

El riesgo procesal en las causas por delitos contra la humanidad cometidos en el marco de la última dictadura¹

(A propósito del fallo “Alcoverro” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²)

Por Darío A. Pozzi y Jesica Y. Sircovich

I. Introducción:

En este trabajo nos proponemos analizar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que, centralmente, se evalúa la existencia de riesgos procesales en una causa en la que se investigan delitos contra la humanidad cometidos en el marco de nuestra última dictadura.

En primer lugar, describiremos el dictamen del Procurador General González Warcalde, al que la CSJN se remite “en lo pertinente”.

El dictamen desarrolla tres puntos de interés: a) cuáles son los elementos indicadores de riesgo procesal de las causas en las que se investigan delitos contra la humanidad cometidos en el marco de la última dictadura cívico-militar; b) lo que, a los efectos del presente trabajo, denominaremos la “*tesis de la imposibilidad de afirmar la existencia de riesgo procesal*”; c) el deber jurisdiccional de considerar todos los elementos indicadores de riesgo procesal al momento de evaluar la procedencia de la excarcelación del imputado, incluso aquéllos no expuestos por las partes.

¹Trabajo publicado originariamente en Leonardo G. Pitlevnik (director): Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación n° 14, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

² S.C., A 589, L. XLVI; “Alcoverro, Juan Ramón s/causa n° 12.418”, del 5/7/11.

Luego de analizar cada uno de estos *ítems*, efectuaremos algunas consideraciones finales a modo de conclusión.

II. El fallo “Alcoverro”:

i. Los hechos del caso:

En el marco de una causa en la que se investigan delitos contra la humanidad cometidos durante la última dictadura, la Sala II de la CNCP, en su antigua integración – con la mayoría constituida por el voto de los doctores Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García–, concedió la excarcelación de Juan Ramón Alcoverro. Contra ese fallo el Fiscal General interpuso un recurso extraordinario federal, el que, habiendo sido rechazado, originó la queja que la CSJN resolvió en el fallo comentado.

El Máximo Tribunal, remitiéndose “en lo pertinente” al dictamen del Procurador Fiscal Luis Santiago González Warcalde, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia que había concedido la excarcelación a Juan Ramón Alcoverro.

ii. El dictamen del Procurador:

El Procurador González Warcalde señaló, en primer lugar, que la CNCP había exhibido un razonamiento equivocado al considerarse eximida de evaluar elementos objetivos indicadores de riesgo procesal que no habían sido tratados por las partes en sus

respectivas argumentaciones, bajo la suposición de que, por esa circunstancia, aquellos indicios no existían o no estaban disponibles.

Tomando como punto de partida esa crítica puntual, hizo referencia a distintos elementos que podrían sugerir la existencia de riesgo procesal.

- a. El hecho de que el imputado, a la época de comisión de los delitos, habría sido designado para cumplir tareas de inteligencia, revistiendo el grado de Sargento Primero, en la Compañía de Ingenieros 7 del Regimiento de Goya, Corrientes, asiento de una de las estructuras de represión que integraron la organización criminal formada al amparo de la última dictadura militar, y que como agente de esa organización habría participado, en calidad de coautor, de varios hechos de privación ilegítima de la libertad agravada, abuso funcional, aplicación de severidades, apremios ilegales y tormentos.
- b. El hecho de que en el trámite de las investigaciones sobre los crímenes cometidos durante aquella dictadura, hubo numerosas maniobras que indefectiblemente se orientaron a impedir el esclarecimiento de esos hechos, entre los que se encuentran los tratados en esta causa. Y que tales maniobras se llevaron a cabo incluso en situaciones sociopolíticas de nuestro país que no eran las más favorables para la organización criminal a la que habría servido el imputado, cuyas estructuras de acción, por lo demás, habían dado sobradas pruebas de poder en tiempos recientes.

Luego de esta enunciación, el procurador indicó que *“...no busca sostener...la posibilidad de demostrar la verdad objetiva de la hipótesis de que existe en el caso peligro procesal, ni mucho menos de su probabilidad, puesto que*

los criterios para aseverar la verdad de un juicio son siempre subjetivos, ya que es imposible establecer el grado objetivo de probabilidad o de confirmación de cualquier hipótesis en relación con cualquier conjunto de datos disponibles. ¿O acaso alguien podría afirmar, por ejemplo, que porque el imputado “x” nunca ha intentado eludir la acción de la justicia ello implica objetivamente que jamás lo intentará? Lo único que podría decirse, en cambio, es que existe un elemento objetivo cuya valoración subjetiva y razonada no puede omitirse. Si realmente fueran necesarios criterios objetivos de verdad –y no únicamente elementos objetivos que pueden ser valorados subjetivamente- para poder afirmar que hay riesgo procesal y decidir, en consecuencia, el encarcelamiento preventivo de un imputado, este instituto nunca podría aplicarse, en cuanto la hipótesis del riesgo procesal y de su probabilidad de concreción es, como cualquier hipótesis, probabilística y siempre es posible, cualquiera que sea el grado de probabilidad o de confirmación, que sea objetivamente falsa”.

En otras palabras, pareciera que el Procurador expresó que no hay que afirmar que existe riesgo procesal a los efectos de restringir preventivamente la libertad de un imputado, debido a que el juicio de su existencia es siempre subjetivo. Llamaremos a esta afirmación “*tesis de la imposibilidad de afirmar la existencia del riesgo procesal*”.

III. Análisis del fallo “Alcoverro”:

i. Análisis de los elementos indicadores de riesgo procesal enunciados por el Procurador:

Desde una óptica constitucional, la restricción preventiva de la libertad de un imputado puede efectuarse exclusivamente con fundamento en la existencia de riesgos procesales. Sólo así se compatibiliza el derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso³ con el interés de evitar la frustración de la justicia (en palabras del preámbulo de la C.N., de “*afianzar la justicia*”)⁴.

Tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que: “[e]n virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general...Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso...”⁵. Eso puede suceder cuando existen riesgos procesales de tal entidad que ponen en juego la existencia del proceso judicial⁶.

³ Arts. 18 de la C.N., 7 de la C.A.D.H, 9 de la D.U.D.H, XXV de la D.A.D.D.H; y 9 del P.I.D.C.P. Para un análisis más extenso, ver José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos, La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, , 2º edición actualizada por Santiago Martínez, CELS, Editores del Puerto, 2011, página 211 y siguientes.

⁴ Ver, en este sentido, CSJN, “Napoli”, LL, 99-B-660, entre muchos otros.

⁵ CIDH, Informe 35/07, “José Jorge y Dante Peirano Basso”, caso 12.553, Uruguay, del 1 de mayo del 2007, consid. 69 y 70.

⁶ Además de otros requisitos, como ser la imputación seria dirigida a una persona determinada (a la que se pretende detener preventivamente). Ver, en este sentido, Convención Europea, art. 5.1.c; CIDH, Informe 86/09, “Jorge José y Dante Peirano Basso”, caso. 12.553, Uruguay, del 6 de agosto del 2009.

Los riesgos procesales a los que aludimos anteriormente refieren al peligro de que se frustre la realización de la justicia⁷, y tradicionalmente se dividen en dos: i. riesgo de fuga; ii. riesgo de entorpecimiento de las investigaciones.

Estos principios no se conmueven por el hecho de que el imputado esté acusado de la comisión de delitos contra la humanidad. Nótese que ellos se ven reflejados tanto en el Estatuto del ICTY⁸, como el del ICTR⁹ y en el Estatuto de Roma¹⁰.

Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional sobre la corrección de los fundamentos teóricos mencionados. Por ello, no nos detendremos aquí en su análisis, sino que los utilizaremos como puntos de partida para evaluar si las circunstancias objetivas que alega el procurador fiscal como indicadoras de riesgo procesal son o no válidas.

Adelantamos nuestra opinión, en el sentido de que los elementos a los que alude el Procurador permiten inferir la existencia del riesgo procesal de entorpecimiento de la investigación. Esto es, los elementos señalados anteriormente como **a** y **b** muestran válidamente un riesgo de frustración de la justicia en el caso concreto.

⁷ CIDH, Informe 35/07, “José Jorge y Dante Peirano Basso”, ya citado, consid. 81.

⁸ Tribunal Internacional *Ad Hoc* para los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia; art. 64 ICTY RPE y siguientes.

⁹ Tribunal Internacional *Ad Hoc* para los crímenes cometidos en Ruanda; art. 64 ICTY RPE y siguientes.

¹⁰ Que regula el proceso en la Corte Penal Internacional; art. 9 (3) ICCPR.

En primer lugar, parece obvio que las características personales del agente, incluyendo sus conocimientos especiales, pueden incidir directamente en la generación de un riesgo procesal.

Por ejemplo, un imputado experto en falsificación de documentos, que incluso habría utilizado sus conocimientos para cometer el delito de estafa del que se lo acusa, genera más riesgo procesal –de fuga- que un imputado del delito de estafa que no posee los conocimientos necesarios para falsificar un documento. Nótese que para un experto en falsificación será más fácil confeccionar un documento falso y darse a la fuga, que para alguien que no sepa falsificar¹¹. Del mismo modo, un imputado experto en inteligencia del ejército posee una experticia que incrementa el riesgo procesal: probablemente esté capacitado para la detección de datos secretos, la generación de información falsa y el ocultamiento de la verdadera, la localización y amedrentamiento de testigos, etcétera. Ello genera el incremento del riesgo de entorpecimiento de la investigación.

Por otro lado, podemos considerar que el hecho de que el imputado haya puesto al servicio de la maquinaria represiva sus conocimientos en el campo de inteligencia, constituye una circunstancia adicional que justifica la suposición sobre el incremento del peligro de entorpecimiento de la investigación.

¹¹ Existen numerosos fallos en los que el conocimiento en falsificación ha sido tenido en cuenta como elemento indicador de riesgo procesal (ver, por ejemplo, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, causa N° 47.341 “Bangura Fode s/prisión preventiva y embargo”, registro 880 del 23/08/2010).

En diversos fallos la CSJN ha interpretado estos datos objetivos como indicadores de riesgo procesal¹².

En segundo lugar, respecto del elemento **b**, es útil recordar las palabras de la propia Procuración General de la Nación, a cuyos dictámenes se ha remitido nuestro Máximo Tribunal en reiteradas ocasiones, en tanto remarcó que “...sería ingenuo desconocer que las estructuras de poder que actuaron con total desprecio por la ley en la época de los hechos, integrando una red continental de represión ilegítima, todavía hoy mantienen una actividad remanente. Y que la libertad del imputado, al que se le atribuyen hechos gravísimos que habría cometido en su calidad de agente ... facilita claramente la posibilidad de que recurra a ellas [estructuras] para eludir u obstaculizar la acción de la justicia”¹³.

En este sentido, la pertenencia a una organización criminal que tuvo y conserva en la actualidad un alto grado de poder que le permite incidir en las pruebas incorporadas a un proceso judicial mediante, por ejemplo, la desaparición de un testigo clave, eleva el riesgo procesal de frustración de la acción de la justicia.

En diversas causas (en las que no se investigaban los crímenes de la dictadura) la Cámara Federal de Casación Penal ha considerado que la pertenencia a una

¹² Ver “Vigo, Alberto Gabriel s/ causa N°10919”, V. 261. XLV, del 14/09/2010; entre otros.

¹³ Ver dictamen del Procurador en causas “Vigo”, V. 261. XLV, del 14/09/2010; “Binotti”, al que se remitió la Corte en causa B. 394 XLV el 14 de diciembre de 2010; “Clements” al que se remitió la Corte en C.412 -XLV- del 14/12/10; “Altamira” al que se remitió la Corte en causa A.495 -XLV- del 14/12/10, “Otero” al que se remitió la Corte en causa O.83 XLVI el 1/11/2011; y “Daer” al que se remitió la Corte en causa D.174 XLVI, del 1/11/2011.

organización criminal es un elemento indicador de riesgo procesal, pues ello puede facilitar la elusión de la acción de la justicia¹⁴. Con ello queremos enfatizar que no es este un argumento *ad hoc* aplicado sólo a las causas en las que se investigan los crímenes de la dictadura.

Todavía es necesario efectuar una aclaración. La utilización del elemento **b** como indicador de riesgo procesal no significa que debe culparse a un imputado por lo que haya hecho otro, o la organización criminal de la que formó parte. No se trata aquí de analizar la atribución de responsabilidad por el hecho obstaculizador de la justicia efectuado en otro proceso judicial. De lo que sí se trata es de advertir que el imputado – quien integraría la organización criminal a la que se está haciendo referencia– tiene al alcance de la mano herramientas que permitirían frustrar el accionar de la justicia, por sus conocimientos especiales y por la colaboración que podría brindarle a tales fines la referida organización criminal¹⁵.

¹⁴ C.F.C.P., Sala III, causa N° 13.187/13.343, “Abarza, Gabriel Matías s/ recurso de casación”, registro 163/11, del 11/03/11; Sala I, causa N° 12.076, “Nahmod, Ana María s/ recurso de casación”, registro 14.913, del 12/11/2009; Sala II, causa N° 15.557, “Pereyra Lojach, Wilson Robert s/ recurso de casación”, registro 20.431, del 12/09/12; Sala II, causa N° 11.161, “Andreev. Alexander s/ recurso de casación”, registro 14.904, del 10/08/2009; y Sala II, causa N° 11107, “Fernández, Carlos A. s/ recurso de casación”, registro 14.788, del 1/07/2009.

¹⁵ Por ello, para el argumento, no es necesario mostrar que en la causa en particular haya habido alguna estrategia para burlar la justicia o demorarla. Es decir, el análisis al que estamos haciendo referencia es global e incluye todas las causas en las que se investigan los crímenes de la dictadura (pues la organización criminal está involucrada en cada una de esas causas).

Podría argüirse, sin embargo, que los elementos señalados (**a** y **b**) son genéricos y que constituyen meras alegaciones abstractas sin aplicación al caso concreto¹⁶. A fin de responder a esta crítica, es útil recordar las palabras del Procurador en el dictamen de la causa “Daer” –al que se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación--¹⁷, cuando arguyó: “¿[o] acaso es un argumento genérico que D. es un militar entrenado y capacitado, con el rigor que su profesión supone, para operar en la clandestinidad y eliminar u ocultar toda prueba o rastro que pueda incriminarlo a él o a sus camaradas?...¿Qué hay de genérico en valorar que justamente en virtud de esa rigurosa capacitación y entrenamiento, así como de la actuación corporativa posterior de los responsables de los hechos para garantizarse la impunidad, todavía hoy existen arduas dificultades para conocer la verdad de lo ocurrido?”.

El hecho de que los indicadores objetivos de riesgo procesal señalados resulten fácilmente extrapolables a otros imputados en causas en las que se investigan delitos contra la humanidad cometidos en el marco de la última dictadura no quiere decir que los elementos sean genéricos, ni que constituyan meras alegaciones. Por el contrario, la posibilidad de su aparición en distintos casos indica la coherencia y organización del aparato de terror que agrupó a los imputados, y nos habla de su extensión, *modus operandi* y poder residual.

¹⁶ “...[E]l riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito” (CIDH, Informe 35/07, “José Jorge y Dante Peirano Basso”, ya citado, consid. 85). Ver, en el mismo sentido, CIDH, Informe 86/09, “Jorge José y Dante Peirano Basso”, ya citado.

¹⁷ Causa D.174 XLVI, “Daer, Juan de Dios s/causa 11.874”, del 1/11/2011.

No puede pasarse por alto que entre las causas en las que se investigan este tipo de crímenes existe una estrecha vinculación que impide su consideración en forma aislada. Esa interrelación nos obliga a poner especial atención en las circunstancias acaecidas en otros procesos judiciales en donde se investiga el accionar del mismo aparato de poder, pues entre esta y aquéllas existió un patrón común caracterizado por la existencia de conductas dirigidas a obstaculizar el esclarecimiento de los sucesos históricos y a imposibilitar la individualización de sus responsables.

iii. Análisis de la “tesis de la imposibilidad de afirmar la existencia del riesgo procesal”:

Una lectura literal del dictamen sugiere que el Procurador González Warcalde sostiene que no debe afirmarse la existencia del riesgo procesal a los efectos de fundar la restricción cautelar de la libertad de un imputado, y ni siquiera su probabilidad. Expresa que lo único que debe aseverarse es que existe un elemento objetivo cuya valoración subjetiva y razonada no puede omitirse.

Lo dicho se colige del siguiente párrafo: *“Por supuesto que con lo dicho esta parte no busca sostener, como parece pretenderlo el a quo (fs. 7 y vta.), la posibilidad de demostrar la verdad objetiva de la hipótesis de que existe en el caso peligro procesal, ni mucho menos de su probabilidad, puesto que los criterios para aseverar la verdad de un juicio son siempre subjetivos, ya que es imposible establecer el grado objetivo de probabilidad o de confirmación de cualquier hipótesis en relación con cualquier conjunto de datos disponibles. ¿O acaso alguien podría*

afirmar, por ejemplo, que porque el imputado "x" nunca ha intentado eludir la acción de la justicia, ello implica objetivamente que jamás lo intentará? Lo único que podría decirse, en cambio, es que existe un elemento objetivo cuya valoración subjetiva y razonada no puede omitirse. Si realmente fueran necesarios criterios objetivos de verdad - y no únicamente elementos objetivos que sólo pueden ser valorados subjetivamente- para poder afirmar que hay riesgo procesal y decidir, en consecuencia, el encarcelamiento preventivo de un imputado, este instituto nunca podría aplicarse, en cuanto la hipótesis del riesgo procesal y de su probabilidad de concreción es, como cualquier hipótesis, probabilística y siempre es posible, cualquiera que sea el grado de probabilidad o de confirmación, que sea objetivamente falsa”.

Creemos que la “tesis” del Procurador es criticable. Si bien es cierto que no puede asegurarse la verdad de la proposición “*X frustrará la acción de la justicia*” ($p1$), no es menos cierto que pueda asegurarse la verdad de la proposición “*Existe probabilidad de que X frustre la acción de la justicia*” ($p2$). Esto es, la verdad de $p2$ es compatible con la verdad y con la falsedad de $p1$ y, por consiguiente, con la verdad y con la falsedad de $p3$: “*X no frustrará la acción de la justicia*”. Dicho de otro modo, el hecho de que no pueda aseverarse la verdad o falsedad de $p1$ o de $p3$, nada dice acerca de la imposibilidad de aseverar la verdad o falsedad de $p2$.

Como sostiene el Procurador en su dictamen, la hipótesis del riesgo procesal y de su probabilidad de concreción es, como cualquier hipótesis, probabilística, pero no se sigue de ello que “*siempre es posible, cualquiera que sea el grado de probabilidad o de confirmación, que sea objetivamente falsa*”, por cuanto puede afirmarse la verdad de una

hipótesis probabilística, del estilo de p_2 , sin aseverar qué es lo que sucederá en el futuro. Dicho de otro modo, puede afirmarse que en el caso de concederse la excarcelación del imputado A, existirá probabilidad de que el accionar de la justicia se frustre, y ello es equivalente a decir que “en el caso de concederse la excarcelación del imputado A, existirá riesgo procesal”. La verdad de esa proposición no depende de lo que suceda en el caso en que efectivamente se conceda la excarcelación a A.

Por otro lado, si bien es cierto que no contamos en la actualidad con herramientas jurídicas que indiquen de qué manera evaluar la probabilidad de ocurrencia del riesgo de frustración de la acción penal, ello no quiere decir que el juez no deba analizarla de manera razonable. Esto es, si bien la evaluación de la probabilidad de ejecución del riesgo es “subjetiva”, en el sentido de que depende de un ejercicio intelectual del juzgador, no reglado expresamente por la ley, ello no quiere decir que pueda ser “arbitraria”. Recordemos que, conforme el principio republicano de gobierno, todas las decisiones del Poder Estatal deben ser razonables¹⁸.

El tipo de análisis en el que estamos pensando es similar al ejercicio intelectual que debe hacer el juez cuando aplica la “sana crítica racional” para evaluar los elementos de prueba¹⁹. El juez no cuenta con reglas jurídicas que le indiquen cómo ponderar cada prueba, sino que sólo se le exige que lo haga de acuerdo a las “reglas de la

¹⁸ Art. 1 de la C.N.

¹⁹ Art. 398 C.P.P.N. En este sistema “...el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, con el único límite de que su juicio sea razonable” (Fernando De la Rúa, *La Casación Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, página 147).

lógica, psicología y experiencia común”²⁰. En el mismo sentido, el juez no cuenta con reglas jurídicas que le indiquen cómo ponderar cada elemento indicador de riesgo procesal, sino que sólo se le exige que lo haga de acuerdo a las reglas de la lógica, psicología y experiencia común, pues su razonamiento no debe violar las máximas de la experiencia. El juez debe mostrar logicidad en el análisis de la razonabilidad de la imposición de la medida cautelar y debe expresamente indicar su fundamento, indicando todas las circunstancias que lo llevan a concluir como lo hace.

En otras palabras, si bien el juzgador debe evaluar subjetivamente la probabilidad en el caso concreto, debe exponer los motivos que lo llevan a concluir como lo hace, y ellos deben ser, como se dijo, razonables²¹. A su vez, esa manifestación del ejercicio intelectual subjetivo es la que posibilita su control por un órgano superior²².

Desde luego, la probabilidad no puede ser despreciable, por cuanto todas las medidas cautelares deben sujetarse a los principios de necesidad y proporcionalidad²³.

²⁰ Fernando De la Rúa, op- cit., página 146.

²¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo expresa de la siguiente manera: “...*la detención preventiva es una medida excepcional y se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia*” (CIDH, Informe 35/07, “José Jorge y Dante Peirano Basso”, ya citado, consid. 88).

²² Como sucede con la aplicación de la “sana crítica racional”.

²³ “*La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática...*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “López Álvarez vs. Honduras”. “*Las medidas*

Puede pensarse que la restricción cautelar de la libertad es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y la intensidad de la restricción empleada²⁴.

Desde esta óptica, entonces, creemos desacertada la afirmación del Procurador en el sentido de que el juzgador no puede –ni debe– demostrar la existencia del riesgo procesal a la hora de fundamentar la restricción preventiva de la libertad de un imputado, sobre la base de la imposibilidad de demostrar ese riesgo.

Al contrario, conforme lo expusimos, la única ocasión en la que está justificada la restricción cautelar de la libertad de un imputado es cuando el juzgador afirma razonablemente que existe riesgo procesal de frustración de la justicia en el caso en el que el imputado permanezca en libertad durante el proceso, extremo que pudo ser demostrado por el Procurador en su dictamen.

cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos” (CIDH, Informe 35/07, “José Jorge y Dante Peirano Basso”, ya citado, consid. 100).

²⁴ En un sentido similar ver Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, *Código Procesal Penal de la Nación –Análisis doctrinal y jurisprudencial–*, tomo 2, Hammurabi, 4ª edición, Buenos Aires, 2010, página 552.

En este punto es posible pensar que el nivel de riesgo “razonable” puede variar entre distintas causas. Es posible que en una causa en la que se investigan crímenes contra la humanidad el nivel de riesgo requerido para que la imposición de la medida cautelar esté justificada sea distinto a una causa en la que se investiga otro delito (por ejemplo, de hurto). Si bien los elementos **a** y **b** a los que alude el Procurador son simplemente cuestiones que incrementan el riesgo, puede ser que ningún otro elemento que aporte la defensa pueda contrarrestar el peso que tienen, en el sentido de llevar a la conclusión de que la imposición sea irrazonable (pues, como dijimos, en estas causas el nivel de razonabilidad requerido puede ser distinto a otras causas).

iii. Análisis del deber de examinar de oficio todos los elementos que podrían fundar la existencia del riesgo procesal:

El dictamen del Fiscal afirma que existe un deber en cabeza del juez de evaluar el riesgo procesal en esta causa a la luz de todas las circunstancias, incluso aquellas que no hubiesen sido utilizadas por las partes en sus respectivos planteos.

¿Es este deber compatible con nuestro sistema? En primer lugar, alguien podría considerar que él choca con el principio acusatorio²⁵.

Al respecto, conviene comenzar el análisis efectuando la siguiente aclaración: nuestro sistema de enjuiciamiento penal federal actual es un sistema mixto, compuesto por la etapa de instrucción y la de juicio. Nuestra Constitución Nacional no exige de manera expresa que respondamos a un sistema acusatorio puro en todas las instancias. De ahí que la importancia del respecto al “principio acusatorio” debe mensurarse en su justa medida: él no rige –al menos de manera pura- en la etapa

²⁵ Recordemos que “[l]a característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión esán condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al conenido de ese reclamo...y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye” (Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal –I. Fundamentos-*, 2º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, página 444).

instructoria, y ello no es inconstitucional. Dicho ello, lo primero que corresponde resaltar es que la causa de Alcoverro se encontraba en instrucción.

Sin embargo, ello no es determinante, pues a la misma conclusión llegaríamos si la causa hubiera estado en etapa de juicio: el deber al que alude el fiscal no choca con el principio acusatorio.

Recordemos que, en algunas situaciones, la Corte Suprema ha reconocido que la actividad del acusador limita el accionar judicial, sobre la base del respeto al “principio acusatorio”. Por ejemplo, en el caso “Cáceres”²⁶ el máximo tribunal indicó que el juez está inhabilitado para condenar a un imputado cuando el fiscal solicitó su absolución. No obstante, la situación bajo estudio dista mucho de la del fallo comentado. De lo que se trata aquí es de la imposición de una medida cautelar que ha sido solicitada por el agente fiscal, lo que implica que la voluntad acusadora se encuentra a favor de la imposición de la restricción preventiva de la libertad (esto es, el juez no se suplanta la voluntad fiscal, lo que sí podría chocar con el principio acusatorio).

Resta analizar si, aun cuando la voluntad del fiscal esté a favor de la imposición de la medida cautelar, la consideración de elementos indicadores de riesgo procesal que no han sido arrojados por el acusador choca o no con el principio acusatorio.

Aquí es útil recordar que no todo apartamiento de la posición del Ministerio Público Fiscal es violatorio del principio en cuestión. Pensemos, por ejemplo, en el caso del

²⁶ Fallos: 320:1891.

adagio *iura novit curia*, que establece que “el juez conoce el derecho”²⁷. Según este principio, el derecho se presume conocido por el juez, de manera que el magistrado no debe ceñirse en lo que al derecho respecta a las argumentaciones traídas por las partes, siempre que ello no implique una violación a la defensa en juicio del imputado. Así, el juez podrá condenar por una calificación distinta de la que utilizara el fiscal en su acusación –pues el Ministerio Público Fiscal ha expresado su voluntad de condena, lo que asegura el respeto del principio acusatorio–, siempre que ello no implique la violación al derecho de defensa.

En el presente caso podemos utilizar una estructura de pensamiento similar a la señalada en el párrafo anterior. En la medida en la que el Ministerio Público Fiscal haya manifestado su voluntad de imponer la restricción preventiva de la libertad del imputado por considerar que existe riesgo procesal, el principio acusatorio se mantiene incólume si el magistrado no se ciñe a lo que el acusador esgrime en lo que refiere a los elementos que le dan fundamento al riesgo procesal.

Por último, si bien concluimos que la afirmación del Procurador no choca con el principio acusatorio, debemos analizar si se enfrenta con el derecho de defensa en juicio del imputado²⁸. En el caso analizado la respuesta negativa se impone como consecuencia de dos consideraciones.

²⁷ “*La potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente...*” (del voto del doctor E. Raúl Zaffaroni en causa CSJN, B. 984. XLIII., “Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979”, del 23/03/2010).

²⁸ Como dijimos, el derecho de defensa funciona como un límite a la aplicación del principio *iura novit curiae*.

La primera consiste en que las medidas cautelares se dictan *in audita* parte. Ello quiere decir que, una vez solicitada la medida por el fiscal, el juez resuelve sobre su aplicación sin correrle traslado a la defensa. Por ello, la primera vez que la defensa tendrá voz en lo que refiere a la imposición de la prisión preventiva será luego de dictada la medida, por vía de apelación²⁹. De ahí que no se conmueven las posibilidades de defensa por el mero hecho de que el juez tome en cuenta elementos diversos a los presentados por el fiscal.

La segunda consideración radica en que tanto la Cámara de Casación como la defensa contaban al momento de decidir la excarcelación del imputado con aquellos elementos que el Procurador González Warcalde señaló como indicadores de peligro procesal. Esto es, el tribunal conocía –y la defensa sabía que el tribunal lo hacía- el cargo que detentaba el imputado al momento de los hechos, cómo ellos fueron perpetrados y en el marco de qué organización se llevaron a cabo. Ello, aunado a que esos elementos constituyen hechos notorios³⁰ despeja cualquier duda acerca de que la inclusión de los

²⁹ Si la defensa pudiera opinar luego de solicitada la medida por el fiscal pero antes de dictada por el juez, entonces tal vez podría intentar –aunque creemos que con poco éxito- argüir una violación al derecho de defensa si el juez tomara argumentos distintos a los presentados por el fiscal (pues la defensa, teniendo la oportunidad legal de hacerlo, no habría podido refutarlos). Ello no sucede – como dijimos-- con las medidas cautelares.

³⁰ Por ejemplo, la organización a la que habría pertenecido el imputado y su poder actual constituye un hecho notorio que no requiere ser probado en cada causa en la que se investigan delitos contra la humanidad cometidos en la última dictadura (ver Regla Cuarta de la Acordada N° 1/12 de la Cámara Federal de Casación Penal).

elementos **a** y **b** no habría podido sorprender a la defensa y colocarla en un estado de indefensión³¹.

Como consecuencia de ello, teniendo en cuenta que la necesidad de agotar el análisis de las circunstancias relevantes para evaluar el riesgo procesal no choca ni con el principio acusatorio ni con el derecho de defensa en juicio, quisiéramos poner de resalto que ella se impone en causas como la que analizamos, en las que se investigan delitos contra la humanidad. Estas causas tienen características especiales que no pueden dejar de ser consideradas en lo que a este tópico respecta. Como es sabido, la Argentina asumió la obligación de investigar y sancionar a los responsables de la comisión de esta clase de delitos. Por ello, estos procesos judiciales comprometen la responsabilidad internacional del Estado argentino, quien tiene la obligación de garantizar el juzgamiento de todo hecho de esas características, de conformidad con el derecho internacional³². En este marco, es trascendental que el juez analice la existencia de peligro procesal a la luz de todas las

³¹ En definitiva, al constituir hechos notorios, puede inferirse que la Cámara de Casación no pudo tenerlos en cuenta al momento de dictar su fallo, por lo que su falta de referencia expresa debe ser significada como una toma de posición respecto al carácter inocuo de los elementos **a** y **b** como indicadores de riesgo procesal. Eso mismo puede leerse entre líneas cuando la Cámara expresa “*a falta de alegación alguna por la fiscalía, que ha declinado ejercer su derecho a intervenir en la audiencia que regula el art. 454 C.P.P.N. esta Sala se considera autorizada a inferir que tales indicios no se invocan porque no existen o no están disponibles, y en consecuencia a concluir que en el caso no se ha justificado suficientemente la existencia de un riesgo de fuga o entorpecimiento*” (C.N.C.P, Sala II, causa N°12.418, “Alcoverro, Juan Ramón s/ recurso de casación”, registro 16.494, del 01/06/2010).

³² Fallos: 328:2056; 330:3248; entre muchos otros.

consideraciones relevantes³³, pues, si así no lo hiciera, podría generar responsabilidad internacional del Estado argentino³⁴.

En este punto, viene al caso recordar que la necesidad de evaluar todas las aristas relevantes vinculadas con la existencia de peligro procesal en causas en las que se investigan delitos internacionales ha sido incluida expresamente en los instrumentos que regulan el proceso judicial en los tribunales penales internacionales *ad-hoc*. Nótese que los Estatutos del ICTY³⁵ y del ICTR³⁶ presuponen la detención del imputado a los efectos de ser llevado a la corte. El Tribunal puede disponer su soltura sólo si se asegura de que el imputado comparecerá a juicio y de que no entorpecerá la investigación³⁷.

³³ “[C]ualquier Estado parte en un tratado y en especial la Argentina por el nivel constitucional de recepción de la normativa supranacional, tiene la obligación de adoptar las **medidas legislativas o de otro carácter**, para hacer efectivos los derechos y garantías establecidos por aquel ‘plexo axiológico jurídico’, entre las que ocupan un lugar principalísimo las sentencias y decisiones judiciales” (Cafferata Nores, José I., op. cit., página 5 y 6, el resaltado nos pertenece).

³⁴ Lo mismo sucede con otros delitos que nos hemos comprometido internacionalmente a perseguir, Ello sucede, por ejemplo, con el narcotráfico, la Cámara Federal de Casación Penal ha tomado en cuenta esta circunstancia al analizar el pedido de excarcelación de un imputado (ver, por ejemplo, C.F.C.P., Sala III, causa N°13187/13343, “Abarza”, registro 163.11.3, del 11/03/11; C.F.C.P., Sala I, causa N° 15.12, “Martínez Pino”, registro 18.501, del 16/09/2011 y causa N° 12.076, registro 14.913, del 12/11/2009).

³⁵ Tribunal Penal Internacional para los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia.

³⁶ Tribunal Penal Internacional para los crímenes cometidos en Ruanda.

³⁷ Ver artículo 65 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del Estatuto del ICTY y del ICTR. Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to*

IV. Consideraciones finales:

El dictamen del Procurador se refiere a distintos tópicos relevantes, como ser el deber jurisdiccional de evaluar todas las aristas relacionadas con el riesgo procesal en causas en las que se investigan delitos contra la humanidad, o bien la entidad que tienen ciertas circunstancias extrapolables a otros procesos similares –vgr. el cargo que detentaba el imputado al momento de los hechos y las características de la organización criminal que integraba— como alertas de peligro procesal.

Más allá de las críticas que efectuamos en relación con el rigor lógico de algunos de los pasajes del dictamen, consideramos acertado el planteamiento por parte del Fiscal de los puntos señalados en el párrafo anterior, como forma de reafirmar, desde una óptica constitucional, la práctica de los tribunales penales argentinos de garantizar la efectiva acción de la justicia en supuestos similares al analizado.

Entendemos que ese proceso de consolidación de pautas exegéticas resulta de suma utilidad para lograr la uniformidad de las respuestas jurisdiccionales frente a casos que presentan similares características. Ello redundará, en definitiva, en la celeridad de los trámites de causas que han sido postergadas durante más de treinta años.

International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007, página 370.