

“La delgada línea que menoscaba nuestra igualdad.”



NO IMPORTA LA CONDICIÓN
NI EL ESTRATO SOCIAL,
A TODOS NOS COBIJA DIOS
EL NOS MIRA POR IGUAL.

ENTONCES PORQUE EL HOMBRE,
AL HOMBRE QUIERE DOMINAR,
TRATÁNDOLO COMO ESCLAVO,
Y SUS DERECHOS RECHAZAR.

MUCHOS SE CREEN MUY GRANDES
MÁS QUE EL SUPREMO CREADOR,
EN LA TUMBA SOMOS IGUALES
NO HAY NADIE SUPERIOR.

SE VIOLAN LOS DERECHOS DE LA VIDA
SALUD, EDUCACIÓN SERA QUE ESO ES `PROGRESO
POR SER POBRES NEGROS
O DE OTRA CONDICIÓN.

ALCEMOS BANDERA TODOS
POR IGUALDAD DE LOS HOMBRES
ANTE DIOS UNIDOS HAREMOS LA FUERZA
ESO MISMO DIGO YO.

Poesía Juan Cervantes

El presente artículo tiene como meta describir las desigualdades que se visualizan en los distintos procedimientos ordinario ya sean en el ámbito Nacional como en la Provincia de Buenos Aires. Como el trabajo es muy extenso me centraré en la desigualdad en el tema de la Excarcelación Extraordinaria del imputado en los distintos procedimientos. En razón de ello, algunas cuestiones que no estén vinculadas con esa impronta serán enunciadas en forma genérica.

La igualdad es el trato idéntico que un organismo, estado, empresa, asociación, grupo o individuo les brinda a las personas sin que medie ningún tipo de reparo por la raza, el sexo, clase social u otra circunstancia plausible de diferencia. Es la ausencia de cualquier tipo de discriminación.

Para ello me centraré en la desigualdad en cuanto a derechos y garantías consagrados en nuestra carta magna de todo individuo procesado por un delito penal y sus diferencias en cuanto si el delito fuera cometido a un lado o del otro de la delgada línea que menoscaba nuestra desigualdad que es la Av. Gral. Paz donde se divide territorialmente a los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con los de la Provincia de Buenos Aires.

Hay graves diferencias sustanciales entre ambos códigos procesales centrándome en la que más me impacta que es los requisitos para excarcelar a una persona procesada.

Si bien es menester aclarar la independencia de las provincias de nuestro territorio nacional al redactar sus códigos de fondo, esto no quita que al hacerlo se violen los derechos de igualdad de todo ciudadano Argentino. "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas." y los tribunales que interpretan nuestra norma fundamental no pueden desatender que el Estado no puede tratarnos discriminatoria o arbitrariamente. Así, el gobierno está impedido de utilizar criterios irrazonables para distinguirnos y tratarnos de un modo desigual en base a ellos, pero a mi criterio se han olvidado de algo fundamental, que es la desigualdad en cuanto a sus normas, las normas que legislan cada provincia. Si bien lo antedicho se contrapone con lo consagrado por nuestra carta magna en su art. 5 y 123 en cuanto al establecer un Estado Federal, el Estado Nacional tiene su código y cada Estado Provincial tiene como potestad no delegada el dictado de los código de organización de su propia justicia, esa situación no amerita a que se menoscaben los derechos de las personas sometidas a tales procesos, siendo factible que en forma organizada todas la Provincias unidad aunaran criterios a la hora de legislar

sobre los derechos y garantías de los imputados en clara consonancia con el art. 16 y 18 de la constitución Nacional en clara armonía con los art. 1, 7, 8 y 24 de la convención americana de Derechos Humanos, art. 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Considero que algunas normas no conciben con lo estipulado en cuanto “los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”. Para ello hare una comparación de sólo tres códigos procesales penales en cuanto a lo que le atañe a los derechos y garantías de toda persona imputada de un delito. Para no extenderme demasiado sólo tomaré como base el C.P.P.N., Ley 27.063 y C.P.P.B.A.

A mi criterio y en virtud de lo que expondré a continuación entiendo que ningún organismo se ha percatado de estas diferencias a pesar de que La Convención Interamericana de Derechos Humanos obliga al Estado argentino a no discriminar y existen muchas otras normas nacionales e internacionales que van en la misma dirección: imponer la protección de la igualdad ante la ley exigiendo al Estado que se abstenga de realizar tratos arbitrarios es un deber de todo ciudadano cuando considere que su derecho ha sido vulnerado. Sin embargo, eso es insuficiente. Asegurar a todas las personas la igualdad tan preciada por nuestros sistemas políticos y jurídicos requiere de algo más.

La pregunta que debemos hacernos es si el Estado, a partir de su compromiso constitucional con la igualdad no tiene que, además de evitar ser arbitrario, generar las condiciones necesarias para que esas prácticas sean revertidas. En la reforma de 1994, por ejemplo, se incluyó una cláusula, el art. 75, inc. 23, que faculta al Congreso a “legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” Esta norma, y una correcta interpretación de nuestro antiguo artículo 16, no solo autorizan al Estado, sino que lo compele, a implementar medidas que permitan cambiar el estado de cosas que coloca a grupos de personas en situación de desventaja estructural. Pero ello no es suficiente, porque el Estado no emite opinión en cuanto a las normas emanadas por sus estados provinciales y los poderes judiciales hacen caso omiso al efecto, cuando todo ciudadano reclama un derecho no amparado *por encontrarse situado del lado de la línea equivocada que menoscaba su igualdad ante la ley*. No importa qué hagan los individuos para proteger sus derechos, ni cuánto se esfuercen, no podrán por sí mismos torcer la potente inercia de prácticas añejas que los desplazan, invisibilizan y excluyen.

La falta de igualdad implica en la mayor parte de los casos no sólo una flagrante violación a los derechos humanos universalmente aceptados, sino que suele representar uno de los pasos que marcan a una sociedad poco tolerante o incluso poco democrática. Por consiguiente, igualdad y democracia son conceptos que parecen marchar acompañados y acaso el nivel de igualdad de oportunidades en una sociedad es un fiel equivalente de la real vivencia democrática en el marco de un grupo humano.

La mayor desigualdad consiste en enfrentar a un ciudadano a dos sistemas penales completamente diversos, donde como mencionara precedentemente, depende tan sólo de una delgada línea divisoria en donde encontrará mayores ventajas o desventajas en su procesamiento y oportuno encarcelamiento preventivo.

A mi criterio la nueva Ley 27.063 (Código Procesal Penal de la Nación) que lamentablemente se encuentra en suspenso mediante Decreto 257/2015, vino a salvaguardar aquellas distancias insoslayables entre los habitantes de cada territorio, asemejando su sistema al de la Provincia de Buenos Aires. La Ley 27.063 crea un nuevo sistema de administración de justicia penal nacional y federal. La ley apunta a crear procesos más veloces, justos y transparentes, a través de investigaciones y juicios orales, ágiles e inmediatos. Adopta un modelo acusatorio, en donde el fiscal investiga, el defensor defiende y el juez resuelve. Esta Ley vino a redimir las graves distancias que diferenciaban al C.P.P.N. con el C.P.P.B.A. ya que desde el año 1997 en la Provincia de Buenos Aires rige el sistema acusatorio. En el actual código “Levene” sancionado en 1991 rige un sistema mixto entre inquisitivo y acusatorio, en el cual el proceso es dirigido por el juez, y si quiere puede delegar en el fiscal la investigación o hacerla enteramente el mismo juez que luego decide sobre la situación procesal del imputado. Con el nuevo código que se asemeja al utilizado desde años en la Provincia de Buenos Aires se instalaría el sistema acusatorio, donde toda la investigación queda delegada en el fiscal. El juez pasaría solamente a decidir las resoluciones judiciales (lo que en provincia se llama Juez de Garantías).

La ley 27.063, introdujo un cambio sustancial a nivel federal con la incorporación a nuestro derecho positivo de un ordenamiento acusatorio y con sistema de audiencias. En lo que aquí interesa cabe hacer una breve mención al significado de un proceso acusatorio, ello a los fines de interpretar las reglas que rigen el procedimiento ordinario. En este andarivel corresponde señalar que su principal característica la constituye la separación entre la función jurisdiccional y la requirente.ⁱ

El Ministerio Público Fiscal es el encargado de llevar adelante la investigación del delito y la de acusar. El juez es el encargado de velar

porque no se conculquen garantías constitucionales a las partes y la de resolver en el caso concreto. Al ser el juez un tercero imparcial a la investigación, no se teme porque su subjetividad se encuentre comprometida al momento de decidir, por cuanto realizará una valoración del plexo probatorio que no fue colectado por él.ⁱⁱ

En igual sentido se manifestó la Defensora General de la Nación, la Dra. Stella Maris Martínez, en oportunidad de inaugurarse un curso de capacitación sobre el Código Procesal Penal de la Nación, al señalar “este puede ser un sistema que ampare y proteja”. Con seguridad muchas observaciones se podrán hacer de la nueva ley, por lo que entiendo que la misma no deberá estar desprovista de eventuales reformas en pos de aclarar o mejorar su interpretación. Todo sistema resulta perfectible y el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, también. Este código reemplazará a la Ley 23.984 (Código Procesal Penal de la Nación, vigente desde el 9 de septiembre de 1991. Creo oportuno señalar que los grandes cambios resultan difíciles de asimilar, pero lo cierto es que en los hechos los mismos resultan perfectamente asequibles. Se ha sostenido con acierto que un cambio de paradigma conlleva como principal obstáculo la cultura arraigada de los operadores judiciales. En este sentido, cabe reproducir lo expresado por Alberto Binder en punto a los cambios en las estructuras judiciales y la cultura ínsita en sus operadores: “Todo lleva a considerar que la justicia penal, así como todo el sistema judicial, es un sistema cultural. En realidad esto se puede decir de cualquier organización, incluso de una empresa. Lo esencial es el cambio cultural y ese cambio cultural es algo más –y de índole objetiva- que un cambio de mentalidades. Un cambio de mentalidad (que siempre está en el plano individual), un conjunto de nuevos valores y nuevas formas de interacción, conforman esa unidad cultural que son los sistemas judiciales. Es claro que la nueva estructura del litigio no es condición suficiente para este cambio, pero es seguro que sí es una condición necesaria. No se debe subestimar en este campo la presión de la cultura inquisitiva, que es la más fuerte tradición jurídica que tenemos, ya que ha sido la cultura judicial oficial desde la época colonial. Las posibilidades de recomposición de esa cultura son tan grandes, que sólo un esfuerzo sostenido y de la misma intensidad que el utilizado para forzar los cambios está en condiciones de limitarla adecuadamente”.

Atento lo expuesto, me centraré en la restricción cautelar de la libertad en el Código Procesal Penal (ley 23.984 Sancionada 21/08/1991, promulgada 04/09/1991, BO 09/09/1991 y ley 11.922 sancionada 18/09/1996, promulgada 10/01/1997, BO 23/01/1997).

En las condiciones descriptas, la excarcelación tendría, en el CPPN y CPPBA solo una alternativa ante la prisión preventiva. Esa alternativa la

integran los casos en los que la pena puede ser en suspenso y el máximo de la escala penal no supere los 8 años de prisión. A esa mínima expresión de delitos queda reducida la excarcelación, pero la gravedad no se deriva solo de la escasa magnitud de delitos que comprende, se deriva también de que la procedencia o no de la excarcelación se vincula pura y exclusivamente con la entidad de la pena, con ficciones elusivas o entorpecedoras que no se derivan de una valoración concreta acerca de la existencia o no de riesgos procesales. También es una grave falencia no considerar que la prisión sea una medida de extrema gravedad y que existan medidas alternativas que permiten evitar los riesgos procesales sin acudir a la restricción de la libertad. Es cierto que las normas restrictivas de la libertad de la excarcelación pueden interpretarse de diferentes maneras. Como una ficción legal —presunción legal— iure et de iure o como una presunción iuris tatum. Si se asume que tiene el primer sentido, aun cuando el imputado demostrara que su libertad no ocasionará ningún peligro procesal, igual debería permanecer en prisión hasta la conclusión del juicio. Obviamente una conclusión poco defendible. En caso contrario asistiría al juez la potestad de conceder la libertad del imputado cuando existiesen razones demostrativas de que la libertad del imputado no irrogaría peligros para el normal desarrollo del proceso. Y aún más, asistiría al encausado el derecho de demostrar que ello sería así. En el plenario “Díaz Bessone”ⁱⁱⁱ, los votos de la mayoría se inclinaron por esta interpretación, de modo que existiendo razones para sostener que la libertad del imputado no colisiona con los fines del proceso, cualquiera que sea la naturaleza o gravedad del hecho, la libertad es procedente. Ese criterio mayoritario ajustó su voto al modo en que el temario fue establecido pues, precisamente, el interrogante confeccionado fue si la libertad podía concederse pese a que el monto máximo de la escala penal fuera superior a ocho años y la pena no podía ser en suspenso. No obstante que ese fallo tenga relevancia —pues se aparta de la inveterada costumbre judicial de considerar las presunciones elusivas contenidas en los arts. 316 y 317 CPPN como presunciones iure et de iure— no se llega con él a ubicar el tema en su verdadera dimensión. El imputado no debe probar su inocencia, y tampoco debe probar que su libertad no ocasionará peligro alguno. Es el Estado, el juez, quien debe probar lo contrario para restringir su libertad. En ese sentido es ilustrativo el voto de la jueza Ángela Ledesma, quien discurrió con amplitud sobre los fines de las medidas cautelares y las causas que las autorizan, mas lo cierto es que el tema de ese Plenario no fue, como debería haber sido, establecer cuándo corresponde restringir la libertad como una medida cautelar del proceso penal. Los alcances del temario fueron más modestos: establecer si las ficciones legales podían ser desvirtuadas. Es más, quizás lo más

apropiado hubiera sido determinar la constitucionalidad de los arts. 312, 316 y 317 CPPN, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994. En este rápido examen sobre las normas de prisión preventiva y excarcelación se pretende demostrar que las normas de los Códigos Procesales Penales de estudio sobre encarcelamiento y libertad no se adecuan a mínimos criterios de racionalidad, y se apartan de la doctrina procesal más moderna y democrática, a excepción, de mi criterio de la Excarcelación Extraordinaria.

La excarcelación en la Ley 27.063: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación no habla de la “excarcelación” porque, de conformidad con los principios atinentes a la restricción de la libertad en los pactos incorporados a la Constitución Nacional, la regla es la libertad mientras que su restricción es la excepción. El principio de inocencia que surge del art. 18 CN, y de los arts. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 8.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, genera una presunción iuris tantum en favor de la persona, que solo puede ser revocada con una sentencia condenatoria en un proceso penal. Hasta tanto no se aplique el poder punitivo del Estado, esa presunción resulta un límite al accionar estatal que solo en casos excepcionales, y cuando se recaben datos fácticos objetivos, podrá ceñirla a un ámbito más acotado.^{iv} Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3); como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.5) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37.a) consagran la regla que, combinada con la presunción de inocencia, establece el reconocimiento fundamental de que toda persona tiene derecho a estar en libertad durante el proceso penal salvo que, según las circunstancias del caso, se deba dictar la prisión preventiva como medida precautoria que tenga por objeto asegurar la comparecencia en juicio o la ejecución del fallo. También en “Massera” la CSJN rechazó la posibilidad del rechazo de la excarcelación por la gravedad de los hechos investigados, y señaló que ello desvirtúa la naturaleza de la prisión preventiva y relaja las exigencias que la ley procesal establece respecto de la necesaria motivación de las decisiones judiciales. Por su parte la Cámara Nacional de Casación Penal, en “Macchieraldo”, advirtió que las reglas sobre encarcelamiento preventivo no constituían una presunción iure et de iure, y que solo constituían un elemento más a valorar con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo por elusión. Ese criterio fue reiterado en “Ruere”; “Cajamarca”; “Beraja”; “Chabán”; “Pazo”; “Alais” y “Amelong”, entre otros. La Cámara del Crimen sentó numerosos precedentes al respecto en los fallos “Ruy

Barbará”, de la CNac. Apel. Civ. Corr., Sala I, causa 21.143, 10/11/2003; “Chabán” de la CNac. Apel. Civ. Corr., Sala V, causa 26.909, 13/05/2005, entre otros. Así, la Corte IDH dijo: “Esta 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 art. 8.2. 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 de del derecho universal mente reconocido”.^v

La modalidad que establece el nuevo Código Procesal es absolutamente inversa a la del anterior CPPN en tanto respeta todos los principios constitucionales emergentes, incluso, de la Constitución de 1853. El principio que subyace en el Código Procesal es el que emana de los principios constitucionales: la libertad es un derecho que se ejerce de modo irrestricto, sin autorización o permiso de un juez o funcionario; y no puede restringirse sobre la base de criterios automáticos e irracionales, sino sobre la base de los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Los principios y garantías procesales se establecen en el Título I, entre los arts. 1º a 24. En el Libro Quinto están establecidas las medidas de coerción y cautelares, que tendrán carácter excepcional, no podrán ser dispuestas de oficio por el juez y se ajustarán a lo que disponen los arts. 15, 16 y 17 del Código Procesal. Las medidas de coerción van desde la promesa del imputado a someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación hasta llegar a la máxima, que consiste en la *prisión preventiva y que puede dictarse si las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados: asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación*. Sobre este punto me reservo la opinión atento que al no estar en plena vigencia el nuevo código no sabemos qué resoluciones judiciales se van a adoptar en la práctica, dejando en plena reserva que el dictado de prisión preventiva

estará más que fundamentado con la leyenda “*evitar el entorpecimiento de la investigación*”.

El encarcelamiento cautelar debería contener una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a los requisitos de la Corte IDH, entre ellos, el de necesidad, en el sentido de que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto.^{vi}

El nuevo art. 16, ley 27.063: “Restricción de derechos fundamentales. Las facultades que este Código reconoce para restringir o limitar el goce de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad”.

Y es que, a diferencia del Código anterior, la ley no establece una regla general, abstracta e inmutable de casos en los que el individuo debe estar privado de la libertad. En ese contexto de ideas tiene relevancia la excarcelación; es decir, cuando el principio legal es la irracional restricción de la libertad, la excarcelación asume una moderada morigeración a la irracionalidad contenida en esos principios. Por lo tanto, en el CPPN según ley 27.063, el principio es la libertad del individuo, cualquiera sea el delito y cualquiera sean las pruebas que avalen su existencia y su responsabilidad. La posibilidad de restringir la libertad, en todos los modos que ella puede restringirse, solo es procedente para garantizar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación. Esos son los fines no solo para el encarcelamiento sino también para las restricciones a la libertad que se enumeran entre los incs. a) y k) del art. 177 CPPN (ley 27.063). Habrá idoneidad para la restricción de la libertad cuando la intervención sea adecuada para contribuir al fin constitucionalmente legítimo de permitir someter a la persona a juicio o que no obstaculice el accionar de la justicia. Habrá necesidad cuando la idoneidad del resto de las intervenciones a los derechos fundamentales que se encuentran enumerados en los incisos del art. 177 CPPN (ley 27.063) no revistan idoneidad suficiente para contribuir al objetivo propuesto por el legislador. En esta comparación se debe examinar si algunos de los medios alternativos logra cumplir con dos exigencias: que revista el mismo grado de idoneidad y que afecte negativamente al sistema de derechos en grado menor.

En cuanto a la proporcionalidad, deberán analizarse teniendo en cuenta las magnitudes de los derechos en juego. Solo podrá dictarse la prisión preventiva si su objeto o fin posibilita que se cumpla con los fines constitucionalmente previstos en el proceso penal, luego de evaluar que

esta sea la más idónea y la ultima ratio de las restricciones enumeradas en el art. 177 CPPN (ley 27.063). ¿Por qué el Código no alude a excarcelación? Porque excarcelar significa que el principio es encarcelar y esta modalidad es, en sí misma irracional. Esta afirmación está ligada al concepto de presunciones iure et de iure, y cuando la ley alude a este tipo de presunciones incurre en un grosero error, la presunción es un razonamiento que tiene que respetar las leyes de la lógica. Las presunciones iure et de iure no son consecuencia de razonamiento alguno, son ficciones legales.

Sin dudas, estamos ante un cambio de paradigma que implica que el dictado de la prisión preventiva estará fundado no ya en meras presunciones legales, sino en los hechos del caso y en la debida justificación racional de la medida que se adopte. Pero muy a mi pesar sigo sosteniendo que se seguirá con el mismo adoctrinamiento utilizado a la fecha y la salvación a las justificaciones adoptadas por los magistrados al dictar la prisión preventiva, es el instituto de la Excarcelación Extraordinaria que sigue su lineamiento de ausencia en el nuevo ordenamiento ya precitado.

Ahora bien me centraré en la función de este artículo al establecer la clara violación en el derecho de igualdad que goza todo ciudadano, atento que ni en la Ley 23.984 ni Ley 27.063 se incorporó la “EXCARCELACIÓN EXTRAORDINARIA” consagrada en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires que reza: “**ARTÍCULO 170.- Excarcelación extraordinaria.-** *En los casos que conforme a las previsiones de los incisos 1) y 2) del artículo anterior no correspondiere la excarcelación, podrá ser concedida de oficio o a pedido de parte cuando por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia. En estos casos el órgano interviniente podrá, de acuerdo a las circunstancias y a la personalidad del detenido, someterlo al cumplimiento de reglas especiales de vigilancia y/o cuidado asistencial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 180. La excarcelación prevista por este artículo sólo podrá concederse mediante resolución fundada y se efectivizará cuando el auto que la conceda quede firme.*”

Cuando hablamos de medidas de coerción en el proceso penal se requieren la acreditación de los mismos presupuestos de procedencia de las demás medidas cautelares, atento a su carácter instrumental, cautelar y provisional. Las medidas de coerción personal proceden en el proceso penal con relación al imputado e implican una restricción o limitación a la

libertad, no sólo ambulatoria mediante el encarcelamiento o la detención, sino también a la intimidad del sujeto (intervenciones telefónicas) para asegurar la consecución de los fines del proceso.

Siendo la libertad uno de los derechos fundamentales en la persona, reconocidos no sólo por la constitución Nacional^{vii} sino también por diversos tratados internacionales de rango constitucional.

La finalidad y alcance de las medidas de coerción se encuentran establecidas en el art. 280 (Ley 23.984), art. 176 (Ley 27.063) y art. 144 del C.P.P.B.A.^{viii}, en donde se reconoce como regla general que el hombre por su naturaleza es libre y las circunstancias de que se encuentre sometido a un procedimiento penal, no cambia en principio tal estado.

El principio general que consagran los tres códigos comparados es la “*libertad ambulatoria*” del imputado durante el proceso penal. Este principio constitucional no se desprende sólo de la prohibición de aplicar pena sin juicio previo, sino también del principio de inocencia.

La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena. Este principio emerge directamente de la necesidad de juicio previo^{ix}, por ello se afirma que “el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso o que los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme”, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa.

La inocencia o la culpabilidad se miden según lo que el imputado ha hecho o ha dejado de hacer en el momento del evento que se le es atribuido. El principio quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente mientras no exista una sentencia penal de condena, no aplicándose por ende, ninguna consecuencia penal, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. El imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente, es decir que el principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.

Este principio tiene diversas repercusiones, a saber: In dubio pro reo, Onus Probandi, por último el trato inocente y la coerción procesal. Creo conveniente desarrollar esta última repercusión, toda vez que considero que ésta es la más relacionada con el tema de estudio.

En primer lugar hay que definir el concepto de la expresión de **coerción**, dicha expresión representa el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades que gozan las personas de un orden jurídico, con el objeto de alcanzar un fin determinado. Pero los tres ordenamientos materia de estudio y comparación siguen los lineamientos precedentemente detallados, es decir, que pese a impedir la aplicación de una medida de coerción del Derecho Material (la pena) hasta la sentencia firme de condena, “tolera la prisión preventiva por orden escrita emanada de autoridad competente, durante el procedimiento de la persecución penal”^x.

Por lo tanto la coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, cuya finalidad no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procesamiento.

En definitiva, en el Derecho Material la coerción representa la sanción o la reacción del Derecho frente a una acción u omisión antijurídica, con el fin de prevenir genéricamente las infracciones a las normas del deber, advirtiéndolo sobre el mal que se irrogará a quien infrinja un deber jurídico o intentando afirmar en la realidad el valor que subyace a la norma violada. En el Derecho Procesal, en cambio, la coerción no involucra reacción ante nada, sino que debe significar, únicamente, la protección de los fines que el procesamiento persigue, subordinados a la actuación eficaz de la ley sustantiva.

Toda medida de coerción representa una intervención del Estado en el ámbito de la libertad jurídica del hombre y para minimizar dicha intervención en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires se contempla como mal llamada “excepción a las medidas de coerción” la Excarcelación Extraordinaria que no contempla los códigos procesales de Nación, ni Ley 27.063 violando todo “**derecho de igualdad**” amparado por nuestra Carta Magna y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Aquí entraría en juego el Control de Convencionalidad, esto surge de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos Humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la convención americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia: *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013*²¹. “Al respecto, este Tribunal ha establecido en su

jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.” Por lo expuesto, entiendo que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia para que no se violen garantías constitucionales como el “derecho a la igualdad” que hoy invoco su ausencia ante los códigos procesales comparados.

Cuando nos abocamos a la Excarcelación Extraordinaria nos remite a que no existen circunstancias fácticas motivadas explícitamente en los procesos que permitan afirmar, en forma fundada y racional, que existe un peligro cierto que amenace a los fines del mismo. De otra manera, se estaría ante una presunción *iuris et de iure* que supondría la existencia de delitos inexcusables y que implicaría la aplicación de una pena antes de la sentencia y aunque el proceso finalice mediante un sobreseimiento o absolución, irrogaría un perjuicio irreparable al imputado. Con el fin de neutralizar esos efectos, se regula una variada gama de cauciones u otras alternativas que permitirían conciliar la presunción de inocencia y la averiguación de la verdad y la aplicación del derecho material. Según autorizada doctrina *“el Estado, para aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos... si por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena ésta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en esa escena del proceso, el cumplimiento será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia”*^{xi}. Por ese motivo, el Juez de Garantías *“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”*^{xii}. Los peligros

procesales deben estudiarse en el caso en concreto, y de acuerdo a lo que han tenido en miras los legisladores al sancionar el presente artículo, deben excluirse las meras apreciaciones objetivas, circunstancias obstativas y en algunos casos inconstitucionales, que impiden el otorgamiento del derecho que le asiste a todo ciudadano de permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso, tal cual ordena los Códigos Procesales comparados.

Las previsiones a las que hace referencia el art. 170 del CPPBA (Excarcelación Extraordinaria) corresponden ante todo a hipótesis en que se atiende a la posibilidad subjetiva de inexistencia de peligro procesal emergente de las condiciones personales del imputado. Deseo dejar sentado aquí, que esta parte no considera que el derecho a la libertad que otorga la aplicación del art. 170 esté destinada sólo para enfermos terminales o inválidos, que efectivamente, por su estado, se pueda inferir que imposibiliten la frustración de los fines del proceso, sino que debe interpretárselo en sentido amplio, tal cual nos indica los arts. 280 CPPN, 144 CPPBA y 176 Ley 27.063.

No existen fundamentos concretos acerca de las circunstancias personales de los imputados que hagan presumir que los mismos intentarán eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, máxime, teniendo en cuenta la etapa procesal en la que las actuaciones se encuentran al momento del planteo de una Excarcelación Extraordinaria, donde ya se han asegurado las pruebas cuya adquisición podría ser perturbada por el imputado, por lo que la privación de la libertad durante el proceso debe finalizar ni bien cesen las causas que la justificaron. Los imputados deben recobrar la libertad inmediatamente después de que desaparezca el peligro de fuga o se haya asegurado la prueba.

Debe destacarse, que se pondrán de relieve diversas situaciones y circunstancias que resultan destacables de un fallo dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCasPenal); es el caso "Vicario", que se encuentra referido al análisis que el tribunal ha efectuado acerca del carácter que corresponde atribuir a las pautas objetivas impuestas por el legislador al regular la prisión preventiva y la excarcelación, debido a su interrelación con la regla establecida en el art. 280 C.P.P.N. Aquí, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se podrá establecer una conjugación entre los arts. 144 y 145, a los efectos de arribar a la interrelación que se le ha otorgado en el ámbito de la Nación (art. 176 y 177, Ley 27.063). Entiende esta parte, que si a esas pautas se las interpreta como absolutas, el resultado será que ciertos delitos siempre resultarán

inexcarcelables, con fundamento, exclusivamente, en la escala penal prevista en abstracto para la conducta incriminada.

A los efectos del estudio realizado por esta parte que se pretende introducir, se parte del presupuesto, de que no existe obstáculo alguno para que el legislador construya, a partir de esas pautas, de las cuestiones objetivas, una presunción legal absoluta de fuga, uno de los peligros procesales. Ello significa que, si en el caso concreto, por las características especiales que presenta, en realidad, ese peligro no concurre -lo que implica que no habrá afectación a los fines del proceso- de todos modos el imputado deberá permanecer privado de su libertad, al privarlo de su libertad, no obstante aquí se arremete contra tal decisión en búsqueda de la misma, la libertad, basándonos en los argumentos anteriormente expuestos.

Vélez Mariconde explica que "las leyes tienen en cuenta la máxima amenaza penal que se cierne contra el procesado, presumiendo que éste tratará de eludir la actuación de la ley siempre que esa conminación concreta sea superior al límite previsto" para culminar de modo contundente aseverando que "se trata de una presunción creada por el legislador e insuperable".

Cafferata Nores también se enrola en esa posición cuando al analizar las normas que regulan la cuestión afirma que "el encarcelamiento durante el proceso resulta imperativo, pues se presume *juris et de jure* en tal supuesto que el imputado intentará eludir la acción de la justicia".

Esta tesis, por su parte, quedó cristalizada en la jurisprudencia, al ser bendecida por la Corte Suprema en el célebre caso "Todres" en el que ese tribunal expresamente puso de relieve que las pautas objetivas reguladas en la ley resolvían razonablemente el conflicto existente entre el derecho del imputado a no sufrir una persecución injusta y el interés de la sociedad en no facilitar la impunidad de los delincuentes, debiendo, por tanto, los jueces ajustar sus decisiones a las reglas, de carácter obligatorio, fijadas por el legislador.

Esta parte encuentra a las posiciones anteriormente expuestas notablemente rígidas y sin un análisis concreto de las circunstancias fácticas del caso en análisis, por tal motivo, no se las comparte en absoluto; han sido transcriptas a los efectos de reseñar los pormenores de una situación que se intenta doblar con los argumentos que esta parte viene exponiendo.

Es dable de manifestar que una fuerte corriente de doctrinarios han ido morigerando los pormenores de la objetivización de las pautas que

impedían la concesión de la excarcelación para determinados supuestos, por tal motivo, así lo decidieron el juez Virgolini en el caso "Salmun Nissim" y el juez Hendler al votar en minoría en el caso "Mercado Mercado".

En los fallos citados se esbozaron los lineamientos que irían debilitando las tesis objetivistas en la materia; como bien adelantaba el juez Hendler "la prohibición absoluta del goce de tal derecho (a la libertad durante el proceso) sin discriminación ni criterio alguno vinculado a los fines cautelares del encarcelamiento precautorio, es el modo de reglamentación más frustrante que (se pueda) imaginar".

Este nuevo punto de vista ha sido acogido por Zaffaroni, para quien "este planteamiento minoritario es definitivamente claro y digno de profunda meditación. Si por aplicación del art. 312 del C.P.P.N. hay casos en los cuales, pese a la certeza de que el sujeto no intentará eludir la acción de la justicia, debe continuar la efectiva privación de la libertad, resulta claro que ésta ya no habrá de cumplir la función cautelar, que es la única constitucionalmente admisible".

Es dable señalar que una línea de pensamiento puso en crisis la legitimidad de aquellas leyes que establecen que ciertos delitos resultan inexcarcelables, con sustento, únicamente, en la expectativa de pena, que debe ser desde ya, ser desarraigadas de contemplación alguna.

A esta altura, conviene recordar que las leyes procesales pueden "declarar" inexcarcelables algunos delitos por dos motivos distintos. En un primer supuesto, el delito resultaría inexcarcelable porque se parte del presupuesto de que, en atención a la magnitud de la pena que se debería cumplir en caso de condena, el imputado preferirá eludir la acción de la justicia. Como se advierte a simple vista, aunque resulte objetable que esa pauta resulte irrevisable en el caso concreto, la razón del encarcelamiento obligatorio pretende, al menos, fundarse en un motivo de naturaleza estrictamente procesal: el peligro de fuga.

A mi entender se debería de establecer que los peligros procesales, como ya se ha mencionado anteriormente, no deben presumirse, sino que deben estudiarse en el caso en concreto. Sin embargo, existe otra clase de delitos "inexcarcelables" en el que el encarcelamiento obligatorio no intenta fundarse en esa presunción sino que, directamente, lo hace en la naturaleza del delito que se espera reprimir mediante la advertencia de que la sola imputación implicará inevitablemente la privación de libertad. Cuando una ley regula la libertad bajo caución anunciando que tal o cual delito no será

pasible de excarcelación, es evidente que el motivo que la inspira reside en razones de prevención general, las que, como es sabido, se encuentran reservadas al derecho penal material y sólo pueden resultar operativas, en todo caso como justificación de la pena, a partir del momento en que una persona ha sido condenada.

Conforme al punto de vista expuesto por esta parte, es oportuno resaltar lo que Maier puntualizara al respecto: *"la posibilidad jurídica de encarcelar preventivamente, en nuestro derecho, queda reducida a casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue y, aún dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado. Estamos en presencia de uno de estos casos, 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); para evitar esos peligros es admisible encarcelar preventivamente, siempre y cuando la misma seguridad, en el caso concreto, no pueda ser alcanzada racionalmente por otro medio menos gravoso"*.

Para finalizar transcribo y hago propio el pensamiento de Maier, quien sabiamente ha señalado que: "el encarcelamiento preventivo, para ser compatible con la Constitución, debería transitar un carril completamente distinto al que por lo general han seguido las leyes procesales del país, mediante un esquema que atienda a las siguientes líneas:

- 1) no debe ser regulado como obligatorio;
- 2) solamente debe ser ordenado cuando simultáneamente exista mérito sustantivo y se pueda fundar razonablemente una probable afectación de los fines del proceso;
- 3) el peligro de fuga o entorpecimiento deberá ser fundado por el juez de acuerdo a las circunstancias especiales que presenta el caso concreto, debiéndose prestar particular atención no sólo a la pena que se espera en concreto sino al arraigo del imputado en el país;
- 4) la prisión preventiva no deberá dictarse si el peligro puede ser evitado por una medida alternativa menos grave y
- 5) deberá cesar cuando no subsistan los motivos que la justificaron o transcurra un plazo determinado."

En idéntico sentido y más recientemente el Dr. Pastor, en un artículo publicado en 1993 en el que con claridad denunciaba la ilegitimidad del régimen de medidas de coerción -con el alcance que hasta ese momento le había atribuido la doctrina y la jurisprudencia- al sostener que "la sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en caso de recaer condena, intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. El Estado, para aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos... si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena esta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo previsto por el CPP no debe cumplir necesariamente función alguna en la neutralización de los peligros procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la prisión preventiva: basta el monto de la pena que se espera; los peligros procesales... se presumen. ¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas, sino, peor, sin admitir prueba en contrario, el peligro de fuga? ¿Esa presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?". No hace falta recurrir ni al *in dubio pro reo* ni al *in dubio pro libertate*. La única regla necesaria para conocer la solución jurídica correcta, es la prevista en el art. 3 CPPN, art. 11 Ley 27.063, art. 1 CPPBA.

La importancia de "Vicario", transportada desde el ámbito de los fallos de Nación al territorio provincial, se ha realizado con el fin de demostrar que ha sido el consecuente de la interpretación de las normas que restringen la libertad, aplicándola a casos en los que el sistema de pautas objetivas obligaría al encarcelamiento preventivo, "Vicario" será recordado como el fallo que marcó el comienzo del fin de las limitaciones objetivas absolutas a la libertad.

Está claro que ningún análisis dogmático debería efectuarse sin reparar en las consecuencias reales y concretas de la decisión hermeneútica que se adopte. Pero, si la doctrina que se defiende tiende además a un apartamiento parcial de las pautas establecidas en la ley de modo general, privilegiándose las condiciones personales del sujeto implicado, se supone que se podrá estar en mejores condiciones para verificar si concurren los motivos que justifican determinada institución -en el caso el

encarcelamiento preventivo- el control de la teoría mediante su verificación en la práctica se hace doblemente necesario.

Por tal motivo, es que considero, que la aplicación del instituto de la Excarcelación Extraordinaria, debe encontrar acogida en todos los ordenamientos jurídicos, y las pautas objetivas, obstativas de la aplicación de aquella, en cada caso en concreto deberán ceder ante el buen y normal desarrollo de la justicia garantizando fielmente el principio constitucional del derecho a la igualdad que goza todo ciudadano de la República Argentina.

El régimen de excarcelación extraordinaria se aplica a todo aquél a quien no le correspondiera la excarcelación en el régimen ordinario antes explicado. Tiene fundamento en la inversión de la regla a que se encontraba sometida aquella, esto es la de la libertad y como excepción la de la detención en los casos previstos en los códigos procesales penales. Entiende el Poder Ejecutivo Provincial que la adopción de este sistema no importa una transgresión a los principios constitucionales. Cuando la pena prevista es de suficiente gravedad, valorada ésta en el tope de los ocho (8) años antes referidos, o cuando existe certidumbre de su cumplimiento efectivo –certidumbre relevante sólo cuando la pena máxima supera el límite antes fijado-, es posible esperar del procesado una conducta elusiva del proceso. La grave amenaza de pena unida a la seguridad de su cumplimiento efectivo, frecuentemente importa un motivo suficiente para considerar que el imputado ha de tratar de vulnerar la acción de la justicia y no es ilegítimo para el legislador, la posibilidad de imponer al juez pautas razonables a través de las cuales puede valorar la disposición subjetiva del reo a sometérsela proceso, una de cuyas pautas es, precisamente, aquélla de la gravedad de la pena amenazada.^{xiii} No obstante ello, sí parece lesivo de la garantía constitucional de que todo ciudadano tiene derecho a su excarcelación, utilizar aquella pauta interpretativa como única o excluyente en la decisión de excarcelar o encarcelar a un procesado, en la medida en que aquella presunción no pueda ser desvirtuada, limitada o rectificadora por la consideración simultánea de otras pautas personales que se refieren directamente a la efectiva disposición del procesado a someterse al proceso que se encuentren también al alcance del tribunal.

El Poder Ejecutivo Provincial reconoce que simultáneamente con la presunción desfavorable derivada de la grave amenaza de pena y de la seguridad de su cumplimiento efectivo, existen o concurren otras pautas que pueden asegurar al tribunal que, no obstante aquella grave amenaza, el procesado está voluntariamente dispuesto a someterse lealmente al proceso.

Este convencimiento inspiró la redacción del artículo sobre Excarcelación Extraordinaria, a través del cual el tribunal podrá conceder la excarcelación cuando ésta no proceda conforme al régimen ordinario, si de la objetiva valoración de las características del o de los hechos imputados, de las condiciones personales del detenido, y de otros antecedentes que sean especialmente relevantes, pudiera presumirse que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar su sometimiento al proceso, y que no representa un peligro cierto de lesión de bienes jurídicos o de reiteración delictiva.

La naturaleza excepcional de esta permisión que representa una notable innovación en los regímenes excarcelatorios vigentes en la República Argentina, y que al mismo tiempo procura armonizar las necesidades de aseguramiento procesal con los textos constitucionales referidos a la inviolabilidad de la libertad personal, ha hecho que se ponga a disposición del tribunal, la posibilidad de someter al excarcelado al cumplimiento de reglas de inspección y/o cuidado asistencial, que parezcan convenientes a los fines de asegurar su efectiva comparencia al proceso y su adecuada reinserción social durante el mismo, así como la prohibición de concurrir a determinados lugares cuando su presentación en ellos importe peligro social cierto.

Acorde con la naturaleza excepcional de este instituto. Ha parecido conveniente disponer, que la Excarcelación Extraordinaria no se hará efectiva sino cuando ella adquiera firmeza. Ello permitirá, en caso de disconformidad del fiscal interviniente, someter la decisión del juez de primera instancia a la revisión de los magistrados del tribunal de apelación respectivo.

La Excarcelación Extraordinaria es un instituto revolucionario en cuanto a la efectiva garantía de derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso, mediante el reconocimiento de la posibilidad efectiva de excarcelación cualquiera sea el delito imputado al procesado, sin mengua de las necesidades asegurativas del proceso penal, que se encuentran suficientemente resguardadas por las amplias facultades acordadas a los jueces o tribunales de la causa, y sin mengua además de las necesidades asegurativas respecto del cuerpo social. Ellas se encuentran tuteladas por las facultades de inspección y asistencia que el tribunal puede imponer al procesado no sólo en garantía de su sujeción al proceso, sino como medio asistencial para ayudarle en procura de una mejor y más adecuada reinserción social, objetivo que redundará en una disminución sensible de la alarma social existente actualmente en cuanto a la delincuencia en la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma y su repercusión a través de la prensa y otros medios masivos de comunicación.

“La excarcelación extraordinaria (art. 170, CPP) se encuentra reservada a situaciones harto particulares, encaminadas en principio a posibilitar el no encarcelamiento de personas (...); y no comporta una vía para posibilitar la excarcelación en los casos en que la ordinaria no resulta procedente, sino cuando situaciones de extrema gravedad así lo aconsejan”^{xiv}

Sin embargo cabe referir que en otro extremo existe un antecedente en Buenos Aires en donde –de oficio- el imputado accedió a la libertad a través de Excarcelación Extraordinaria en virtud de la demora de la causa y de las circunstancias familiares que rodeaban al caso, puesto que existían menores de edad que habían quedado a cargo de los abuelos del detenido, y éste deseaba hacerse cargo de su cuidado personalmente. Es decir que la extrema gravedad antes referenciada se flexibilizaba ante otras circunstancias objetivas. (Juzg. Garantías N° 1 de Campana, “Arce José Jacinto s/ inc. Excarcelación”, 11/2010).

En cuanto a la grave violación al principio de igualdad plasmado en el presente artículo : existe una cuestión federal bastante para habilitar la vía del artículo 14 de la ley 48, en tanto se ha discutido la interpretación adjudicada a una norma procesal como lesiva de la garantía a la libertad personal prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional, el art. 14 en cuanto se vulnera el derecho a la igualdad y en los artículo 1, 7, 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tiene dicho la CSJN que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22°, párrafo 2°, de la Constitución Nacional) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.^{xv} Al respecto, compartiendo el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos refirió que "si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención".^{xvi}

Para concluir debo decir que el imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del imputado presuntamente inocente, sino también por necesidades procesales, como por ejemplo, para que quede situado en posición de igualdad con la acusación. Además se debe considerar que la prisión preventiva opera

como una pena anticipada, por lo que el principio de proporcionalidad entre la magnitud de la pena en expectativa y el encarcelamiento preventivo, es una mera justificación para la aplicación anticipada de la pena.

Considero que las políticas criminológicas y con ellas las aplicables a los sujetos que delinquen, necesariamente deben ir evolucionando a la par de la sociedad que intentan regular u ordenar. A mi entender la sustitución de la aplicación de penas de prisión efectiva por un plazo corto, traerá consigo no sólo disminuir en gran medida las penas privativas de libertad, sino también permitiría al Estado un ahorro considerable desde el punto de vista económico y desde el punto de vista social, nos permitiría acercarnos a un comportamiento civilizado y evolucionado que facilite una convivencia pacífica entre los integrantes de una sociedad.

Los medios alternativos de la pena de prisión, al no permitir el instituto de la prisión preventiva, no sólo descomprimen el sistema carcelario sino también garantizan al acceso a la justicia en libertad como derecho fundamental y demostrando por parte del Estado un real respeto al principio “in dubio pro reo”, tan poco aplicado hoy en día, y sobre esto creo que de la manera que estos métodos no se transformen en impunidad y se tome conciencia por todos que las penas sustitutas son penas reales, se irá generalizando y aceptando su aplicación, garantizando para ello el derecho a la igualdad tan menoscabado por los estados provinciales al no reconocer a la Excarcelación Extraordinaria como un remedio para la enfermedad llamada “prisión preventiva”, que cada día se agrava más y más.

Nota: Esta parte no ha encontrado fallos que hagan referencia a la violación del principio de igualdad en cuanto a la no aplicación de la Excarcelación Extraordinaria en el ámbito Nacional.

Bibliografía

- Gregorio Badeni: *"Reforma Constitucional e Instituciones Políticas"*.
- Alberto Ricardo Dalla Via: *"Manual de Derecho Constitucional"*.
- Miguel Ángel Ekmekdjian: *"Manual de la Constitución Argentina"*.
- Joaquín V. Gonzáles: *"Manual de la Constitución Argentina"*.
- Juan A. Gonzáles Calderón: *"Curso de Derecho Constitucional"*.
- Segundo V. Linares Quintana: *"Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional"*.
- Humberto Quiroga Lavié: *"Constitución de la Nación Argentina comentada"*.
- Carlos Sánchez Viamonte: *"Manual de Derecho Constitucional"*.
- Roberto Saba: *"Más allá de la igualdad formal ante la ley"* (Siglo XXI). Publicado en diario clarín 1/11/2016.
- www.telam.com.ar. 10 cambios centrales en el nuevo Código Procesal Penal. 22/10/2014.
- José I. Cafferata Nores: *"Cuestiones actuales sobre el proceso penal"*. *"La Excarcelación"*.
- Pastor, Daniel: *"El encarcelamiento preventivo, Análisis Crítico"*, Bovino: *"El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos"*, publicado en Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Del Puerto, 1998, ps. 144/145.
- Julio Maier: *"Derecho Procesal Penal"* tomo I.- Fundamentos.
- Luigi Ferrajoli: *"Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal"*.
- Daniel Pastor: *"Nuevo código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico."*
- Nelson Pessoa: *"Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación"*.
- Víctor Corvalan: *"Las medidas de coerción en el nuevo código procesal penal de la provincia de Buenos Aires"*.
- Germán J. Bidart Campos: *"Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"* y *"Manual de Derecho Constitucional Argentino"*, *"Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad"*.
- Sandra María Pesclevi. Defensora Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Quilmes: *¿Por qué el nuevo Código Procesal Penal no habla de la excarcelación?*

ⁱ La CSJN en el fallo “Amodio” (330:2658) sostuvo que los principios que emanan del sistema acusatorio configuran recaudos de orden constitucional según los arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional, el art. 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ⁱⁱ En este contexto es que cabe comprender e interpretar el procedimiento penal conforme a la nueva ley. Sobre el particular José I. Cafferata Nores sostuvo que corresponde: “poner no solo la acusación sino también su preparación a cargo de un fiscal, y dejar el lugar del juez inquisidor que investiga, a un juez que controle el resguardo de derechos fundamentales y el mérito de las pruebas en el curso de la investigación que realiza el fiscal. La propuesta renovadora abarca un mejoramiento del esquema de garantías del acusado, sobre todo en orden a su libertad y defensa durante el proceso, y enfatiza en la legalidad de las pruebas”. Cuestiones Actuales sobre el proceso penal. Editorial del Puerto. Edición 1997, pág. 127/128

ⁱⁱⁱ Plenario EXCARCELACIÓN.APLICACIÓN DEL FALLO PLENARIO “DIAZ BESSONE” DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL DOCTRINA LEGAL DEL PLENARIO :“no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”

^{iv} CSJN, “Nápoli”, LL 1999-B-662, y Bidart Campos, Germán J., “Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad”, en LL 1999-B-660.

^v Corte IDH, “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador” Fondo, 12/11/1997, párr. 77. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al expedirse en el informe 2/97.

^{vi} Ver Corte IDH, “Suarez Rosero...”, fallo cit., “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2004, párrs. 129 y 130; Informes 12/96/2/97; 35/07 punto 75; recientemente Informe OEA doc. 46/13 30/12/2013, punto VIII, recomendaciones apartado 320, punto A 3; CSJN, “Estévez José Luis”, 03/10/1997, Fallos: 320:2105 —es necesario causas concretas en el riesgo de fuga—, “Acosta”, 23/04/2008, Fallos: 331:858, principio pro homine, “Gramajo”, Fallos: 319:1840, “Verbirsky”, Fallos: 328:1146, evitar diferencias en la aplicación de la prisión preventiva; “Loyo Freire Gabriel Eduardo”, 06/05/2014 —el riesgo de fuga debe ser probado—, “Merlini Ariel Osvaldo”, se debe evaluar la conducta en el proceso y condiciones personales.

^{vii} Art. 14 CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos... de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”

^{viii} Art. 144 CPPBA: “El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la Ley para decidir lo contrario. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Art. 280 CPPN: “La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en la que se les comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde serán conducidos y el juez que intervendrá.”

Art. 176 Ley 27.063: “Las medidas de coerción autorizadas se ajustarán a lo que disponen los artículos 15, 16 y 17 de este Código, su carácter es excepcional y no podrán ser impuestas de oficio por el juez. Sólo se ejercerá coerción física para obtener la comparecencia de una

persona si el mismo fin no pudiere lograrse en tiempo útil, ordenando su citación por las formas que prevé este Código.”

Art 17 Ley 27.063: “Restricciones a la libertad. Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia real de peligro de fuga u obstaculización de la investigación. Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de libertad, conforme a las reglas de este Código.”

ix Art. 18 CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”

x Art. 312 CPPN: “El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuándo: 1º) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. 2º) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319.”

Art. 185 Ley 27.063: “Corresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código. No procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos: a) Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional; b) En los delitos de acción privada; c) Cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas.

Art. 157 CPPBA: “La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos: 1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito. 2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308º, o se hubiera negado a prestarla. 3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o participe penalmente responsable del hecho. 4- Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171º para denegar la excarcelación.”

xi Pastor, Daniel, El encarcelamiento preventivo, Análisis Crítico, Edit. Del Puerto, 1993, pgs. 50 y 55)

xii Bovino, “El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos”, publicado en Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Del Puerto, 1998, ps. 144/145.

xiii conforme C. S. J. N. IN RE Machicote, Juan Carlos, fallos 300 página 642.

xiv C. Apel. Y Garantías Penal Trenque Lauquen, 5/10/2000, in re: “Lochbaum, Norberto Leonardo s/ Robo Calificado, Encubrimiento y Defraudación”, cit. por Pedro J. Bertolino, en ob.: Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Comentado y Anotado, 9º Edición Actualizada, 2010, Ed. Abeledo Perrot, P. p. 334.

xv Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555; 329:518.

xvi sentencia del 21 de noviembre de 2007 en el caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador", parágrafo 91.