

INTRODUCCION

El derecho a la libertad es uno de los más preciados por el Hombre.

Comprende la libertad física, la de pensamiento, la de expresión, la de culto, la de conciencia, la de trabajo, la de elección; y en ella se concentran todas las facultades del Hombre para elegir su propia línea de conducta, de la cual es responsable.

Este trabajo trata del derecho que posee el hombre a la libertad ambulatoria, a través de la cual accede a casi todas las demás.

Junto al derecho a la vida y a la seguridad e integridad de su persona, constituye uno de los bienes jurídicos primordiales que todas las normas nacionales y supranacionales se han encargado de garantizar de modo prevalente, por tratarse de un derecho natural y de la esencia misma del ser humano.

No puede concebirse a la persona sin libertad.

Es tal la importancia que se le atribuye, que tal vez sea el único bien y el único derecho que todo individuo está dispuesto a defender y a preservar poniendo en juego no solamente su patrimonio sino hasta su propia integridad física y su vida cuando su privación se torna intolerable; defensa y preservación que en todo tiempo y en todo el mundo se ha podido advertir cada vez que se produjo el sometimiento de las personas al yugo opresor de quienes detentaron el monopolio arbitrario de la fuerza, generándose revoluciones –pacíficas o sangrientas-, movimientos libertarios y hasta éxodos masivos en busca de la tan preciada libertad, aún con riesgo cierto de perderlo todo.

El cercenamiento de ese derecho en su forma más extrema –el encierro - se advierte además como una situación antinatural para el ser humano; y como un hecho lesivo de todos los demás derechos de los que éste pudiera gozar; que apareja para él y para quienes comparten la vida con él, un estado permanente de angustia y desasosiego espiritual que deja huellas indelebles.

No existe ser humano que soporte la pérdida de su libertad; aunque con el pasar de los días logre sobrellevarla en mayor o menor medida: la búsqueda permanente de su recuperación se convierte así en el único fin perseguido, el cual intentará una y otra vez y por todos los medios, sin descanso.

La libertad es también el derecho que la Sociedad ha elegido para limitarle al individuo cuando se tiene la certeza de que ha transgredido las normas penales destinadas a reglar la convivencia de los hombres; es decir: cuando ha cometido un delito.

Así, el Estado se encuentra facultado para restringir ese derecho del individuo imponiéndole una pena privativa de libertad; la cual debe estar prevista en las leyes penales con anterioridad a la comisión del delito de que se trate, y que debe tener como finalidad la resocialización del individuo y no su castigo.

Pero también el Estado posee otra facultad: la de restringir esa libertad **antes** de la imposición de la pena, a través de medidas coercitivas personales de carácter cautelar, de entre las cuales la más extrema es la del **sometimiento a prisión en forma preventiva**.

Esa limitación del derecho máspreciado tiene como finalidad evitar que el sujeto se sustraiga al proceso que lo llevará al juicio previo del que hablan las leyes fundamentales, sin el cual no puede ser impuesto de una pena por el delito que se le imputa y por el cual se le pretende responsabilizar; y su fundamento se sustenta en que nuestra Constitución Nacional no admite el juicio ni la condena en ausencia del imputado.

Sin embargo, debe existir –y de hecho se pregona que existe- un equilibrio entre los derechos que se ponen en juego cuando el Estado ejerce su poder coactivo en forma preventiva.

Esos derechos son: **el que tiene el individuo** de permanecer en libertad durante el proceso de investigación y enjuiciamiento y hasta su sentencia final -derecho que deriva de su condición de inocente hasta tanto no se pruebe lo contrario mediante sentencia firme, contenido en el art. 18 de la C.Nacional- **y el que tiene el Estado** a poder aplicar la ley penal en caso de sobrevenir una condena respecto del justiciable -derecho que deriva del objetivo constitucional de **afianzar la justicia**, contenido en el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental-

Resulta entonces absolutamente necesario analizar de qué modo **deben** armonizarse ambos intereses, de forma tal que ninguno de los dos sufra desmedro frente al otro, y ese análisis debe indudablemente partir de una premisa fundamental que encontramos materializada en casi todas las normas supremas

que rigen la vida de todos los hombres que habitan en este suelo: **EL INDIVIDUO TIENE DERECHO A LA LIBERTAD CAUCIONADA DURANTE EL PROCESO PENAL.**

Este derecho a la libertad caucionada **se halla constitucionalmente garantizado –además de lo previsto en el art. 18 C.N.- a través los arts. 7º inc. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9º inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el art. 21 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; y en la faz procesal por las normas contenidas en el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires (Ley 11.922) principalmente en sus arts. 1º, 2º, 3º, 141 y 144, y en todas las previsiones sistematizadas en su Título VI –Medidas de coerción-**

También goza de la misma garantía constitucional el derecho de todo individuo a **ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad**, sin perjuicio de que continúe el proceso; como asimismo el de **recurrir** ante los Tribunales competentes para que se le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley, decidiendo **sin demora** sobre la legalidad de su arresto o detención, y ordenando su libertad si fuesen ilegales o arbitrarios; derechos que dimanar del que todo individuo tiene a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Y aquí nace la problemática que se pretende exponer en este trabajo, y que hasta el presente no tiene adecuada y expeditiva solución al menos en la Provincia de Buenos Aires, (ámbito territorial al que se restringirá el análisis de la cuestión por razones de especificidad y delimitación investigativa) : **el retroceso legislativo en el resguardo del derecho a la libertad caucionada y la limitación recursiva en materia de cuestiones referidas a la privación de la libertad durante el proceso.**

Siendo la libertad caucionada durante el proceso penal un derecho constitucional reconocido como tal por nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, que requiere tutela inmediata; otros Tribunales Superiores –tanto provinciales como nacionales- han declarado inadmisibles el tratamiento de las cuestiones relacionadas con ella a través de los recursos extraordinarios, por considerar que las resoluciones que deniegan la soltura e imponen la prisión en forma preventiva

no son sentencias definitivas en el sentido que los Códigos Rituales del Fuero dan a los fallos que pueden ser recurridos ante ellos.

Así sucede con el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires y la Suprema Corte de Justicia Provincial, aún cuando en los recursos interpuestos ante ellos se discutan cuestiones constitucionales y las resoluciones impugnadas causen gravamen irreparable.

Y si bien en algunas oportunidades se han expedido sobre el particular (cuando han considerado que la cuestión traída a esos Máximos Estrados constituía un caso de gravedad institucional que ameritaba su tratamiento) en realidad **no existe hoy en día ningún Tribunal Casatorio Provincial que admita los recursos extraordinarios interpuestos por los justiciables contra la imposición de prisión preventiva y la denegatoria de la eximición de prisión; de la excarcelación o de las medidas alternativas y morigeradoras al encarcelamiento preventivo.**

Esa limitación recursiva **cercena la posibilidad de un total y pronto resguardo del derecho constitucional consagrado en el art. 21 de la C.P.B.A. y el 18 de la C.N,** y constituye una cuestión que merece ser replanteada desde la **necesidad** de que exista una reforma procesal que habilite a los Tribunales Superiores Provinciales para que se aboquen a **interpretar** las normas procesales vigentes en materia de medidas coercitivas personales de carácter cautelar, a la luz de su constitucionalidad; y a **unificar criterios jurisprudenciales** respecto de su aplicabilidad o inaplicabilidad derivada de dicho examen interpretativo; de modo que efectivamente **se garantice el derecho a la libertad caucionada como regla, y se restrinja la imposición de la prisión preventiva a los casos que su excepcionalidad amerita,** evitando el ejercicio arbitrario del monopolio de la fuerza estatal ; que muchas veces se utiliza como un medio de llevar adelante **medidas de política criminal que se contraponen a los principios constitucionales consagrados en nuestras Leyes Fundamentales .**

Si este trabajo sirve aunque menos sea para que quienes nunca se plantearon la cuestión lo hagan por primera vez; desde la mirada de quien cree que el derecho a estar en libertad durante el proceso penal debe ser defendido con ahínco y sin descanso no solamente por quienes se han visto privados de él sino por todos los que se hallan expuestos a tal aleatoria posibilidad; y para que los que se

preocupan profundamente por esta problemática no abandonen la búsqueda de una solución aún ante la permanente respuesta adversa de los Juzgadores; o si simplemente logra que otros se sientan identificados con esa preocupación y puedan ver lo que la misma letra de la ley no les permite ver; el objetivo se verá largamente cumplido.

Ojalá que así sea.

LA LIBERTAD DURANTE EL PROCESO EN EL DERECHO COMPARADO

Cuando nos disponemos a analizar nuestro sistema procesal penal a la luz de las normas constitucionales que consagran el derecho a la libertad del imputado durante el proceso, no podemos evitar compararlo con el sistema procesal estadounidense.

Ello así por cuanto la Constitución que nos rige tiene una gran similitud con la de los Estados Unidos en lo referente a los Derechos y Garantías individuales que ambas consagran.

Sin embargo, a poco que observemos la interpretación que de las mismas normas han dado a lo largo de la historia los Jueces de ambas Naciones, podemos advertir que las diferencias son absolutas, como son absolutamente diferentes los resultados de su aplicación.

Así, mientras que nuestros Tribunales (en sentido amplio) siempre han tenido y siguen teniendo criterios jurisprudenciales **obstativos** a la aplicación amplia de las garantías y derechos constitucionales referentes a la libertad del inculcado; prevaleciendo el de imponer severas restricciones al derecho a permanecer en libertad durante el proceso; en Estados Unidos se ha privilegiado el criterio amplio en la interpretación y aplicación de las normas que protegen las libertades individuales del hombre, aún a costa de la eventual turbación del orden o de la seguridad social.

No podemos dejar de recordar el reciente caso de O.J.Simpson, imputado del homicidio de su esposa; que permaneció durante todo su enjuiciamiento en libertad; sin que ello levantara la más mínima voz de reclamo; a pesar de que la sociedad estaba convencida (intuitivamente, claro está) de que iba a ser declarado culpable.

Sin embargo ello no impidió su mantenimiento en tal condición durante toda la investigación y el juicio mismo; en el cual resultó absuelto por cuestiones técnicas, al haberse violado normas procesales garantizadoras del derecho de defensa.

No se puede imaginar –o mejor dicho sí se puede imaginar- qué hubiese sucedido si Simpson hubiera sido juzgado en nuestro país: Si se lo hubiese mantenido en libertad, la opinión pública –mejor dicho: la opinión del público- hubiese reclamado enardecida por todos los medios de comunicación social posible su encarcelamiento inmediato (Lo vemos diariamente por Televisión en casos que toman estado público).

Pero lo más seguro es que por el monto de pena que el Código Penal establece para el homicidio, que lo convierte en un delito “no excarcelable bajo ningún tipo de caución”, habría permanecido en prisión durante todo el tiempo del proceso y el juicio (cuyo tiempo de realización al menos en nuestra Provincia resulta absolutamente impredecible) y –es sumamente probable- se lo habría condenado aún con las pruebas irregularmente obtenidas (ilegalmente obtenidas según lo que determinaron en el juicio), pues en nuestro sistema importa más la “búsqueda de la verdad” que el modo como se llega a ella, siendo excepcionales los casos en que se hace lugar a la exclusión probatoria por defectos formales de su incorporación al proceso.

Y si hubiera sido absuelto –como sucedió en EUA- hubiese resultado que se lo habría mantenido privado de su libertad y de todos sus derechos correlativos, siendo una persona que nunca perdió su condición de inocente.

Esa es la diferencia. En Estados Unidos, ninguna persona es sometida a prisión si no es declarada culpable primero, a través de un juicio procesalmente riguroso en lo concerniente a la incorporación de pruebas legítimamente obtenidas; y el principio rector es que **es preferible un culpable en libertad que un solo inocente preso .**

En nuestro país –según se colige de la experiencia- **resulta preferible tener personas inocentes presas, que una sola persona culpable en libertad.**

Yendo al tema excarcelatorio; el sistema procesal penal de los EEUU –al igual que el nuestro- se rige por normas federales y normas estatales, las cuales difieren mucho entre sí, pues cada estado tiene la facultad de dictar sus propias normas procedimentales (aunque es de destacar que esas diferencias estatales son mucho más importantes que las que pueden existir entre los Códigos Procesales Provinciales Argentinos entre sí).

La Constitución Federal de los Estados Unidos establece en su 8ª Enmienda que no se exigirán fianzas de excarcelación excesivas, sosteniendo la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos que **el único requisito de la excarcelación es la fianza (*bail*),** que tiene por objeto y finalidad evitar que la persona a la que se le imputa la comisión de un delito evada la acción de la justicia y no se someta al proceso penal, presentándose cada vez que es citado.

Ese principio excarcelatorio bajo fianza, que actúa como regla y que se encuentra rigurosamente organizado para que funcione; sólo cede **excepcionalmente** en casos muy extremos, como cuando la manifiesta peligrosidad del sujeto o la enfermedad mental del reo hace imprescindible la denegación de su libertad caucionada.

De lo contrario, **la libertad bajo fianza es la regla constitucional,** y esa fianza debe ser posible de ser prestada por el inculcado o por terceros fiadores, pues de lo contrario resulta arbitraria y tachada de inconstitucional, **siendo amparado el sujeto por la mencionada 8ª Enmienda.**

En España –por comparar nuestro sistema con otro país europeo- la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que **para determinar la calidad y cantidad de la fianza** que habrá de prestar el imputado para obtener su libertad durante el proceso penal, se deberán tomar en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y los antecedentes del procesado, y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad Judicial; con lo cual se advierte que **aquí también –para la libertad- se exige sólo la prestación de una caución adecuada.**

En nuestro sistema procesal – derivado de la Ley de Enjuiciamiento española-, por el contrario, y a pesar de lo que dice el art. 21 de la C.P.B.A y los propios

códigos adjetivos en lo referente a las cauciones ; **lo que determina si a un sujeto imputado de cometer un delito se le otorga o no su libertad durante el proceso; es el monto de la pena conminada para el delito cometido “en abstracto” (lo que ha originado la “clasificación” de los delitos en “excarcelables “ e “inexcarcelables”)** a lo que se le suman innumerables otras circunstancias obstativas de la libertad que se han ido agregando en los sucesivos códigos procesales y leyes excarcelatorias dictados en la Provincia de Buenos Aires.

Así, la Ley Provincial 10.120 del año 1983 disponía que la excarcelación **debía** concederse bajo caución juratoria real o personal, si el delito imputado tenía prevista una pena máxima de hasta **8 años** de prisión o reclusión .

Su sucesora, la ley 10.484 del año 1987 **mantuvo** –al igual que su modificatoria, la ley 10.594- el monto máximo de la pena para su procedencia en **8 años, pero convirtió la obligatoriedad excarcelatoria en facultad judicial.**

La posterior Ley 10.933 que modificó en parte la ley precedente, **redujo** el monto de la pena máxima a **6 años.**

La ley 11.922 vigente mantiene ese monto máximo de pena como presupuesto básico excarcelatorio , pero **agregó como requisito que** –además- **debe estimarse que la pena que se le ha de imponer al reo será de ejecución condicional;** produciéndose así un **progresivo retroceso** en el reconocimiento del derecho a la libertad caucionada derivado del principio constitucional de inocencia: para obtener el derecho, el delito debe ser cada vez menos grave, y existir el examen previo de probabilidad de condena en suspenso.

En concreto, actualmente sólo **se puede conceder** la excarcelación a quien tiene la probabilidad de ser condenado a una pena de hasta 3 años y de ejecución condicional, y tal circunstancia debe ser fundada; pues si aunque la pena máxima prevista para el delito fuese de 6 años, pudiera preverse que la pena aplicable al caso va a ser de hasta 3 años de prisión pero de cumplimiento efectivo, o que pudiese aplicársele una pena de más de 3 años; la excarcelación no resulta viable .

Existen –además de la básica referente al monto de pena que determina la aplicabilidad del instituto- **otras normas procesales** destinadas a fijar las **condiciones necesarias para que proceda o no el derecho excarcelatorio** – ordinario o extraordinario- que complementan estos requisitos básicos para su otorgamiento, normas **que se han ido incrementando, e imponiendo año a año mayores recaudos, más supuestos obstativos, más impedimentos y**

hasta prohibiciones de excarcelar por delitos en principio excarcelables, llegando incluso a limitar de tal modo la facultad jurisdiccional para determinar su procedencia o no; que –según como se lo mire- se han convertido en leyes que han constituido una verdadera –aunque encubierta- injerencia del Poder Legislativo en el Poder Judicial.

Veremos con mayor detención esta evolución retrocedente del reconocimiento a la libertad durante el proceso penal bonaerense cuando tratemos específicamente las normas legales vigentes.

Al comparar los sistemas procesales penales estadounidense y español con el que poseemos, no estamos diciendo que uno sea mejor que el otro; o que sus resultados sean mejores o peores.

Solamente pretendemos hacer notar en qué medida en uno y otro sistema se respetan los principios y garantías constitucionales del individuo.

Decimos que no basta con invocar que el justiciable es inocente hasta que se demuestra lo contrario : hay que legislar en consecuencia, pues sino estamos en presencia de palabras vacías de contenido o –lo que es más grave- en una falacia que se debe prontamente revertir.

Decimos que es absolutamente necesario que los Jueces efectúen **de oficio** el análisis de la constitucionalidad de las normas restrictivas de la libertad, pues la Constitución Provincial los obliga a ello a través del art. 57°.

Decimos que es necesario que nuestros legisladores interpreten correctamente las cláusulas constitucionales –las que por otra parte son absolutamente claras- y **se sometan a ellas** al momento de legislar, pues esa es su labor.

El sistema procesal legal en nuestro país limita –y a veces en exceso y desproporcionadamente- el ejercicio de la garantía constitucional a la excarcelación ; es decir, a la libertad caucionada durante el proceso; y si bien es cierto que ello responde a situaciones coyunturales graves que debe atravesar la sociedad, y que el reclamo popular a veces presiona al legislador para que tome medidas restrictivas a los derechos constitucionales de los imputados de cometer delitos, no es menos cierto que las legislaturas -y los tribunales- no están sólo para escuchar el clamor popular (que a veces se encuentra dirigido por grupos con intereses meramente oportunistas) sino para **seguir los principios rectores**

de la Constitución –tanto la Provincial como la Nacional- que han jurado defender al asumir sus cargos, respetando y haciendo respetar los derechos y garantías de TODOS los ciudadanos frente al Poder Público.

Ese respeto – o su falta de respeto- se advierte con más intensidad al comparar nuestro sistema procesal penal con los de otros países que pretendemos emular; y sería hora de que comencemos a hacerlo no solamente desde el punto de vista económico o social, sino desde **el respeto a la libertad que impone el principio de inocencia y el verdadero Estado de Derecho.**

**LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD
CAUCIONADA DURANTE EL PROCESO PENAL**

El art. 18 de nuestra Constitución Nacional es la base del derecho que estamos analizando, y por él se garantiza la libertad individual a través de los principios “*Nulla poena sine culpa*”, “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poena sine iudicio* ” en él contenidos.

La prohibición de imponer pena sin que previamente se someta al individuo a un juicio de responsabilidad por el hecho del que se lo acusa, implica necesariamente la obligatoriedad de no someter al cumplimiento de una pena a quien no ha sido declarado culpable.

El artículo de referencia dispone que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, para concluir garantizando que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y que **toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al Juez que la autorice.**

Estas garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional, tienen su necesario correlato en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que en su artículo 10° declara que todos los habitantes de la Provincia son por naturaleza libres e independientes, y gozan del derecho a proteger y ser defendidos en su libertad; estableciendo asimismo que ninguno puede ser privado de esos goces sino por vía de penalidad con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso, y previa sentencia legal del juez competente.

En su Art. 11° establece el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los Tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en la Constitución Provincial.-

Por su parte, el art.15° dispone que las causas deberán decidirse en tiempo razonable, y el art. 16 establece la garantía de que nadie podrá ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicios vehementes de un hecho que merezca pena corporal, salvo flagrancia; y que nadie podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente.

El art. 21 –base del derecho a la libertad caucionada- es el que consagra el **derecho de la persona a ser excarcelado o eximido de prisión, si diere caución o fianza suficiente**, aclarando que la ley determinará las condiciones y efectos de la fianza atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, la peligrosidad del agente y demás circunstancias; y la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional.

Finalmente, en el art. 57 se establece que toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y los derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos

artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces.

Estas normas Constitucionales tienen su complemento en las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales que –con jerarquía constitucional- han sido incorporados por el art. 75 inc.22 de la C.N., a saber:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que:

- 1) En su art. 1° consagra el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de la persona humana.
- 2) En el art. 25° garantiza el derecho de protección contra la detención arbitraria, el que en sus partes sobresalientes dispone que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas preexistentes, y que todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o de lo contrario a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de la libertad.
- 3) El art. 26° del tratado declara que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, a su vez, establece:

- 1) En su art. 3°, que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
- 2) En su art. 8°, que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.
- 3) En su art. 11, que toda persona que es acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

- 1) En su **art. 5º**, inc. 2º; que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- 2) En el inc. 3º, que la pena no puede trascender de la persona del delincuente.
- 3) En el inc. 4º, que los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y deberán ser sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
- 4) En el inc. 6º, que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.
- 5) En su **art. 7º**, inc. 1º, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
- 6) En su inc. 2º, que nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados partes, o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- 7) En su inc.3º que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
- 8) **En su inc.5º**, que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
- 9) En su inc. 6º , que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éste decida ,sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención, y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales.
- 10) Su **art. 8º** -inc.2º- consagra el derecho de toda persona acusada de delito a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, y a gozar de garantías mínimas, entre la que se encuentra la del derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , establece por su parte :

- 1) En su art. 9º inc. 1; que todo individuo tiene derecho a su libertad y a la seguridad personales, y que nadie podrá ser sometido a detención

- arbitrarias. Que nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por ley o con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
- 2) El inc.2° garantiza que toda persona detenida o presa tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, y que **la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.**
 - 3) En su inc.4° establece que toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión, tendrá derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
 - 4) El **art.10** determina que toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, y en su inc.2° establece que los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales; y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.
 - 5) En su **art.14** consagra la igualdad ante la ley y al debido proceso, y establece el principio de inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad conforme a la ley, y en su inc.3° garantiza que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, al derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas. El inc.5° asegura el derecho a recurrir del fallo condenatorio y la pena impuesta ante un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley.

Vemos así que el derecho cuyo tratamiento es objeto de este trabajo, se encuentra **suficientemente garantizado** por todas las normas que conforman el llamado **bloque constitucional**, y que es ley suprema de la Nación .

LA LEY 11.922, SUS MODIFICATORIAS Y SUS PRECEDENTES

Enumeradas ya suscitadamente las normas constitucionales que sirven de sustento al derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y hasta que una sentencia firme declare la culpabilidad del sujeto condenándolo a cumplir la pena de prisión que le corresponda; **resulta necesario analizar si las normas procesales del Fuero, destinadas a hacer cumplir efectivamente esas garantías y derechos de quien se presume inocente; sirven para ese cometido;** y así poder determinar si realmente se utilizan en la forma prescripta por el legislador respondiendo al espíritu que animó su creación, **o si resulta necesario hacer algo para que ello así suceda.**

Como se podrá advertir en la descripción de las sucesivas normativas procesales que han regido hasta hoy en la Provincia de Buenos Aires y que se hará a continuación, el derecho a la libertad durante el proceso y la restrictividad de la imposición del encarcelamiento preventivo **figuran literalmente garantizados** no solamente en normas específicas y genéricas, sino a través de nuevos institutos procesales incorporados a la actual ley 11.922, que **están destinados y deberían servir de instrumentos para hacer efectiva dicha garantía constitucional.**

Comenzaremos por analizar las leyes excarcelatorias que precedieron al actual código ritual ; y las disposiciones sobre prisión preventiva contenidas en los dos códigos procesales que aún se aplican a las causas en trámite (las del “Código Jofré”, Ley 3589 aplicable a las causas de trámite escrito; y las de la actual Ley 11.922 aplicable a las causas del nuevo trámite oral), para seguidamente dedicarnos a examinar la evolución que ha sufrido la ley vigente desde su redacción original de 1998, hasta su actual redacción, la que se aleja claramente de la finalidad garantista del inicio; al menguar el derecho a la libertad durante el proceso – principio rector consagrado en su art. 144- y reducir la restrictividad de la aplicación de la coerción personal del justiciable, **convirtiendo en regla** lo que primigeniamente estaba destinado a ser una medida de aplicación excepcional: **la imposición de la prisión preventiva.**

LEYES EXCARCELATORIAS

LA LEY 10.120/ 83:

Luego del período de facto iniciado en 1976 que terminó con el advenimiento del Estado de Derecho, aparece la Ley 10.120 de Excarcelación y Eximición de prisión de la Provincia de Buenos Aires.

Leyendo las palabras preliminares de la obra de Guillermo Rafael Navarro –“La Excarcelación en la ley bonaerense 10.120”- no podemos menos que sorprendernos, pues en ellas se trasluce que en realidad nada –o casi nada- ha cambiado desde entonces, al menos en el sentido progresista que se esperaría que hubiese cambiado en torno a la problemática investigada, después de 20 años de vigencia del Estado de Derecho.

Dice el autor: *“La época especial en que vivimos donde, entre crisis económica y anomia, hemos debido soportar un régimen autoritario que tuvo que ir aflojando su rigidez a medida que iba agonizando, produce la ley 10.120.*

Dictada con apresuramiento, entre motines carcelarios, promesas de democratización del sistema penal y represión, vino a derogar la ley 9.032, fiel reflejo del espíritu que animaba al legislador “de facto”.

Valga entonces decir que, con todos sus defectos, la ley 10.120 tiende a cumplir con los generosos lineamientos de la Constitución provincial y con la mecánica del Código de Procedimientos penal de la Provincia de Buenos Aires, que asigna tan claro sentido constitucional a la libertad que siempre la refiere al “Hábeas Corpus”.

A poco que leemos **el art. 1º** de la ley, advertimos la **primera diferencia con la ley actual**, (mucho más restrictiva que la que analizamos) .

Es el que reglaba la libertad provisoria de tal forma que **no dejaba lugar a dudas** acerca de si la misma era opcional u obligatoria para el órgano jurisdiccional encargado de aplicarla; y si es un derecho o un beneficio para el procesado : **Su tono imperativo hace evidente que la libertad durante el proceso es un derecho del imputado y una obligación para el juez**, y el fundamento de tal norma imperativa le venía del propio contenido de la Constitución Provincial que –como la define el propio autor- resultaba ya mucho más moderna que la Nacional ,legislando sobre el tema con mayor precisión y adecuación al sistema jurídico democrático.

En cuanto al **criterio para la concesión del derecho**, a pesar de no ser el mejor ; (pues en lugar de exigir sólo la fianza como sucede en EEUU o en otros países Europeos y como lo establece el propio art. 21 de la CPBA establecía que se concedería cuando la pena máxima amenazada para el delito imputado no superase los **8 años de prisión o reclusión**) sigue siendo más amplio que el

criterio actual, que fija ese tope en 6 años, con lo cual **desde 1983 se han reducido las posibilidades de soltura en lugar de ampliarlas.**

También eran más amplias las hipótesis excarcelatorias, y más precisamente delimitadas que las actuales, como se puede apreciar de la lectura de las dos normas en cotejo (Ver Leyes 10.120/83 y 11-922/98 en su art. 169).

Así; el art. 2º de la ley provincial 10.120/83 preveía la posibilidad excarcelatoria del que pudiera obtener la libertad condicional dentro el término de un año siguiente al momento en que fuera excarcelado (inc.a) y de quien fuese a tener cumplida la pena dentro del término de un año siguiente al momento en que fuera excarcelado (inc.b).(Precursoras de la libertad asistida actual)

Los obstáculos a la libertad provisoria eran sólo TRES -establecidos en el art. 5º mediante la expresa improcedencia de su concesión- y si bien el contenido amplio del tercer supuesto permitía subsumir variadas posibilidades; lo cierto es que para imponerse la restricción la ley exigía que los obstáculos debían surgir de las constancias objetivas de la causa, y éstos eran:

- 1) Que el inculpado registrase dos o más condenas por delitos dolosos, aún cuando hubieran transcurrido los términos del art.50 del C.Penal;
- 2) Que el inculpado estuviese gozando de libertad provisoria por otro delito doloso anterior;
- 3) Que los antecedentes u otras circunstancias del inculpado permitan sospechar que tratará de burlar la acción de la justicia o entorpecer la investigación.

Ejemplos de esta última previsión podían ser la recaída en el delito, la falta de domicilio o residencia, la revocación de una libertad anterior, la declaración de una rebeldía.

La eximición de prisión se regía por los mismos presupuestos de otorgamiento de la excarcelación.

Ambas formas de soltura durante el proceso admitían la **caución juratoria, real o personal**, cuya elección dependía de las mayores o menores posibilidades de que el liberado burlase la acción de la justicia para el caso de serle otorgado el derecho .

Su finalidad era la de **garantizar la comparecencia del reo durante el proceso**, y el art. 10 establecía **cómo debía estimarse el monto** de la fianza que debía prestar el inculcado o un tercero fiador.

LEYES 10.484 /87 y 10.594/87:

Tanto una como la otra mantienen el tope de 8 años de la pena prevista para el delito imputado, como requisito inicial para la concesión del derecho excarcelatorio.

Lo que cambia en estas leyes **es la imperatividad del otorgamiento** de la libertad caucionada contenida en la normativa anterior, **que a partir de la ley 10484 pasa a ser facultativa** del juez de la causa.

Se especifican en ellas con mayor claridad los supuestos excarcelatorios, que se incrementan en número; **apareciendo con la ley 10.594 la excarcelación extraordinaria en el art.2º**, prevista para aquellos casos especiales en que aún no correspondiendo la excarcelación común por el monto de la pena amenazada, se otorgaba por las calidades personales de su destinatario que hacen presumir al Magistrado que no obstaculizará la acción de la justicia ni la investigación, ni representará un peligro de reiteración delictiva.

Se la ha caracterizado como una excarcelación personalizada y excepcional, la que se efectivizaría cuando el auto concedente quedase firme.

También se incorpora la excarcelación que se adecua a las previsiones del art. 437 del CPP (por cumplimiento de los 2 años de prisión preventiva que produce su vencimiento cualquiera fuese el delito imputado; norma procesal precursora de las disposiciones de la ley 24.390), lo que denota que los procesos ya se caracterizaban por su excesiva morosidad y –atento que debían adecuarse los presupuestos excarcelatorios a lo previsto en el Pacto de San José de Costa Rica- resultaba necesario incorporar esta posibilidad; que en verdad resultó de excepcional aplicación por la reticencia de los Jueces a su concesión.

Se amplían los presupuestos obstativos para la excarcelación en el art. 3º, que ahora incluye el **peligro** cierto de lesión de bienes jurídicos o de reiteración delictiva; e **introduce presunciones legales de tales peligros**, como cuando se trate de delitos con pluralidad de intervinientes , en forma reiterada o mediante la disposición para fines criminales de medios económicos , humanos o materiales organizados en forma de empresa.

Aparece –para la **fijación del monto de la fianza**- el requisito de la **importancia del daño** causado y la relación entre el monto de la caución y el **patrimonio del detenido**, en respuesta a la exigencia constitucional del art. 18 (actual 21) de la CPBA, que establece el derecho a la libertad bajo caución suficiente, criterio que responde además a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Esta disposición también sufrió interpretaciones parciales, al dársele mayor importancia al daño y al tipo de delito o a la pena probable que a la relación de la fianza con el patrimonio del imputado, provocándose numerosos casos de otorgamiento de libertades bajo fianzas de imposible cumplimiento.

LEY 10.933/90

En ella apareció la primera modificación que aparejó el endurecimiento de las posibilidades excarcelatorias: la **reducción del tope máximo de pena para el delito imputado, que pasó a ser de 6 años de prisión o reclusión en lugar de 8 años, y que aparejó menores posibilidades de soltura.**

Dentro del art. 3º **surgen nuevos supuestos obstativos – de carácter subjetivo-** tales como que el delito hubiese recaído sobre bienes en situación de desprotección, y la presunción del peligro cierto de lesión de bienes en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado.

Debe aquí hacerse notar que **poco a poco se ha ido endureciendo la primigenia postura de respeto al principio constitucional que garantiza la libertad caucionada**, mediante la agregación de fórmulas genéricas e imprecisas relativas a la forma de evaluar la existencia de los requisitos necesarios para la improcedencia del otorgamiento de la excarcelación.

En el **comentario al art. 3º de la ley 10933**, efectuado en su obra “Ley de excarcelación y eximición de la Provincia de Buenos Aires”, **Pedro J. Bertolino transcribe la opinión de Darritchon** -que comparte- al referirse al peligro cierto de lesión de bienes jurídicos y reiteración delictiva; diciendo que *“el mantenimiento del encarcelamiento preventivo en estos supuestos altera su real finalidad. Deja de atender los fines procesales a los que realmente corresponde y se constituye en un sustituto de medidas de seguridad propias del derecho sustantivo, que dentro del orden provincial pueden tener visos de inconstitucionalidad. En efecto, el art. 18 de la C. De la Provincia limita el concepto de peligrosidad a la fijación de la fianza, y no a la improcedencia de la excarcelación”*

Esto va demostrando que ya en 1990 se había comenzado con el proceso de **retroceso garantizador del derecho a la libertad caucionada**, que –como se verá- ha ido evolucionando en sentido contrario al que debería haber avanzado.

Resulta sumamente interesante leer el decreto 2644 de promulgación de la ley 10.993, que en sus **considerandos** dice:

“Que las leyes de excarcelación no son leyes de política criminal, ya que no sirven para prevenir el delito, ni pueden actuar por imperio de la Constitución, como anticipo de pena;

Que el régimen excarcelatorio debe ser analizado dentro del sistema procesal penal, tal cual surge del proyecto de Código de Procedimiento en Materia Penal remitido por el Poder Ejecutivo a la Honorable Legislatura;

Que sin perjuicio de la promulgación de la presente ley, ha de tenerse en cuenta la introducción de conceptos opinables como el de la peligrosidad, que anticipa el riesgo de reiteración y podría exceder el espíritu del sistema excarcelatorio;

Que las modificaciones realizadas al art. 3º de la misma ley, implican la incorporación de elementos nuevos, subjetivos, que quedan sujetos a la interpretación de los jueces, pudiendo de esta manera frustrarse los fines que inspiraron la norma en análisis;

Que la reducción del índice de criminalidad no depende exclusivamente de la severidad del régimen excarcelatorio;

Que independientemente de todo lo expuesto, se meritúa oportuno promulgar la ley, haciendo notar que en tanto no se sancione el nuevo texto del Código de Procedimiento en Materia Penal, remitido a la Honorable Legislatura, esta ley ha de resultar un paliativo al sistema vigente, más allá de la axiología jurídica que mezclan algunos conceptos contenidos en su articulado.”

De los considerandos transcriptos surge claramente que las normas excarcelatorias se han ido dictando **como paliativos** de la situación que en cada época se generaba; **sin existir una verdadera política criminal ni objetivos claros al crearlas**, limitándose a tratar de **solucionar situaciones coyunturales** en lugar de propender a la seguridad jurídica del justiciable.

Surge también que a pesar de ser conscientes –tanto los legisladores como el Poder Ejecutivo Provinciales- de que las modificaciones introducidas **ponían en peligro no solamente el espíritu del sistema excarcelatorio sino los fines de la norma misma** (que como lo establece la Constitución debe ser el de asegurar los fines del proceso exigiendo para ello sólo la prestación de una fianza suficiente) y de que **la severidad del sistema excarcelatorio no garantiza ni la prevención del delito ni la reducción del índice de criminalidad**, como

así también de que dicho sistema excarcelatorio estaba siendo utilizado como un **anticipo de pena**; lo cierto es que **igualmente la sancionaron y promulgaron, iniciando el camino hacia la degradación de la garantía constitucional a la libertad caucionada.**

LA PRISION PREVENTIVA

Resulta claro que la **consecuencia directa** e inmediata de la denegación de la libertad caucionada durante el proceso, era –y sigue siendo- la imposición de la medida coercitiva más grave contenida en el ordenamiento procesal: **la prisión preventiva.**

Ahora bien: resulta necesario diferenciar el régimen de la prisión preventiva en el Código según ley 3589 y el del actual Código según Ley 11.922, puesto que este último ha incorporado numerosas **alternativas** a su aplicación; las que sin embargo son sumamente resistidas por los Magistrados.

EL “CODIGO JOFRE” (Ley 3589):

Sus disposiciones aún rigen los procesos escriturarios de la Provincia de Buenos Aires, que siguen tramitando ante los Juzgados de Transición, hasta su finalización; **y coexisten** con las disposiciones del Código Procesal Penal según Ley 11.922, del cual se aplican las referentes al **Juicio Abreviado** (arts.395 a 403), a las **Medidas de Coerción Penal Personales y Reales**, salvo cuando alguna norma de la ley 3589 sea más favorable al imputado (arts. 144 a 200) **,al Juicio Oral de procedimiento común, al recurso de casación y los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires cuando se trate de causas de juicio oral según ley 3589,** t.o. por decreto 1174/86 (arts.338 a 375, 448 a 466 y 479 a 496).

Este código, ante la denegación de la libertad caucionada, o ante la imputación de un delito “no excarcelable” según las normas de las leyes excarcelatorias que se fueron sucediendo durante su vigencia; imponía necesariamente la prisión preventiva del inculcado.

Contra dicha resolución, que se dictaba al comprobarse la existencia de los requisitos del art. 183 (Estar justificada la existencia del delito, haberse tomado declaración indagatoria al detenido o haberse negado éste a prestarla y que

hubiese semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho) **no existía posibilidad de apelación, pero resultaba impugnabile por Hábeas Corpus (art. 403 inc.3 y 12 del Cód.Adjetivo) .**

Por no resultar una resolución apelable, al igual que la denegatoria del Hábeas Corpus dictado por la Cámara (arts 404 ,1er párrrafo in fine y 414) ; y **no constituir una sentencia definitiva** en los términos del art. 357 del código mencionado –ya que no terminaba la causa ni hacía imposible su continuación- **no era pasible de ser recurrida ante la S.C.J.B.A. por ninguno de los recursos extraordinarios previstos en dicho ordenamiento;** con lo cual **la limitación recursiva impedía su tratamiento ante el Máximo Tribunal Provincial, y por ende tampoco ante el Nacional.**

De este modo, ni la denegatoria de la excarcelación o de la eximición de prisión, ni la imposición de la prisión preventiva podían ser cuestionadas en las instancias superiores, aparejando la vulneración del derecho constitucional a la libertad caucionada .

Lo más grave de la cuestión era –y sigue siéndolo- que aún cuando **la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya tenía dicho** –como se verá en el tratamiento puntual del tema- **que las cuestiones excarcelatorias eran consideradas equiparables a sentencia definitiva por el gravamen irreparable que la privación de la libertad causa al justiciable** – criterio interpretativo que la Suprema Corte Provincial nunca “incorporó” ni aceptó- de todos modos **nunca trató las cuestiones de fondo** planteadas en los recursos que ante Ella se ventilaron, por ser de naturaleza procesal; con lo cual la situación de los justiciables sometidos a la máxima medida coercitiva ejercida por el Estado a través de su poder coactivo; no tiene resolución de ninguno de los Altos Tribunales.-

Y en cuanto al Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, que en sus inicios admitió recursos por este tipo de resoluciones ;dictando fallos ejemplares en defensa de la libertad caucionada; finalmente modificó su postura a través de los fallos plenarios del 13/4/2000 en expte. 2924 , y del 26/12/2000 en expte. 5627; que declararon inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra resoluciones relacionadas con medidas de coerción personal en causas de procedimiento escrito, o sobre libertad personal, medidas cautelares o excarcelación, por considerar que no son equiparables a sentencia definitiva ,

sosteniendo que por sí mismas tampoco abastecen la gravedad institucional que permite excepcionar la taxatividad contenida en el art. 450 del ritual.

Y allí quedó cerrado el camino.

LA LEY 11.922/98

Después de años de espera por la redacción de un nuevo código ordenador que respondiera a las necesidades y reclamos surgidos en la Comunidad, que viniera a agilizar y modernizar el proceso penal en base a las experiencias recogidas en aquellas jurisdicciones en las que se había implantado el proceso oral (Capital Federal fundamentalmente); nace el actual Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires; acuñado en los principios garantistas emanados de la Constitución Provincial y del bloque constitucional que conforma nuestra Ley Suprema Nacional.

Su contenido inicial –luego modificado por sucesivas reformas parciales inspiradas en principios contrarios a los que le dieran origen- respondía a las más modernas disposiciones sobre medidas coercitivas personales, aún cuando tuviese los defectos esperables de toda norma que pretendía conciliar los intereses de la comunidad con los del individuo y los del Estado, a contramano de los criterios limitativos de la libertad del justiciable que se venían aplicando desde la época del proceso militar de la década de los años 70.-

Esas disposiciones amplias sobre la libertad del imputado durante el proceso, fueron sustancialmente modificadas por las **leyes 12.278 y 12.405** que introdujeron numerosas disposiciones sumamente restrictivas de la libertad del procesado, convirtiendo el sistema coercitivo penal en el más gravoso de los últimos 20 años.

No aparentaría ser así cuando uno lee muchas de sus disposiciones, que se han convertido –en los hechos- en letra casi muerta, a pesar de que se hayan mantenido en vigencia otras normas e institutos de restringida aplicación.

Por ello, al analizar el Código mencionaremos aquellos artículos que se mantienen tal como inicialmente se crearon para luego referirnos a aquellos que han sido modificados por las Leyes n° 12.278 y 12.405.

Así, lo primero que aparece plasmado en el actual Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, que vino a reemplazar al "Código Jofré" (Ley 3589) son las Garantías Fundamentales del justiciable y la Interpretación y Aplicación que debe hacerse de la ley procesal penal.

En su **ARTICULO 1º** materializa los derechos al Juez natural, al juicio previo, garantiza el principio de inocencia y el *non bis in idem*, como también la inviolabilidad de la defensa y el *favor rei*.

Su texto claro dice que : ***"Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución de la Provincia y competentes según sus leyes reglamentarias; ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de este código, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento.***

En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio".

Vemos así que el objetivo y **la premisa general** del Código Ritual del Fuero Penal (en su versión original) es lo que se ha dado en llamar ***el garantismo procesal***, que se pone de manifiesto en este artículo en especial, y que descansa sobre el marco constitucional que le sirve de sustento.

Resulta así que la ley procesal deviene en sí misma operativa de los derechos y garantías constitucionales que a través de él se reconocen .

Pretende además este artículo, constituirse en la materialización concreta de los límites constitucionales al ejercicio del poder estatal sobre el individuo, al establecer los lineamientos sobre los cuales la normativa procesal debe ser interpretada y aplicada.

El principio de ***inocencia*** reconocido aquí expresamente, ***ampara a todo sujeto sometido a proceso***, e implica que antes de la declaración jurisdiccional firme de

responsabilidad penal , siempre y durante todo el proceso se garantizará el estado de inocente que posee el justiciable, con todo lo que ello supone.

Su manifestación concreta en el Código procesal se advierte fundamentalmente en el **art. 144 en su versión originaria** –pues luego fue modificado tornándose más restrictivo- que estableció los límites en la aplicación de la coerción personal al decir que ***“el imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal. 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”***.

Este artículo tuvo como fuentes a los Códigos de Tucumán y Córdoba en lo referente a la libertad durante el proceso, y al CPPN en lo concerniente a la excepcionalidad de la coerción; y se encuentra íntimamente relacionado con el art. 3° del CPPBA, que establece que ***“toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona, limite el ejercicio de un derecho atribuido por este código que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente”***.

La base constitucional de estos artículos, además, se encuentra en el último párrafo del art. 18 de la C.N, que al referirse a la finalidad del encarcelamiento, a las condiciones que deben tener las cárceles y al tratamiento que en ellas debe darse a los detenidos dice que ***“...toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”***

Los **principios regentes** de la disposición legal del art. 144 del CPP, limitativa de las medidas de coerción, son:

* El de ***adecuación***, relacionado íntimamente con la exigencia de *que la medida elegida sea la más apta para el logro del objetivo fijado*, para lo cual el ordenamiento prevé varias opciones de acuerdo al grado de intensidad o de necesidad de aplicación de una u otra medida coercitiva según cada caso.

* El de ***proporcionalidad***, es decir, que la medida guarde relación directa con lo que se desea resguardar, sin excederse de su justa medida y atendiendo exclusivamente al logro de los fines procesales que está destinada a asegurar.

* El de **subsidiariedad**, que impone utilizar siempre la medida menos gravosa para el que debe sufrirla.

* El de **excepcionalidad**, que establece que no deberá decretarse la medida restrictiva de la libertad si el fin puede ser obtenido por otros medios.

Todos estos principios, a su vez, tienen como base común el de la razonabilidad en la ponderación de las circunstancias fácticas que llevan a la decisión de aplicar una medida de coerción; la razonabilidad en la selección de la medida que se impondrá de entre las existentes y la razonabilidad de los fines que la medida está destinada a asegurar.

Siempre que la imposición de una medida cautelar personal resulte ser **razonable** desde esos tres enfoques, y **a la vez** durante su imposición **se asegure** al imputado el trato humano y respetuoso debidos a la dignidad que le es inherente por su condición de persona no condenada; no existirá violación del derecho a la libertad caucionada, pues tal como lo estatuye el mismo **art. 28° de la D.A.D.H.**, los derechos de cada hombre están **limitados** por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Pero en la medida que no se cumpla con cualquiera de esos extremos, la medida coercitiva se convertirá en arbitraria, excesiva, desproporcionada y violatoria del derecho que constitucionalmente tiene el justiciable a gozar de la libertad durante el proceso, que dimana de su estado de inocencia.

Y ello es lo que ha sucedido con la modificación del art. 144 al que nos hemos referido, que en su actual redacción dada por la ley 12.278 ahora dice que: "*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***"

Esta aparentemente inocua modificación, implica la limitación lisa y llana del principio de la libertad durante el proceso, en contradicción con lo que disponen las normas constitucionales que se han analizado, como se verá.

LAS MEDIDAS DE COERCION PERSONAL EN EL C.P.P.LEY 11.922

El nuevo ordenamiento procesal provincial ha impuesto nuevas normas excarcelatorias, como consecuencia de la profunda modificación del sistema procesal penal, que pasó de ser inquisitivo a ser eminentemente acusatorio.

Así, los supuestos contenidos en el art. 169 del CPP que determinan los requisitos para la obtención de la libertad caucionada, responden a las diferentes circunstancias y momentos procesales en que la soltura puede ser peticionada, que no son las mismas ni tampoco pueden equipararse a las del anterior sistema procesal.

Ello apareja que el sistema excarcelatorio actual tenga **mayores impedimentos** que el anterior; a lo que se suma que se han agregado **nuevos y más estrictos requisitos** a su concesión; y **más supuestos obstativos** a su otorgamiento incorporados en sus sucesivas modificaciones posteriores; todo lo cual ha coadyuvado a que **la libertad caucionada durante el proceso sea la excepción; y la regla imperante, sea la imposición de la prisión preventiva.**

Comparando cada uno de los supuestos excarcelatorios del art. 1º de la ley 10.933 (última vigente hasta la creación del CPP) y las del art. 169 del actual régimen; veremos que parecería que los legisladores han copiado una norma de otra, modificando sólo parte de su redacción –incluso en forma incorrecta a veces- y tornándola **más severa**, y al analizar la viabilidad de muchos de sus incisos se advierte que los casos previstos en la nueva normativa parecerían de casi imposible o muy restringida aplicación.

Seguidamente se efectuará el análisis de cada supuesto excarcelatorio para poder apreciar **el retroceso de la garantía** de la que estamos hablando:

*** PRIMER SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

a) Cuando el delito que se le impute tenga previsto una pena cuyo máximo no supere los seis años de prisión o reclusión.(Ley 10.933)

a) Que el delito que se le impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los seis años de prisión o reclusión, *siempre que de las circunstancias del hecho y de las características personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele condena de ejecución condicional. (Ley 12.405)*

Vemos así que ya en esta primera hipótesis, las condiciones resultan más restrictivas del derecho excarcelatorio que las existentes hasta el momento de entrar en vigencia esta norma (con la ley 12.405 modificatoria de la ley 11922)

*** SEGUNDO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

b) En caso de concurso real, ninguno de los delitos imputados tenga prevista una pena superior a seis años de prisión, y el juez estimare *prima facie* que la pena aplicable en el caso concreto no excederá ese monto. (Texto ley 10933).

b) En el caso de concurso real, ninguno de los delitos imputados tenga una pena superior de los 6 años de prisión o reclusión, *siempre que de las circunstancias del hecho y de las características personales del procesado resultare probable que pueda aplicarsele condena de ejecución condicional.*

Nuevamente en esta segunda hipótesis se advierte la mayor restrictividad a la libertad caucionada impuesta por la ley 12.405, pues se ha reducido en tres años el monto probable de pena aplicable para que proceda, y además, de ejecución condicional.

* El **TERCER SUPUESTO EXCARCELATORIO** del inciso c) de la ley 10.933 ha **desaparecido**, y preveía la posibilidad de otorgarla si el máximo de la pena fuese mayor (de 6 años) si de las circunstancias del o de los hechos y las características y antecedentes personales del procesado pudiera corresponder condena de ejecución condicional.-

La eliminación de este supuesto no permite la excarcelación a los casos de pena máxima mayor de 6 años, como sucedía con la anterior legislación, con lo cual se restringen las posibilidades de soltura en casos especiales (por ejemplo casos de participación secundaria o de tentativa, o cualquier otro delito que alcanza una pena máxima de más de 6 años pero que por el mínimo de la pena para el delito hacían suponer que la excarcelación era viable)

*** CUARTO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

El supuesto del **inc.e** de la ley 11.933 **también fue suprimido**, porque **no existe más el sobreseimiento provisorio** en el nuevo código de rito, **manteniéndose sólo el del actual inc.4º del art. 169** que lo prevé para el caso de **SOBRESEIMIENTO NO FIRME**.

*** QUINTO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

En el caso de este supuesto , al no existir pedido de pena del Sr. Fiscal al momento de requerir la elevación a juicio, las posibilidades excarcelatorias son de limitada aplicación. Veamos:

El **inc.f** de la **ley 10.933** preveía la libertad si el imputado hubiere agotado en detención o prisión preventiva , que según el C.Penal fuese computable para el cumplimiento de la pena, la pedida por el señor agente fiscal, o el máximo de la pena prevista para el delito tipificado, observando para el caso de concurso lo dispuesto sobre acumulación de pena por el art. 55 del Cód.Penal.

El **actual inc. 5** prevé la libertad cuando hubiere agotado en detención o prisión preventiva que según el C.P. fuera computable para el cumplimiento de la pena, el máximo de la pena prevista para el delito tipificado conforme la calificación del requerimiento de citación a juicio del art.334 del rito.

Como vemos, actualmente sólo podrá pedirse la libertad con el requerimiento de elevación a juicio, si la pena máxima del delito imputado se hubiese cumplido en prisión preventiva.

Queda eliminada la posibilidad que existía antes, de obtener soltura por haber pedido el fiscal una pena menor que la máxima para el delito imputado (siendo que es común que el pedido de pena del fiscal no sea la pena máxima, salvo casos de excepción)

Este es otro caso de limitación del derecho en tratamiento.

*** SEXTO SUPUESTO EXCARCELATORIO.**

También aquí sucede lo mismo, por las mismas razones:

g) Según el pedido de pena expresado en la acusación fiscal, que a primera vista resultare adecuado, sus antecedentes y condiciones personales y el tiempo cumplido en prisión preventiva estuviere en condiciones de obtener –en caso de condena- la libertad condicional. (Ley 10.933)

5) Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio , estuviere en condiciones de obtener, en caso de condena, la libertad condicional.(ley 12405)

Si analizamos este supuesto veremos que su materialización es absolutamente limitada, pues al igual que en el caso anterior el monto de cumplimiento exigible siempre será en relación a la pena máxima, quedando eliminada la posibilidad de obtener soltura ante un pedido de pena menor que la máxima prevista para el delito.

En ambos supuestos queda eliminada absolutamente la posibilidad de que el fiscal pudiese pretender la aplicación del mínimo de la pena, como existía antes.

*** SEPTIMO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

h) Según el pedido de pena expresado en la acusación fiscal, que a primera vista resultare adecuado, pueda corresponderle condena de ejecución condicional. (ley 10933)

6) Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio que a primera vista resulte adecuado, pueda corresponder condena de ejecución condicional. (ley 12405)

Aquí cabe un doble análisis: en primer lugar, según el actual CPP el Sr. Juez de Garantías no tiene facultades para evaluar lo adecuado o inadecuado de la calificación legal sustentada en el requerimiento de elevación a juicio : o la mantiene o la modifica a pedido de la parte contraria.

En segundo lugar, al no existir pedido de pena del fiscal ,sólo podrá existir la posibilidad de soltura si el delito tipificado en el requerimiento del art.

334 CPP tuviese una pena máxima prevista de tres años de prisión o reclusión (delitos correccionales exclusivamente) pues de lo contrario la condena de ejecución condicional no resultaría viable.

Resulta evidente la mala redacción dada a estos supuestos excarcelatorios y la limitación del derecho a la libertad que ellos encierran.

*** OCTAVO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

j) la sentencia no firme sea absolutoria o imponga condena de ejecución condicional. (ley 10933)

7) la sentencia no firme sea absolutoria o imponga condena de ejecución condicional. (ley 12405)

*** NOVENO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

k) si hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme. (ley 10933)

8) hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme. (ley 12405)

*** DECIMO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

l) la sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional y concurrieran las demás condiciones necesarias para acordarla. (ley 10933)

9) la sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional y concurrieran las demás condiciones necesarias para acordarla. (ley 12405)

*** UNDECIMO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

Este supuesto –si bien con textos dispares- alude en ambas normas a la misma situación procesal: la que habilita la libertad cuando el tiempo sufrido en prisión preventiva excede de los plazos legales previstos en el art. 7 ap.5 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a la duración razonable del proceso.

ì) se tratare del caso previsto por el art. 437 del C.P.P. (t.o. decr. 1174/86) En este supuesto, la excarcelación sólo podrá denegarse por las causas previstas en el art. 3º de la presente ley. (ley 10933)

Art.437: la prisión preventiva terminará a los dos años de la detención. Si para esa fecha no se ha dictado sentencia definitiva que cause ejecutoria , el imputado será excarcelado bajo la caución que el magistrado fije, cualquiera fuere el delito imputado. No se computará a ese efecto el tiempo que insuma la tramitación de los recursos extraordinarios por ante cualquier tribunal. (ley 3589)

10) La prisión preventiva excediera el plazo razonable en el art. 7 inc.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo tenerse en cuenta a esos efectos la gravedad del delito imputado, la pena amenazada, la circunstancia de que se trate de un delito único o un concurso real de delitos, y la complejidad del proceso.

Resulta evidente el agravamiento de las condiciones para la concesión del derecho a la soltura; que deviene no solamente de la eliminación de un plazo cierto y objetivamente previsto para el cese de la prisión preventiva, sino también porque ya no procede cualquiera sea el delito cometido, y porque para evaluar esa “razonabilidad” se toman parámetros que –salvo la complejidad del proceso- en nada deben influir en la duración del mismo; como por ejemplo la pena amenazada, la gravedad del delito cometido o la existencia de un concurso delictual.

El plazo razonable debería estimarse en base a los plazos máximos que el Código establece para concluir la Instrucción Penal Preparatoria (un año) , y hasta otro plazo igual para el dictado de la sentencia definitiva, que en casos complejos podría extenderse hasta un máximo de un año más; ya que **tres años son más que suficientes para llevar a cabo un juicio, si el Estado Provincial pone verdadero esfuerzo y empeño en lograr “afianzar la justicia”.**

En todo el tiempo que el sistema judicial se exceda de ese plazo, el imputado debe tener el derecho efectivo de ser puesto en libertad, sin perjuicio de que el proceso siga su curso (arts. 7° inc5° C.A.D.H , 25 de la D.A.D.D.H y 9° inc.2° P.I.D.C.P.; art. 18 último párrafo C.N. y art. 21 y 36 de la C.P.B.A.) pues la morosidad en la tramitación de los procesos no puede recaer en cabeza del justiciable.

*** DUODÉCIMO SUPUESTO EXCARCELATORIO:**

La última de las previsiones de soltura durante el proceso lo constituye la llamada *excarcelación extraordinaria*, que tiene tratamiento en las dos normas comparadas.

Art. 2° ley 10933:

En los casos que conforme las previsiones de los inc.a y b del artículo anterior y del art. 4° no correspondiere la excarcelación, el juez o tribunal podrá concederla cuando por la objetiva valoración de las características del o los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado , y de otras circunstancias que se consideren relevantes, pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación, ni eludir la acción de la justicia. En esos casos el juez o tribunal 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 art. 13 . La excarcelación prevista en este artículo sólo podrá concederse mediante resolución fundada, y se efectivizará cuando el auto que la conceda quede firme.

Art. 170 Ley 11922.

El texto es igual al precedente, pero remitiendo al inc. 1 y 2 del art. 169 (correspondientes al inc. a y b de la ley 10933) y al art. 180 del CPP (equivalente al art. 13 de la ley anterior).

LOS OBSTACULOS A LA LIBERTAD CAUCIONADA

Tal como lo hemos anticipado, las leyes modificatorias de la 11.922 han impuesto nuevos obstáculos al otorgamiento de la libertad durante el proceso.

Serán analizados en igual forma que se lo hizo *ut supra* con los supuestos excarcelatorios.

Art. 3º ley 10.933:

Podrá denegarse la excarcelación cuando el juez o tribunal considerase que existen razones fundadas para entender que el detenido procurará eludir u obstaculizar la investigación o su sometimiento a proceso, o represente un peligro cierto de lesión de bienes jurídicos, o de reiteración delictiva, o que su conducta haya recaído sobre bienes que se encontraban en situación de desprotección. **Este peligro podrá presumirse** especialmente cuando se trate de delitos cometidos con pluralidad de intervinientes, en forma reiterada, o mediante la disposición para fines criminales de medios económicos, humanos o materiales organizados en forma de empresa, o en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado.

Art. 4º ley 10.933:

No procederá la excarcelación cuando el imputado se hallare en cualquiera de los siguientes casos:

- a) **condenado anteriormente por delito doloso con pena privativa de libertad** que haya sido cumplida total o parcialmente, excepto que hubiera transcurrido el plazo del art. 50 del C.Penal.
- b) **Gozando de libertad provisoria por otro delito doloso anterior reprimido con pena privativa de libertad** y mediare en ese proceso acusación fiscal con pedido de pena que no permita el beneficio que otorga el art. 26 del C.Penal.

Art. 171 CPP (ley 12.405):

No se concederá la excarcelación cuando hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación.

La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de:

- a) la falta de residencia fija o estable, y/o que cuente con facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.
- b) la declaración de rebeldía en un proceso por la comisión de un hecho doloso anterior en el que pudiere aplicarse pena privativa de libertad.
- c) la condena impuesta por delito doloso sin que haya transcurrido el término que establece el art. 50 –última parte- del Cgo.Penal.

Asimismo se denegará cuando se trate de imputación de delitos cometidos:

- a) por pluralidad de intervinientes y en forma organizada.
- b) con intervención de uno o más menores de 18 años de edad.

- c) En forma reiterada, cuando las circunstancias de los hechos y las características y antecedentes personales del procesado , obstaran a la aplicación de una pena de ejecución condicional.
- d) Por quien estuviera gozando de libertad provisoria anterior.
- e) Con uso de armas de fuego, sin que sea necesaria la acreditación de aptitud de disparo del arma o su munición. También se denegará cuando se tratara de delito cometido con cualquier tipo de arma, propia o impropia, cuya pena prevista supere los tres años de prisión o reclusión.
- f) Con violencia en las personas, en el caso del robo simple del art. 164 del Cód. Penal.
- g) Con vehículos automotores , en los supuestos previstos en el art. 84 del C. penal, y el imputado se diera a la fuga. En estos casos el juez podrá concederla si se dieran las circunstancias del art. 170.

También podrá denegarse la excarcelación cuando se considerase que existen razones fundadas para entender que el detenido representa un peligro cierto de lesiones de bienes jurídicos, o de reiteración delictiva, o que su conducta haya recaído sobre bienes que fueran de valor científico, cultural, militar o religioso, cuando por el lugar en que se encuentren se hallasen destinados al servicio, a la utilidad pública o a la reverencia de un número indeterminado de personas o libradas a la confianza pública.

Este peligro podrá presumirse cuando se tratase de delitos cometidos mediante la disposición para fines criminales de medios económicos, humanos o materiales organizados en forma de empresa, o en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado.

Podrá denegarse la excarcelación en los delitos de enriquecimiento ilícito, cohecho, exacciones ilegales y de fraude en perjuicio de una Administración Pública cometidos por funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de sus funciones.

También es obstativo para la excarcelación, la fijación de la fecha para la celebración de la audiencia de debate en el proceso oral, al igual que el llamamiento de autos para sentencia en el juicio escrito.

No se ha tenido en cuenta al momento de incluirse esta modificación (o tal vez sí) que entre el momento de fijación de la audiencia de debate y la celebración de la misma a veces transcurre más de un año.

Resulta evidente al analizar estas previsiones obstaculizantes del ejercicio del derecho a la libertad caucionada, que cada día el Estado avanza más sobre el individuo; que con cada reforma al sistema excarcelatorio se restringen más las posibilidades de soltura; y que poco a poco se va convirtiendo en una falacia el contenido de los arts. 1, 3 y 144 de la ley 11.922, que vinieron a garantizar los derechos constitucionales de los procesados.

Queda también en evidencia que no es verdad lo que se dijo en los considerandos del decreto 2644 de promulgación de la ley 10.933, pues la realidad plasmada en los artículos precedentemente analizados nos muestra que:

*** Las leyes de excarcelación son utilizadas como instrumentos de política criminal .**

*** Se utilizan para prevenir el delito.**

***Actúan como anticipo de pena.**

*** La introducción de conceptos opinables como el de la peligrosidad o la presunción que anticipa el riesgo de reiteración delictiva, exceden la finalidad del sistema coercitivo cautelar.**

*** La severidad del régimen excarcelatorio es utilizada como disuasivo para reducir el índice de criminalidad.**

*** La incorporación de parámetros y criterios subjetivos para la interpretación de qué puede ser obstáculo válido para la denegación del derecho libertario, tiene fines que exceden la búsqueda de resguardo del sometimiento a proceso.**

*** Siguen utilizándose las reformas intempestivas y oportunistas del sistema excarcelatorio como paliativo ante el incumplimiento estatal del**

mandato constitucional de afianzar la justicia, que debe llevarse a cabo cumpliendo con lo que impone el art. 36 de la C.P.B.A, de modo que los magistrados puedan dictar las sentencias en los procesos penales en el tiempo razonable que una vez estableció la ley 24.390.

OTRAS MEDIDAS COERCITIVAS DE LA LEY 11.922

El título VI del CPP actual contiene **una gama de medidas de coerción personal** que deben ser estudiadas, pues el legislador originario **previó y otorgó** al órgano jurisdiccional que tuviese a su disposición a un procesado , **la posibilidad de elegir** de entre ellas **la más adecuada** al caso que se presentara; de modo de **cumplir** a través de su aplicación **el objetivo para el cual han sido creadas: garantizar el desarrollo del proceso hasta su finalización.**

Es más: La ley 12.061 del Ministerio Público, en su art. 65 que trata sobre el imputado privado de libertad, establece en su último párrafo que ***“El fiscal tratará de evitar medidas de coerción personal, solicitando cuando fuere posible alternativas a la privación de libertad, conforme lo habiliten las normas procesales”***, de modo tal que si ellas no se aplican no es porque la normativa vigente no las propicie.

Ya hemos hablado de la libertad caucionada –la excarcelación bajo fianza o caución juratoria, real o personal- que representa la medida de coerción menos gravosa para el justiciable porque implica –aún limitadamente y en forma condicionada o restringida- la libertad ambulatoria .

Entre ella y la prisión preventiva (la forma más gravosa de sometimiento a proceso, que supone el encarcelamiento institucional carcelario) **existen otras medidas de coerción** que resultan aplicables en distintas instancias procesales y que poseen distintos grados de intensidad en la restricción de la libertad ambulatoria del inculcado.

Para que proceda su dictado, deben darse ciertos requisitos, contenidos en el **art. 146:**

- * Que el delito imputado no sea excarcelable o que la libertad caucionada haya sido denegada.
- * Que exista apariencia de responsabilidad del imputado en la perpetración del delito.
- * Que se verifique peligro cierto de frustración de los fines del proceso si no se aplica una de esas medidas.
- * Que exista proporcionalidad entre la medida coercitiva y el objeto de tutela (evitar el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación)

La finalidad perseguida es garantizar la realización del proceso y la eventual aplicación de la pena, y el **art. 148** establece una serie de presunciones sobre la existencia del peligro de que el procesado fugue o que entorpezca la investigación, que son:

- * la magnitud de la pena en expectativa
- * la ausencia de residencia fija o estable
- * el comportamiento del imputado durante el procedimiento u otro anterior, que indique que no tiene voluntad de someterse a proceso (rebeldías, fugas, órdenes de captura..)

Ellas son las previstas en los arts. 157 , 159, 160, 161, 163, 165 del CPP. Se irán analizando desde la menos gravosa a la más gravosa para el inculado.

Art. 161: LIBERTAD DISPUESTA POR EL FISCAL:

Cuando el fiscal estime que no solicitará la prisión preventiva del imputado aprehendido o detenido, podrá disponerla por sí (si aún no fue puesto a disposición del juez) o solicitársela al juez de garantías que lo tenga a su disposición. En ese caso no es necesario el pedido de excarcelación.

Art. 159: MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISION PREVENTIVA:

Cuando el fiscal solicitara la prisión preventiva del inculado; y el juez de garantías considerase que el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio pueden evitarse por otros medios alternativos menos gravosos para el justiciable, podrá imponer tales medidas en lugar de la prisión aún cuando el Ministerio Público haya solicitado la medida más gravosa.

El magistrado puede establecer las condiciones que crea necesarias para lograr el fin perseguido, y el procesado deberá cumplir con las restricciones o límites impuestos.

El órgano judicial puede imponer la aplicación de sistemas de rastreo electrónico o computarizado, la limitación ambulatoria dentro de un radio determinado (la vivienda, una zona , región etc)

El **art. 160** del CPP **enumera varias alternativas** –no taxativas- que **puede aplicar aún de oficio**, tales como :

*el sometimiento al cuidado de una persona o institución.

*la presentación periódica ante la autoridad que se designe.

* la prohibición de salir de un ámbito territorial determinado.

*La prohibición de concurrir a ciertos lugares o de comunicarse con ciertas o determinadas personas.

*La prestación de una caución patrimonial o personal, o la promesa jurada de someterse al proceso cuando esto baste o no pueda cumplir otra alternativa.

También –a través del **art. 165** – puede disponer la detención domiciliaria de las personas a quienes les pueda corresponder de acuerdo a las previsiones del C.Penal (art. 10) o del CPP.-

Art. 157: LA PRISION PREVENTIVA:

Es la medida cautelar más gravosa. Supone el encierro carcelario durante el proceso. Su carácter excepcional se ha convertido en regla a raíz de las numerosas circunstancias obstativas a la libertad caucionada.

Para que proceda deben mediar **conjuntamente** los siguientes requisitos:

*Estar justificada la existencia del delito.

*Que el imputado haya prestado declaración o se haya negado a prestarla, en los términos del art. 308 CPP.

* Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehemente como para sostener que el imputado sea probable autor o partícipe penalmente responsable del hecho.

Faltando alguno de ellos –o alguno de los de los arts.146 y 148- no podrá dictarse.

Art. 163: ATENUACION DE LA COERCION DECRETADA.

Una vez impuesta la prisión preventiva , y firme la resolución que la dispuso, el órgano a cuya disposición se encuentra el imputado puede –aún de oficio- morigerar los efectos de la medida coercitiva decretada, siempre y cuando con la medida sustituta se cumplimente en igual forma el aseguramiento de los fines del proceso.

La morigeración deberá tener suficiente fundamento, y con el consentimiento del imputado podrá imponérsele:

a.- Su prisión domiciliaria, con el control o la vigilancia que para ello se especifique

b.- Su encarcelamiento con salida diaria laboral y/o salida periódica para afianzar vínculos familiares, bajo la responsabilidad y cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre periódicos informes

c.-su ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella.

Estas medidas morigeradoras de los efectos de la prisión preventiva impuesta; no resultan ser taxativas y pueden combinarse entre sí o adoptar características propias para cada caso en particular.

Así, puede imponerse la prisión domiciliaria con salida laboral, terapéutica o de estudios, y prohibición de salir del domicilio en determinadas horas del día o de la noche; o internación institucional educativa o terapéutica durante la semana con permanencia en el domicilio los fines de semana; o bien combinarse las medidas morigeradoras descriptas con alguna de las alternativas de los arts, 159 y 160 del CPP.

Vemos así que las posibilidades de evitar el encarcelamiento preventivo garantizando en la mayor medida posible el derecho a la libertad –aún restringida- durante el proceso, son múltiples, y el magistrado las tiene al alcance permanentemente, pues no existe límite temporal alguno para aplicarlas .

La ley 11.922 es rica en posibilidades instrumentales destinadas a evitar la vulneración del derecho constitucional analizado, pero la realidad muestra la poca aplicabilidad que ellas tienen.

Por otra parte, el art. 1º y 3º del CPP siguen vigentes, al igual que el principio contenido en el primer párrafo del art. 144 del rito; por lo que la interpretación de las normas coercitivas a la luz de su contenido permitiría salvar las limitaciones impuestas por las cláusulas obstativas recientemente incorporadas.

Sin embargo, **la reticencia de los Magistrados a liberar a los justiciables ejerciendo de oficio el control de constitucionalidad de dichas limitaciones; y la**

escasa aplicación de los institutos alternativos o morigeradores de prisión durante el proceso que en la experiencia diaria se advierte (a pesar de que poco a poco se van comenzando a conceder), **hacen que el derecho a la libertad caucionada de la que hablan todas las normas detalladas *ut supra* no sea más que una mera declamación constitucional.-**

No se alcanza a comprender cómo es que teniendo tantas posibilidades de evitar el encarcelamiento preventivo institucional, se haya llegado a la explosiva situación de superpoblación carcelaria que se vive.

Tal vez haya llegado la hora de que el Poder Legislativo y el Poder Judicial –cada uno dentro de su órbita- tomen distancia de los sucesos cotidianos que turban el espíritu de los hombres comunes, y apartándose de su condición de tales empiecen a buscar una solución –en principio de forma pero destinada a lograr la de fondo- a la grave y lamentable situación que viven los inocentes, encerrados en las cárceles **donde sólo deberían estar los condenados.**

LA FAZ RECURSIVA

Ante el rechazo de la excarcelación, o la imposición de la prisión preventiva por parte del Juez de Garantías, o la denegación de medidas morigeradoras por quien tenga a su disposición al detenido, el Código ritual prevé el recurso de apelación ante el tribunal de alzada, que es la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal.-

Ante ella se expresan los motivos de agravio de la denegación a la libertad, o de la imposición de la medida coercitiva más severa del ordenamiento procesal. Entre ellos puede incluso plantearse la cuestión constitucional, cuando la medida vulnera el art. 21 de la CPBA o el 18 de la C.N. y los correlativos de los tratados que conforman el bloque constitucional, y hacerse la reserva del recurso federal del art. 14 de la ley 48.

El problema surge cuando el tribunal de segunda instancia **rechaza** los planteos constitucionales o las apelaciones interpuestas, **y confirma el encarcelamiento preventivo** durante el proceso, pues –como se ha dicho- las cuestiones referentes a las medidas de coerción penal –excarcelación, eximición de prisión, prisión preventiva y sus alternativas o morigeraciones- **no son cuestiones que puedan ser llevadas al Tribunal de Casación Penal de la Provincia ni a la Suprema**

Corte de Justicia Provincial a través de los recursos de casación o extraordinarios; **por no ser consideradas dichas resoluciones, sentencias definitivas.**

Analizaremos entonces **el otro problema fundamental de la cuestión planteada, cual es la limitación recursiva para obtener la garantía de acceso a la libertad caucionada durante el proceso, y sus posibles soluciones.**

EL REQUISITO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

Como ya lo hemos adelantado, durante muchos años la Corte Suprema de la Nación consideró que las resoluciones sobre excarcelaciones, eximición de prisión y prisión preventiva, no constituían sentencias definitivas pues no ponían fin a la causa, no impedían su continuación ni ocasionaban agravio irreparable al recurrente pues eran decisiones mutables; y la sólo invocación de violación de garantías constitucionales no autorizaba a prescindir de ese requisito para la admisibilidad de los recursos extraordinarios.

El mismo criterio **siguen sosteniendo hoy la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Tribunal de Casación Penal bonaerense.**

Sin embargo, la Corte Suprema Nacional ha ido variando su postura, y así a partir del caso "**GUNDIN**" (Ver JA,1991,III-518) y cada vez con más frecuencia, entendió que debía excepcionarse el requisito ***"cuando la prisión preventiva se dicta sobre la base de una disposición tachada de inconstitucional, o sobre la base de interpretación de normas federales que se reputa errada, y la calificación jurídica de los hechos impide la excarcelación del imputado"***. En ese caso –dijo– ***no existe otro modo de resguardar inmediatamente la libertad durante el proceso si no es admitiendo la procedencia formal del recurso extraordinario contra aquella."***

A este fallo le siguieron otros: "**Chanfreau**" (CSJN.Fallos,310:2246), "**Sexton**" (CSJN, Fallos, 312:1351), "**Kacoliris**" (LL, 1993, E-273), "**Martinez de Hoz**" (LL, 1993, C-194), "**RCA y otros s/ Presunta Inf. Arts.248/261 C.Penal**" (ED, 172-220), "**Bogomolny**" (CSJN, Fallos, 320:1504), en los que la Corte expresó que **la resolución que impone la prisión preventiva puede ser asimilable a sentencia definitiva si existe restricción efectiva de la libertad,**

se encuentran involucradas cuestiones federales y no es factible que cesen los efectos de dicho auto; señalando además que la restricción cierra toda posibilidad de ejercer los derechos constitucionales de trabajar y comerciar, derechos que exigen tutela efectiva e inmediata; haciendo mención en "Kacoliris" al **"estado de inocencia"** de que goza toda persona por imperio del art. 18 de la C.N., **"hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal"**

En el caso "RCA.." , al resolver sobre la prisión preventiva del senador Horacio Masaccessi señaló que **"dicho pronunciamiento es equiparable a sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48, ya que su mero dictado configura un agravio de imposible reparación posterior"**

Actualmente podemos decir que la Corte Suprema considera equiparables a sentencia definitiva las cuestiones sobre excarcelación, eximición de prisión, y prisión preventiva a los fines del art. 14 de la ley 48; cuando se controvierte la constitucionalidad de la norma en la que se ha fundado la denegatoria de la libertad o la imposición de la prisión efectiva durante el proceso, pues hay un derecho constitucional a permanecer en libertad durante el mismo, y remitir el tratamiento del tema al momento final de la causa constituiría un agravio de consecuencias irreparables, ya que precisamente se pretende obtener la libertad hasta el momento en que pueda recaer una sentencia firme de condena o de absolución .

Existen casos "testigo" respecto a este tema de la sentencia definitiva en casos referentes a la excarcelación y Eximición de prisión .- Ellos son el caso **"Massera"** (CSJN-Fallos- 306:282) en el que la Corte consideró que una resolución denegatoria de excarcelación **ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior para el supuesto que el imputado resultare finalmente absuelto**, y el caso **"Libertino"** (CSJN-Fallos, 307:1132) en el que igual rango de sentencia definitiva fue dado a la resolución que denegó una eximición de prisión.

En lo referente al **auto de prisión preventiva**, a partir de "Gaudin" también se siguió el mismo criterio de considerarlos sentencia definitiva pero sólo respecto de aquellos delitos que por su penalidad o por disponerlo leyes especiales, no resultan ser nunca excarcelables, por lo que el encarcelamiento efectivo durante todo el proceso es lo que **vulnera el derecho a la libertad caucionada garantizado constitucionalmente** (Ver el caso **"Nápoli"** en LL, 1999, B-660) al contrariar los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad.

En relación con el derecho federal en juego en el caso “Nápoli”, la Corte afirmó que se vulneraba el art. 18 de la C.N. pues éste consagraba la garantía de que goza toda persona de **no ser condenada sin juicio previo**, por lo que se la debe tratar como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante sentencia firme (**Presunción de inculpabilidad**).

En su parte más importante, el fallo sostuvo que *“la potestad legislativa para, con amplia latitud, establecer regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificativo en tanto esté orientada a que la prisión preventiva (como medida de coerción procesal) conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia, esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones”*.

Luego de analizar los casos en que procede la prisión preventiva como medida cautelar, terminó diciendo que *la restricción de la libertad se funda en ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación*”, y finalmente analizó la norma cuestionada (ley 24.410 : la supresión de estado civil de las personas y sustracción de menores no serían nunca susceptibles de excarcelación o eximición de prisión) concluyendo que **el legislador había recurrido a la prisión preventiva con fines disuasivos e intimidatorios, “lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva**, agregando que se había desnaturalizado el instituto de la prisión preventiva **al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad”**.

Declaró inconstitucional la norma pues privaba a la imputada del régimen excarcelatorio por la sola naturaleza del delito prescindiendo de considerar si se frustraba la acción de la justicia.

A pesar de estar “resuelto” este criterio , el problema no se limita a la cuestión sobre lo definitivo de la sentencia; pues las dificultades para que las denegatorias de excarcelación y eximición de prisión o la imposición de la prisión efectiva en forma preventiva sean tratadas por los Tribunales Superiores no se agotan allí.

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE LA CAUSA

Otro de los problemas que se han presentado al pretender recurrir ante los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones mencionadas más arriba; ha sido determinar qué se entiende por Superior Tribunal de la causa, del cual emana la sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48.

De acuerdo a la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia, el “Superior Tribunal de la causa” es el máximo organismo judicial dentro de cada jurisdicción, del cual debe emanar la sentencia o resolución que se pretende hacer revisar por la Corte., ya que para que ello pueda suceder, el pleito tiene que estar totalmente concluído en la jurisdicción local.

En nuestro caso, para poder interponer el recurso extraordinario federal debemos recorrer el camino que pasa por la **Suprema Corte de Justicia Provincial** aún cuando las leyes de procedimiento locales no tengan contemplado un procedimiento para tratar las cuestiones federales.

Este criterio quedó sentado en el caso “*Strada*” (CSJN, Fallos, 308:490) en “*Di Mascio*” (CSJN, Fallos, 311:2478) y “*Girolodi*” (CSJN, Fallos, 318:514), y las razones dadas fueron que no puede considerarse “fenecido un proceso que no pasó por el Tribunal Superior de la Justicia local, y que-además- ante ellos pueden las partes encontrar la reparación del perjuicio irrogado en instancias inferiores, además de hacer posible que si el caso llega a la Corte lo haga como un producto más elaborado.

En “*Di Mascio*” la Corte dejó sentado que los Tribunales Superiores de Provincia no pueden dejar de tratar y garantizar el control de constitucionalidad del art. 31 de la Constitución en condiciones que sí podría llevarlo a cabo la Corte, sin que esos tribunales locales puedan invocar como obstáculo una interpretación de lo que es “sentencia definitiva” distinta de la que formula la Corte en sus pronunciamientos, por ser ésta la fiel intérprete y custodio de los derechos y garantías reconocidos en la ley fundamental. (Carrió, Alejandro. “Garantías constitucionales en el proceso penal” 4ª ed.Hammurabi.2000)

Así, lo que para la Corte es considerado sentencia definitiva no puede dejar de serlo para los tribunales inferiores, y los Superiores Tribunales

Provinciales **deben resolver los planteos** en los que se discuta la protección de la Constitución.(caso **“Alvarez Ramón E”**: LL, 1998, D-329)

Ante esta doctrina, que constituyó además un “mensaje” para los Tribunales Superiores provinciales en el sentido de hacerles notar que en las causas que involucren cuestiones federales no pueden abstenerse de decidir en aquellos supuestos en los que el Tribunal Superior de la Nación sí puede hacerlo; y que si la Corte sostiene que determinadas cuestiones son equiparables a sentencias definitivas, ellos no pueden apartarse de ese criterio ,por emanar de quien está destinada a interpretar las leyes, hubo una adversa reacción.

Tanto el Tribunal de Casación Penal Provincial –en sus fallos plenarios ya mencionados- como la S.C.J.B.A, mantuvieron su propio criterio respecto del concepto de “sentencia definitiva” , definición que –sostienen- les viene dada por el propio código ritual; y rehúsan dar tratamiento a recursos interpuestos ante ellos en casos de excarcelación, eximición de prisión y/o medidas coercitivas personales dictadas durante el proceso penal.

Esa situación pone en grave riesgo la seguridad jurídica y el resguardo del derecho a la libertad caucionada de los imputados sometidos a proceso, pues de hecho **no existe Tribunal Superior que se pronuncie sobre las inconstitucionalidades planteadas** ante los estrados inferiores con resultado adverso, con lo cual **también se priva al justiciable del derecho a recurrir al Supremo Tribunal de la Nación para que interprete las leyes que reglamentan el ejercicio de su derecho a la libertad caucionada, y determine si las mismas han alterado los principios, garantías y derechos que considera afectados (art. 28°C.N.) ; declarando su inconstitucionalidad.**

ALTERNATIVAS PARA EL ACCESO A LA C.S.J.N.

A raíz del caso **“RIZZO”** (LL.1997, F-350) surgió nuevamente la cuestión sobre qué se entiende por Tribunal Superior de la causa; pues en él la Corte admitió un recurso extraordinario interpuesto contra un **fallo denegatorio de una eximición de prisión de la Cámara Federal de Apelaciones** , en la que el recurrente hizo un planteo de inconstitucionalidad del art. 17 de la ley penal tributaria, en cuanto exige que las excarcelaciones o eximiciones de prisión se otorguen bajo caución real proporcionada al monto evadido.

*El recurso fue interpuesto sin pasar previamente por la Cámara de Casación Penal, y fue admitido igual pues en el fallo de la mayoría se dijo que **la Cámara Federal había sido en el caso el Tribunal Superior de la causa, toda vez que la cuestión debatida no resultaba susceptible de ser revisada por otro órgano dentro del sistema procesal.***

Como consecuencia de ese caso, surgieron **varias interpretaciones** de lo que quiso significar la Corte:

1.- **Marcelo Solimine** entiende que cuando la cuestión excarcelatoria se plantea en la etapa investigativa, la Cámara de Apelaciones es el Superior Tribunal, pues ello se condice con el concepto de la “doble instancia” que se exigiera en el caso “Giroldi”.

Pero si la cuestión excarcelatoria se plantea en la etapa del juicio, sí será necesario pasar por la Cámara de Casación Penal, pues sólo ante ella se recurren los fallos emanados del Tribunal de Juicio. (Ver Solimine: *Excarcelación y recurso de casación en el Código Procesal Penal de la Nación*”- LL, 1998-C-1267)

2.- **Lino Palacio** en cambio, considera que las resoluciones sobre excarcelación y eximición de prisión no son sentencias definitivas susceptibles del recurso de casación, y que por ello la Corte consideró que no existía otra instancia previa que el recurrente debiera agotar, a lo que agrega que en ese caso hubiesen existido “dos tribunales intermedios” (Cámara Federal y Cámara de Casación) lo que hubiese implicado un exceso formal innecesario.

3.- **Alejandro Carrió** opina que la interpretación que debe darse a “Rizzo” es que por tratarse de un caso donde lo que estaba en juego era la garantía del derecho a la libertad individual, la Corte entendió que era un excesivo rigorismo pretender que el recurrente recorriese todas las instancias intermedias, privilegiando así la naturaleza del derecho a proteger y la necesidad de su urgente tutela, por lo que consideró que era suficiente con que se hubiese cumplido con la doble instancia a través de la Cámara Federal de Apelación.

De otro modo se hubiese indirectamente agravado la situación del que reclama el derecho a su inmediata libertad, pues se lo obligaría a cumplir con interminables pasos intermedios que le impedirían el resguardo inmediato del derecho reclamado.

Lo cierto –para lo que nos interesa en sede provincial- es que para llegar a la CSJN mediante el recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48, primero se deben agotar las instancias locales, incluyendo el paso por la SCJBA, de modo de que quede ***fenecido*** el pleito en la jurisdicción de origen.

PROPONIENDO SOLUCIONES PROCESALES

Habiendo visto la problemática que se plantea al momento de determinar ***si efectivamente existe ese equilibrio entre el derecho a la libertad caucionada que tiene el justiciable, y el derecho a la realización del proceso penal que tiene el Estado*** y que ejerce a través del poder coercitivo que posee, se llega a la conclusión de que ello no siempre se logra, pues *no existe igualdad de fuerzas* entre los afectados, y al individuo le resulta *sumamente difícil limitar el poder del Estado como no sea a través de la Institución destinada a llevar a cabo ese cometido: el Poder Judicial.*

Por ello es que resulta necesario buscar las soluciones a las tensiones generadas por la defensa de ambos derechos en pugna; teniéndose en cuenta además que ***también el sistema judicial ejerce su propio poder sobre el justiciable, con lo cual su tarea equilibrante resulta doblemente difícil en tanto debe autolimitarse; y su actuación en pos de ese equilibrio resulta doblemente responsable por la ecuanimidad con que debe resolver las cuestiones planteadas; y que afectan directamente derechos constitucionales cuya vigencia y respeto está obligado a respetar y hacer respetar.***

Sin duda que las soluciones sólo pueden venir de reformas procesales relacionadas con las cuestiones tratadas: la recuperación gradual del pleno ejercicio de la garantía constitucional del derecho a la libertad caucionada (art.21 C.P.B.A.) y el consecuente retroceso de la imposición de las medidas coercitivas personales extremas optándose por las menos gravosas; a ello aunada la eliminación de trabas procesales para recurrir las medidas de coerción penal cuando éstas cercenan el derecho a la libertad caucionada, de raigambre constitucional-

Lo primero podría lograrse **eliminandose progresivamente las disposiciones obstativas a la libertad durante el proceso que fueran**

introducidas por la ley 12.405 en el Título VI del CPP, de modo que sólo queden vigentes aquellas que realmente se han impuesto para **garantizar los fines del proceso**, y no las que se incorporaron para servir de paliativos a situaciones coyunturales o para actuar como anticipos de pena al neutralizar la peligrosidad criminal del imputado, transformando las medidas asegurativas procesales en medidas de seguridad del derecho sustantivo.

Lo segundo sólo puede hacerse **modificando los arts. 450, 454, 482 y 494 del C.P.P. según ley 11.922 y modificatorias**, introduciendo en cada uno de ellos - como **otro motivo de recurso** ante los Tribunales Superiores- el que plantee la **inconstitucionalidad de las normas procesales referentes a las medidas de coerción del título VI del CPP**.

Así, en el **art. 450** habría que incorporar la cuestión recurrible mediante el recurso de casación, en el párrafo 2º. (Autos que impongan medidas de coerción personal o denieguen la excarcelación y eximición de prisión, cuando se hubiere planteado la inconstitucionalidad de las normas del Título VI del CPP por las que se impuso o se denegó la medida).

En el **art. 454**, incorporar como recurso del imputado o su defensor el inc.5º: De los autos que impongan medidas de coerción personal o denieguen excarcelación o eximición de prisión, cuando se hubiese planteado la inconstitucionalidad de las normas del Título VI del CPP que las impusiera o denegara.

En el **art. 482**, especificando que también se considerarán sentencias definitivas las resoluciones que denieguen excarcelaciones y eximiciones de prisión o impongan medidas coercitivas, cuando se hubiese planteado la inconstitucionalidad de las normas del título VI del CPP por las que se las impuso o denegó.

En el **art. 494**, incluyendo las sentencias del Tribunal de Casación que resuelvan recursos denegando una excarcelación, eximición de prisión o imponiendo medidas coercitivas personales, en los cuales se hubiese planteado la inconstitucionalidad de las normas procesales del Título VI del CPP por las cuales fueron impuestas o denegadas.

El fundamento de proponer que el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires trate estas cuestiones ampliando su competencia, deriva de las disposiciones del art 4º de la ley 11.982 que prevé entre las funciones del Tribunal la de propender a la unificación jurisprudencial, disposición que a su vez proviene de la Exposición de Motivos para su creación,

que en su párrafo 4º, que dice que “*Ante este Cuerpo se tramitarán los recursos ideados como un modo de impugnación amplio, para controlar la aplicación del derecho de fondo y las formas del debido proceso, el cual ha sido adecuado a las directivas contenidas en los tratados internacionales que la reforma de la Constitución Nacional ha incorporado como derecho interno*”, y del párrafo 6º y 8º in fine, que también hacen referencia a su función unificadora jurisprudencial y al importante “efecto cascada” y autoridad de las resoluciones que el mismo dicte.

Y el fundamento de que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires también amplíe su competencia a fin de tratar las cuestiones constitucionales que se susciten como consecuencia de la aplicación de las normas procesales que reglamentan el derecho a la libertad caucionada durante el proceso, proviene precisamente del hecho de que –como la propia Suprema Corte lo ha sostenido- ella es la que establece la doctrina legal; y es además la encargada de conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución Provincial y se controvierta por parte interesada. **(art. 161 inc. 1º de la CPBA).**

CONCLUSIONES

La tarea proyectada en el inicio parecía ser mucho más sencilla de lo que finalmente resultó.

Pero nunca es sencillo hablar de la libertad.

No porque la temática elegida fuese de tratamiento difícil, o porque no hubiese suficientes elementos como para abordarla; sino porque la misma se encuentra relacionada con tantas otras cuestiones que convergen sobre ella, que lo difícil fue delimitarla para evitar disgresiones que –por ser tan interesantes- podían desdibujar el objetivo de la investigación.

Así, quedaron muchas cosas pendientes de tratar “in extenso”; como por ejemplo el análisis de la utilización de las medidas coercitivas procesales como instrumentos de política criminal; la neutralización de la peligrosidad del imputado como objetivo encubierto de las medidas coercitivas; la imposición de la prisión preventiva como anticipo de pena, los verdaderos y los ocultos fines

del encarcelamiento cautelar; la incidencia de los medios de comunicación en la formación de la “opinión del público”; y tantos otros que merecen un espacio propio dentro de la inmensa problemática que desde siempre encierra la lucha entre los derechos del que debe ser sometido a proceso, y los que deben afianzar la justicia asegurando la realización del juicio y la aplicación eventual de la pena.

Esas han sido las limitaciones de la investigación.

En cuanto a lo logrado; considero que en líneas generales se ha podido probar la hipótesis esbozada en la introducción: se advierte a través del análisis de las normas excarcelatorias de los últimos 20 años, cómo se ha ido cercenando el derecho a la libertad caucionada del imputado.

Y también creo que se ha puesto en evidencia la falta de preocupación de los legisladores en procurar que quien tiene la mala fortuna de tener que afrontar un proceso penal en la Provincia de Buenos Aires, pueda fácilmente y sin obstáculos defender el derecho que la Constitución le ha reconocido, en su justa medida: el de ser mantenido en libertad –restringida y caucionada pero libertad al fin– durante el proceso; que a veces dura muchos más años de los que debería durar.

Porque no solamente se impone una pena condenando al justiciable mediante el dictado de una sentencia. Muchos detenidos sin sentencia pasan largos años de incertidumbre, perdiendo sus vínculos, sus bienes, sus otros derechos, sus familias, su dignidad, su integridad física y moral, sus sueños, sus amigos, sus años y hasta su vida; esperando largamente la resolución que los libere aún cuando los condene.

Y ese es tal vez el motor que mueve a tantos a buscar y seguir buscando la solución a tan degradante situación, que sólo produce más degradación.

¿Si estoy conforme con el trabajo?

Sí, porque lo aprendido tiene un objetivo que va más allá del trabajo mismo, y lo trasciende: renovar fuerzas, enriquecer el espíritu y el entendimiento para no abandonar el camino en la búsqueda de la realización de los sueños nacidos al inicio de esta dura tarea, en la defensa de los derechos de los que menos suerte han tenido en la vida (no otra cosa puedo pensar de quien no ha tenido la fortuna de saber cuál es el camino).

¿Si creo que pudo ser mejor?

Sí, porque siempre, todo, puede ser mejor.

¿Si existen perspectivas de cambio y mejoramiento de la problemática analizada?
Espero que sí. Al menos eso es lo que en este trabajo se ha procurado.

Y si debo decir algo que resuma lo que he querido volcar en esta tarea, creo que está contenido en el artículo 28° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice que:

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar y del desenvolvimiento democrático”

Si cada uno comprendiera que ese principio rige para todos, y que todos podemos estar de cualquiera de los dos lados de la vida; tal vez no haría falta hablar más de la libertad, porque nadie necesita hablar de lo que ya tiene.

Silvia Lidia Saracino.-

Año 2003

BIBLIOGRAFIA

* Bertolino, Pedro J. “Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires” (Ley 3589) Comentado, concordado y anotado con Jurisprudencia. Ediciones Depalma .4ª Ed.1995.

* Bertolino ,Pedro J. “El Proceso Penal en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994” Ediciones Depalma. 4ª Ed.1996.

* Bertolino, Pedro J. “Ley de Excarcelación y Eximición de Prisión de la Provincia de Buenos Aires”. Ediciones Depalma. 1990.-

* Binder, Alberto M. “Introducción al Derecho Procesal Penal” Ad-Hoc. 2ª Ed. 1999.-

- * Cafferata Nores José I, Montero Jorge (H). “El Imputado” *Estudios*. Marcos Lerner –Editora Córdoba. 2001.
- * Cafferata Nores, José I. “Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.” Ediciones Depalma. 1992.
- * Carrió, Alejandro D. “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”. Hammurabi. José Luis Depalma Editor. 4ª Ed. 2000.
- * de Elía, Carlos M. “La Casación”. Rodamillans SRL. Bs.As. 2000.
- * Hortel, Víctor E. “Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires”. Legislación complementaria.(Ley 3589) Ed.La Rocca. 1994.
- * Hortel, Eduardo Víctor. “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922” Comentarios, Doctrina. Jurisprudencia. Legislación Complementaria. Editorial Universidad. 10ª Ed.2003.
- * Navarro, Guillermo Rafael. “La Excarcelación en la ley bonaerense 10.120”. Pensamiento Jurídico Editora. 1985.
- * de Olazabal Julio. “La Libertad del Imputado”. Rubinzal-Culzoni Editores. 1991.
- * Piombo, Horacio Daniel. “Jurisprudencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires”. Volumen I y II. Lexis Nexis. Depalma. Ed. 1999 y 2002.
- * Sabsay, Daniel Alberto. “Colección de Análisis Jurisprudencial”. Derecho Constitucional. Capítulo X- La Ley. 2002.
- * Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.ley 11.922. Leyes Complementarias. T.O.Dr.Ariel H.Villar. Verzetti Ediciones. 1998.
- * Constitución de la Nación Argentina.Tratados Internacionales. Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados del departamento Judicial de Morón.

CURSO DE POSGRADO: “ABOGADO EXPERTO EN LA FUNCION JUDICIAL”

DERECHO CONSTITUCIONAL CAT. PROF. DR. DANIEL SABSAY

“GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL”

Dra. Silvia Lidia Saracino (Año 2003)

* Ley 12.059, Ley 12.060. Ley 12.061 . Din Editora. 1998.