internacionales de Derechos Humanos de los que la República Argentina es signataria y que conforman derecho positivo vigente a partir de su incorporación a la Constitución por el inc. 22 del art. 75.-----

----- Así, en cuanto a las garantías fundamentales del imputado, para la interpretación y aplicación de la ley, el art. 1º del Código Procesal Penal consagra la presunción de inocencia que impide considerarlo culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal. Por su parte, el art. 3º establece: “Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código o establezca sanciones procesales, deberá ser interpretado restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía”, mientras que el art. 4º de la misma normativa expresa que en caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado.-----

----- Ya en el plano constitucional, el art. 18 de la Constitución Nacional dispone que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, a la vez que el art. 7º inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos condiciona la libertad de los procesados a ciertas “... garantías que aseguren su comparecencia en el juicio...”, comparecencia que constituye el exacto límite y razón de ser de la restricción. Ello es así pues toda “... persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad...” (art. 8.2 CADH) y la pena -como fue referido supra- sólo es posible merced a un juicio previo (art. 18 C.N.), que en el sub examine todavía no se ha producido.-----

----- Entonces, es adecuado acudir a los pronunciamientos de los tribunales internacionales de Derechos Humanos, cuyas pautas orientadoras son inexcusables, pues se trata de la aplicación de normas inmediatamente operativas, aun en defecto de la legislación interna, conforme ya lo sostuvo este Superior Tribunal de Justicia en los

precedentes “INCIDENTE” (Se. 48/03) y “DE LAS CASAS” (Se. 190/05), entre otros.-----

----- Al respecto, reseño: “El carácter operativo de tales tratados y de los arts. 18 de la Constitución Nacional y 23 de la Constitución Provincial ha sido reconocido por este Superior Tribunal en el fallo 'INCIDENTE' (Se. 48/03), donde se expresó que sería '... inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes y los tratados, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones y leyes... La inexistencia de la reglamentación legislativa no obsta a la protección de la integridad física y psíquica de los detenidos, pues en materia de derechos humanos ello no debe ser requisito indispensable...'- - - -

----- “Es que, conforme lo sostiene la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay en su voto en el precedente que cito al principio del presente, los tribunales argentinos deben cumplir con los estándares exigidos por los instrumentos internacionales aprobados por el país, '... de modo tal que sus fallos puedan resistir el desafío de su impugnación ante instancias competentes para fijar la responsabilidad del Estado argentino (doctrina de Fallos: 318:1269, Considerando 21 y su cita)” (ver in re “DE LAS CASAS”, Se. 190/05).-----

----- De tal modo, al interpretar el mencionado art. 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos (fallo “SUÁREZ ROSERO”, del 12-11-97, Ser. C N° 35, 1997) y luego de lo alegado por la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que “... el proceso contra el señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Dicho artículo dispone que '[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...!', siendo que la '... Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el 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. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.- - - - -

----- De modo concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que “... la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, morivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad, proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática” (CIDH, caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, Se. Del 24-06-05, considerando 74 y cita 59, caso “Tibi vs. Ecuador”, del 07-09-04).-----

----- Entonces, conforme con tales fallos, el único encarcelamiento previo que cabe disponer es el que responde a razones de cautela, pues la restricción de la libertad es en “... los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el

desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia”.-  
----- En este punto, adelanto que considero que, para la determinación de tales razones y suponer tal cautela, no cabe acudir sólo a la estimación de la mayor gravedad del delito, como sostiene el tribunal a quo con fundamento en los arts. 291 y 297 del Código Procesal Penal, pues, como fue referido por la señora Procuradora General en su dictamen, se estaría sujetando el derecho constitucional de la libertad a esa única presunción abstracta, en desmedro de otras que podrían indicar lo contrario. De ser así, aquéllos se encontrarían en oposición directa a otras normas de superior jerarquía, pues, dado que la restricción cautelar es excepcional, su determinación no puede obviar cualquier otro parámetro que demuestre su falta de razón, so peligro de que lo excepcional se transforme en una regla de carácter general.-----

----- Así, “... el principio rector para decidir privar o no a una persona de su libertad durante la tramitación del proceso penal es lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin. En esa etapa, la del juicio, es donde se decidirá acerca de la culpabilidad o inocencia de un imputado y, consecuentemente, sobre su eventual condena o absolución producto de la sentencia que se debe dictar como conclusión... Por ese motivo, las medidas de coerción que se puedan adoptar respecto de una persona imputada de haber cometido un delito antes del dictado de la sentencia deben tener siempre carácter excepcional y sólo se justifican en la neutralización de los peligros aludidos: de fuga o de entorpecimiento de la investigación” (CNCrim. y Correc., sala V, “CHABAN”, del 13-05-05, en Revista Jurídica La Ley, 18-05-05, pág. 12).-----

----- Por lo demás, sin necesidad de recurrir a la normativa incorporada a la Constitución Nacional por el inc. 22 del art. 75, conforme con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de los que nuestra República es signataria, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguo (arts. 14 y 18 C.N.) había sostenido que para los fines de la excarcelación se deben tener siempre en cuenta “... las circunstancias del caso...” y las condiciones personales del imputado, así como también que, en el supuesto de que estos extremos lo justifiquen, podrá “... acordarse la excarcelación bajo fianza... sin peligro que se frustre la justicia que es el único objeto de la prisión durante la causa...” (CSJN, “PAZ”, del 30-11-1869, Tº 8, pág. 291).--

----- En este sentido, luego de exponer los distintos niveles normativos que se encuentran involucrados en el sub examine, cabe sostener que es cierto que la severidad de la pena con que se sanciona determinada conducta es un parámetro razonable para presumir que el imputado podría intentar eludir la acción de la justicia (art. 291 C.P.P.), pues la eventual pena de cumplimiento efectivo podría afectar su ánimo para sustrarse a la continuidad del trámite.----- Empero, lo anterior no puede constituirse en una regla general cuando la propia legislación ritual consagra algunos supuestos que, si bien no se refieren a la imposición de una prisión preventiva, sí aluden a su mantenimiento.-----

----- Así, como fuera referido supra, según el art. 297 del rito, deberá concederse la excarcelación del imputado cuando: “... 3) No mediando sentencia, se estime, en principio, que en el período de privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena. 4) Cuando sobre la base de la pena privativa de libertad solicitada por el Agente Fiscal, pudiera corresponderle condena de ejecución condicional. 5) El período de privación de libertad permita estimar, en principio, que de haber existido condena hubiera podido obtener la libertad condicional. 6) La sentencia no firme, imponga pena que permitiría obtener la libertad condicional...”-----

----- Esta norma excluye todo mantenimiento de la restricción de la libertad que no esté fundada en las razones de cautela específicamente previstas, en el entendimiento de que el imputado sometido a una medida de tal tipo puede acordar el resto del trámite en libertad, pues la pena de prisión que se impusiera podría encontrarse agotada o ser de ejecución condicional, ello en una interpretación contrario sensu.- - -

----- Sin embargo, no es admisible idéntica interpretación “contrario sensu” del art. 291 del código adjetivo, excluyendo por tanto la exención en cualquier otro caso distinto de los previstos en él, sino que éste enuncia supuestos indiciarios y, por ello, ejemplificativos para disponer o mantener una medida cautelar hasta la sentencia correspondiente, en tanto no cabe interpretar que el legislador haya decidido restringir hasta la finalización del juicio la libertad del imputado, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, de acuerdo con una única presunción abstracta -como es la imposición de una pena de prisión de cumplimiento efectivo-, cuando la regla se opone a tal restricción y el encarcelamiento preventivo es excepcional.- - - - -

- - ----- Ahora bien, lo anterior no significa desconocer el texto legal pues, advertidas las presunciones en él establecidas para imponer una medida cautelar, sólo podrán ser desestimadas con la constatación de distintos elementos de juicio que, por ser opuestos, demuestren su desacierto.-

----- “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 de 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 prueba que requiera 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...” (CNCPenal, Sala 3ª, causa N° 5996, “CHABAN”, Se. del 24-11-05).- - - -

----- En este orden de ideas, se advierte que el a quo fundó su decisión únicamente en una interpretación parcializada del ordenamiento procesal provincial y sin atender a los argumentos de la defensa de Andrés Pérez Casal en el sentido de que debía evitarse la discordancia con la normativa ritual y constitucional -arts. 14 y 18 C.N. y la de los Pactos de Derechos Humanos incorporados por el inc. 22 del art. 75-, que es inmediatamente operativa, aun en defecto de legislación interna.- - - - -

----- Asimismo, es de destacar que el a quo también omitió tratar en forma adecuada el planteo del señor Defensor en el sentido de que la legislación ritual sólo podría establecer diversas presunciones para el dictado y mantenimiento de una prisión preventiva, pero no negar la consideración de otras contrarias y demostrativas de la irracionalidad del encierro de quien no obstaculizaría ni evitaría el trámite del proceso

hasta el dictado de la sentencia que resolviera su situación.- - - - -  
- - - - -

----- “Al respecto, si bien no desconozco que V.E. ha establecido que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquéllos que estimen pertinentes para la resolución del tema (Fallos 300:522, 1163; 301:602; 302:1191, entre muchos otros), también ha resuelto que son descalificables como actos judiciales válidos aquellas sentencias que omitan pronunciarse sobre cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para ello, o lo hacen mediante breves afirmaciones genéricas sin referencia a los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su apreciación (Fallos: 298:373; 320:2451; 321:1385, 3663 y 325:1549), en tanto importan una violación a las reglas del debido proceso. Este criterio resulta de aplicación más rigurosa aún en casos como el presente, en que los agravios se encuentran vinculados a resoluciones que deciden sobre el derecho a permanecer en libertad mientras dure el proceso (Fallos: 307:549; 311:652; 312:185; 314:85; 317:1838; 320:2105 y 322:2683, entre otros) al que el Tribunal le ha reconocido jerarquía constitucional (Fallos: 102:219; 280:297; 300:642; 301:664; 308:631; 310:1835, 2245 y 321\_3630)” (del dictamen del Procurador General, que la CSJN hace suyo en Recurso de Hecho N° 139, XXXVII, in re “NARDELLA”, Se. Del 16-11-04).- - - - -

----- Pongo de resalto que la interpretación del tribunal de grado inferior -que la pena impuesta en abstracto por el tipo reprochado se convierte en una presunción iure et de iure para la disposición de un prisión preventiva- coloca a las normas rituales involucradas (arts. 291 y 297 C.P.P.) en un nivel de confrontación ineludible con otras del propio rito (arts. 1 y 3) y con las ya referidas de la Constitución Nacional (arts. 14 y 18) y del Pacto de San José de Costa Rica (arts. 7 inc. 5° y 8.2). En este aspecto, siempre es preferible -en el límite de sus posibilidades- aquella interpretación que, mediante un análisis sistemático, evite oponer unas normas a otras, pues debe intentarse no arribar al extremo de declarar la inconstitucionalidad, última ratio del sistema. Esto es así en tanto al Superior Tribunal de Justicia, por ser cabeza de uno de los poderes del Estado provincial, le corresponde el arreglo de las cuestiones que puedan comprometer la responsabilidad internacional de la provincia, como las que den lugar a la intervención de la mencionada corte supranacional.- - - - -

----- Llegado a este punto, creo conveniente citar en extensión el precedente “INCIDENTE” (Se. 48/03 STJRNSP), en la medida en que explicita los fundamentos del tipo de interpretación que propongo.- - - - -

----- “Una de las bases del estado constitucional es el principio de división de poderes. Toda 'norma legislativa considerada en relación con las circunstancias de hecho, da lugar a una relación jurídica. Ahora bien: el hacerse cargo y el expresar cada relación jurídica determinada en una regla juris, es obra propia del legislador, y el reconocimiento de la relación entre las circunstancias de hecho y la regla juris es función propia del magistrado. Corresponde, por tanto, a éste aplicar la ley tal y como se halla escrita, puesto que no tiene facultades para crear la regla que debe aplicar. Si sucede esto último, se originaría la confusión de los poderes y se violaría el canon fundamental de la Constitución de todo Estado bien organizado, a saber: la separación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo' (Fiore, 'De la irretroactividad e interpretación de las leyes', versión castellana de Enrique Aguilera Paz, Madrid, pág. 550). Debe dejarse a salvo la particular estructura de control constitucional de la provincia, que consagra en su art. 207 inc. d) la jurisdicción originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia en las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial y le atribuye fijar el plazo para que se subsane tal omisión (ver Sagüés, 'Inconstitucionalidad por omisión de los

Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial', en ED. 124:950).- - - - -

-----  
----- “Así, luego de una primera actividad creativa -momento legislativo- sucede una segunda declarativa o reproductiva de un derecho ya existente -momento jurisprudencial-. - - -

----- “En principio, siguiendo a Bobbio ('El positivismo jurídico', pág. 216), la tarea de la jurisprudencia no es la creación, sino la interpretación del derecho, ya que su concepción de una teoría funcional del derecho o del ordenamiento jurídico es superadora del positivismo kelseneiano, al asumir la reapertura del tratamiento de las funciones o fines del derecho y, en consecuencia, la valoración de un nuevo plano sociológico-axiológico, para superar la forma (teoría pura) y asumir las nuevas realidades [...].- - - - -

----- “En este orden de ideas, retomando el razonamiento inicial, la separación de la función legislativa de la jurisprudencial no significa desconocer o negar, para la segunda -todo lo contrario-, los medios de interpretación con los cuales la jurisprudencia, además de aclarar el contenido de las normas jurídicas establecidas por el legislador, puede integrar el ordenamiento jurídico en caso de que presente lagunas (formulación incompleta de la voluntad del legislador). 'En este sentido se habla de interpretación integradora, cuando la integración tiene lugar desde dentro del Ordenamiento, empleando los medios predisuestos para ello por éste (autointegración)' (Bobbio, op. cit., págs. 218/219). [...].- - - - -

----- “Podría explicarse el concepto utilizando también a Larenz ('Metodología de la ciencia del derecho', págs. 174/175), quien desarrolla el engranaje de las proposiciones jurídicas en la ley y dice que '[u]na ley consiste, por lo general, en una pluralidad de proposiciones jurídicas que tienen el sentido de una orden de validez; pero no toda proposición es una proposición jurídica completa. Algunas proposiciones sirven sólo para determinar más detalladamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una proposición jurídica (o de varias proposiciones jurídicas); algunas se proponen limitar una proposición jurídica formulada de modo general; otras no expresan directamente la consecuencia jurídica, sino que, por lo que a ello respecta, remiten a otra proposición jurídica. Todas estas proposiciones jurídicas son, como proposiciones jurídicas, incompletas, a pesar de que lingüísticamente son proposiciones completas. El que sean proposiciones jurídicas incompletas quiere decir que participan del sentido de validez de la ley (pretenden ser observadas), es decir, no son proposiciones declarativas, sino (partes de) órdenes de validez. Pero sólo desarrollan su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas, en conexión con otras proposiciones jurídicas'.- - - - -

----- “En el razonamiento por analogía se realiza una interpretación integradora dentro del ordenamiento jurídico, mediante los medios de que éste dispone. No es creación de derecho -por fuera del ordenamiento- sino una extensión de la norma a casos no previstos expresamente, por suponer que ésta es una proposición incompleta, que adquiere un significado más abarcador en su interacción con la totalidad del sistema.- - - - -

----- “Para la mejor comprensión de mi voto, no puedo evitar una nueva mención a Bobbio quien, en la obra citada, dice que 'cuando en un caso no regulado se encuentra la misma ratio que justifica la regulación de otro caso ésta puede ser aplicada también al primero. Como dice un viejo principio: ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio. La capacidad de expansión lógica del Ordenamiento jurídico, de la que habla la doctrina, toma impulso a partir de la ratio legis: es la ratio de una norma lo que le permite regular otros casos que no son aquellos previstos en ella... Con la extensión de una norma a un caso no previsto en ella por medio de la analogía (meta-

positivista), el intérprete (según el positivismo jurídico) sigue aplicando la voluntad del legislador, porque se supone que si este hubiera previsto el caso, lo habría regulado de forma idéntica. Así pues, el intérprete positivista imputa siempre las normas que formula a la voluntad del legislador: a su voluntad expresa, en caso de la interpretación en sentido estricto; y a su voluntad presunta en el caso de integración'.

----- “Por su parte el jus-naturalismo lo remonta al plano de los principios generales del derecho y a una solución caso por caso (Vigo, 'Integración de la ley', págs. 183, 185, 187, 188). En relación con esto último, Esser advertía que 'el centro de gravedad va desplazándose lentamente del sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios' (Vigo, op. cit., págs. 131/132), dando nacimiento a la dura batalla contra la doctrina elaborada por Hans Kelsen ('Teoría Pura del Derecho', págs. 19 y ss., 118 y ss. y 134 y ss.) que predominó hasta la mitad de la centuria pasada. Luego ese espacio tuvo como exponentes notables a Hart y Dworkin y terminó generando un núcleo de principios jurídicos fuertes que se destacan precisamente por el contenido, tal como ocurre en el presente caso al tratar sobre la dignidad de la persona y los derechos humanos (Vigo, op. cit., p. 111, 116, 118), que pueden tener su fuente en la ley -sectoriales o sistémicos- o en el derecho natural, toda vez que la directiva del Preámbulo 'afianzar la justicia' sirve como fundamento para cualquiera de ellos para la determinación de lo justo concreto.

----- “La admisión de tales principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico a punto de posibilitar el cierre de éste. La teoría dworkiniana de la respuesta correcta, que el juez debe descubrir en cada caso sirviéndose de los principios como alternativa frente al discrecionalismo de Hart, es una prueba de la utilidad de los principios (Vigo, 'Los principios jurídicos', Depalma, págs. 9/16), con remisión a Bobbio, que les reconoce cuatro funciones: a) interpretativa, b) directiva o programática, c) integradora y d) limitativa”.

----- Conforme con lo anterior, para resolver la apelación alegada, la sentencia debe resolver el problema jurídico, ejerciendo una función integradora, toda vez que la temática no tiene expresa regulación normativa en el rito local.

----- De tal modo, entiendo necesaria una interpretación amplia e integradora del art. 297 del Código Procesal Penal, en el sentido de que deberá concederse la excarcelación al imputado cuando, estimado que no procederá la condena de ejecución condicional, se establezca su posible ausencia de intención de evadir la acción de la justicia o de entorpecer el curso de la investigación.

----- A mi entender, el legislador estableció una presunción legal para el dictado de la prisión preventiva, relacionada con la posible pena efectiva luego de la sentencia correspondiente (art. 291 C.P.P.), pero luego se refirió a supuestos que impedirían su mantenimiento (art. 297 íd.), y nunca podría obviar la advertencia de otros implícitos que harían incesario tal mantenimiento y -por ende- de ser establecidos previo a la oportunidad del 291, también evitarían el propio dictado de la cautelar.

----- En este sentido, la doctrina de la arbitrariedad es la adecuada para asegurar el respeto de las garantías consagradas por la Constitución (Fallos 323:2510), con fundamento en la falta de motivación de la sentencia conforme con los arts. 110 y 369 del código de forma, por lo que propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Andrés Pérez Casal, anular la sentencia interlocutoria N° 133/05 de la Cámara en lo Criminal de esta ciudad y reenviar la causa al tribunal de grado para que, con distinta integración, resuelva el recurso de apelación conforme con el derecho que aquí se declara (art. 440 C.P.P.). MI VOTO.

----- El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:-----  
----- Adhiero y remito a los términos del dictamen de la señora Procuradora GTeneral (fs. 86/96, puntos III y IV). En consecuencia, propongo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, nulificar la sentencia interlocutorio N° 133/05 de la Cámara en lo Criminal y el auto N° 73/05 del titular del Juzgado de Instrucción N° 4, ambos de esta ciudad, y remitir los autos al Juzgado de Instrucción para que, cumplimentados los trámites pendientes, se dicte un nuevo pronunciamiento (arts. 440 C.P.P. y 200 Const. Prov.). Así lo VOTO EN DISIDENCIA.-----

El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:-----  
----- Adhiero a lo sostenido por el señor Juez que votó en primer término.-----  
----- Entiendo que la argumentación desarrollada respecto de los fundamentos de la medida cautelar en tratamiento conlleva la nulidad de la decisión de la Cámara en lo Criminal de Viedma en su rechazo del recurso de apelación.-  
----- Por lo demás, es la sentencia de dicho tribunal la que el recurso de casación ataca y, por tanto, lo que configura el objeto procesal examinado en la instancia extraordinaria.----- La nulidad que se pretende también es respetuosa del principio del doble conforme en la instancia ordinaria, pues considera la relación jerárquica entre la Cámara Criminal y el Juzgado de Instrucción, que se vería desconocida si la nulidad también abarcara lo resuelto por dicho último juzgado.-----  
----- Entonces, de acuerdo con el art. 440 del Código Procesal Penal, y por ser esto lo solicitado por el defensor recurrente (ése es su interés), debe anularse la sentencia interlocutoria N° 133, de fecha 19-09-05, con remisión del expediente al Tribunal para que, con distinta integración, continúe la sustanciación del trámite atento al derecho que se declara. MI VOTO.----- Por ello,

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA  
RESUELVE :**

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 70/75 de las presentes actuaciones por el señor Defensor General doctor César A. Gutiérrez Elcarás en representación de Andrés Ignacio Pérez Casal.-----

Segundo: Anular la sentencia interlocutoria N° 133/05 de la Cámara en lo Criminal y reenviar la causa al origen para que, con distinta integración, resuelva el recurso de apelación conforme con el derecho que aquí se declara (art. 440 C.P.P.).-----

Tercero: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver .-

FIRMANTES: BALLADINI - SODERO NIEVAS EN DISIDENCIA - LUTZ

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO