EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL: LA PRISION PREVENTIVA Y SU CONTORNO

DUE PROCESS IN CRIMINAL MATTERS: THE PREVENTIVE PRISON AND ITS CONTOUR

Fabián L. Riquert[1]

DATA DE RECEBIMENTO: 04/12/2019
DATA DE APROVAÇÃO: 17/12/2019

INTRODUCCIÓN

Centraremos este comentario a partir de la causa traída a conocimiento a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Acosta"[2] y sus implicancias en la actualidad donde haremos un breve repaso de la leyes regulatorias en el orden federal en la materia, los criterios sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana, la incidencia en los delitos de lesa humanidad, y finalmente el estado de situación por parte de algunos tribunales nacionales.

1 DEBIDO PROCESO Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES

El caso "Acosta" llegado a la CSJN se trató de una "cuestión federal simple", toda vez que en los términos del maestro Morello, versa sobre la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un Tratado Internacional, o de leyes federales, o la interpretación de las reglamentaciones de leyes federales y de los reglamentos e instrucciones autónomas que

[1] Doctor en Derecho UNMDP.Profesor Titular de "Derecho Constitucional" y "Práctica Profesional Penal" Universidad Atlántida Argentina. Docente "Teoría Constitucional" Universidad Nacional de Mar del Plata.
[2] CSJN, sentencia del 8 de mayo del 2012. Mayoría: Lorenzetti, Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Minoria: Argibay y Petracchi (art 280 CPCC).

contengan disposiciones de naturaleza federal, o mediante los cuales se constituye, reconoce, modifica o extingue algún derecho.[3]

Por esta vía, el control de constitucionalidad lo realiza la Corte toda vez que debe realizar la auténtica y definitiva interpretación de la cláusula constitucional, ante la controversia o caso suscitado.

Es por ello que, siguiendo a Sagüés, el recurso extraordinario federal integra al derecho procesal constitucional ya que tiene como meta principal asegurar la supremacía de la Constitución Nacional.[4]

La CSJN ha admitido de manera excepcional este remedio aún cuando no se trate de una sentencia definitiva. Así ha expresado que "Si bien en principio las decisiones de índole procesal, que no resuelven el fondo de la cuestión controvertida, no son impugnables por la vía del recurso extraordinario, cabe hacer excepción a ese principio cuando concurre un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible o muy difícil reparación ulterior"[5]

No obstante lo expuesto, este principio rector establecido en el art. 14 de la ley 48 (1863), hoy se encuentra redimensionado, en mi opinión, a partir de tres causas: a) la incorporación de ciertos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc 22 segundo párrafo C.N.); b) como consecuencia del punto anterior, y formando parte Argentina del ámbito del sistema interamericano de Derechos Humanos, surge como pauta obligatoria que nuestro tribunal realice un control de convencionalidad, conforme ya lo ha establecido la Corte Interamericana y la Comisión de D.H; c) la jurisprudencia zigzagueante de la Corte nacional ante mismos supuestos fácticos.[6]

En este contexto, la cuestiones federales se complejizan en forma exponencial, ya que no sólo se debe observar la norma infraconstitucional sino que también contrastarla con el bloque de constitucionalidad federal, y también

[3] Morello, Augusto M; *El recurso extraordinario,* con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello, tercera edición reelaborada, Lexis Nexis, 2006, p.282/83.
[4] Sagüés, Néstor P; *Recurso extraordinario*, T.1, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, 1992, p.26/27.
[5] Fallos; 323:2150.
[6] Por supuesto que a lo largo de la historia un Tribunal puede cambiar su jurisprudencia, esta sería una cuestión entendible, si se hace con la cautela debida, pero el problema versa cuando a la hora de interpretar cláusulas constitucionales, se muta sin dar nuevas razones, como ha sucedido en materia de prescripción de la acción penal, a título de ejemplo.

con la interpretación que de ella se ha realizado a partir de las sentencias de la CIDH, e incluso con lo interpretado por la Comisión Interamericana[7].

Este ensanchamiento de la superficie de la cuestión federal, no surge de manera artificiosa sino que encuentra su basamento en la responsabilidad internacional que le puede corresponder al Estado Nacional por actos u omisiones de los Poderes Públicos. Así lo ha entendido la CSJN al afirmar que si el país ratifica un Tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a supuestos que el Tratado contempla, obligación que de no ser cumplida puede originar responsabilidad internacional del Estado, circunstancia que configura una cuestión federal suficiente.[8]

En el ámbito regional, siguiendo esta dirección la Corte IDH, respecto al control de convencionalidad, ha impuesto a los jueces nacionales esta obligación, a los fines de evitar responsabilidad internacional. Afirma que "sus jueces también están sometidas a ellas, los que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana…"[9].

Finalmente, el control de constitucionalidad con los alcances expresados ut supra encuentra su última dificultad a partir del órgano que debe realizarlo. En nuestro orden federal el control judicial difuso de constitucionalidad, no resulta ser un problema menor. Toda vez que "cualquier" juez debe realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, dentro de una "causa", por lo que amén de aplicar el derecho común (material civil, penal, comercial, laboral, etc); ese juez debe conocer no sólo el bloque federal de

[7] Puede decirse que en el caso "Giroldi"(Fallos, 318:540), toma forma la siguiente interpretación:a) tanto los derechos como los principios interpretativos contenidos en los pactos están incorporados al derecho interno argentino y tienen jerarquía constitucional;b) las decisiones de los organismos internacionales de control de estos pactos deben servir como "guía de interpretación y aplicación" de los derechos y principios interpretativos, no sólo para cumplir con el compromiso internacional asumido sino como pauta de interpretación obligatoria dirigidas a los Poderes Públicos. En igual sentido Eduardo Jímenez (*Derecho Constitucional Argentino,* T.I, Ediar, 2000, p198)

[8] CSJN, "Méndez Valles, Fernando vs. Pescio" <https://ww.saij.gob.ar> ID.FA95000433)

[9] CIDH, caso "Trabajadores cesados del Congreso", sentencia del 24/11/2006, párr.128.

constitucionalidad, integrado por la Constitución Nacional y los tratados con igual jerarquía, sino que también lo que ha interpretado acerca de la CADH la Corte y la Comisión Interamericana de D.H.; con lo cual, en mi opinión, resulta ser un tarea hercúlea. Sin perjuicio de reconocer el carácter de tribunal constitucional que tiene la Corte Suprema.

2 LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

La fórmula liberal establecida en el texto constitucional en los arts. 18 y 19 nos fijan no sólo un modelo de Constitución, sino que sus principios irradian al resto del ordenamiento jurídico, en este caso, conformando el sistema punitivo.

Así, se establece, siguiendo a de Arroyo Zapatero respecto a la Constitución española de 1978, un *programa penal de la Constitución.* Entiende por tal, el "conjunto de postulados políticocriminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponden aplicar".[10]

Por otra parte, la realización del derecho penal se lleva a cabo mediante el proceso penal. Con lo cual, parafraseando al catedrático español, podemos sostener, entonces, que también existe un *programa de proceso penal que establece la Constitución.*

Consideramos, dentro de este marco, que la libertad tiene un carácter bifronte, ya sea como consagración de un derecho fundamental, y también su aplicación práctica dentro del sistema penal, que le corresponde al derecho procesal.

Dentro del sistema Interamericano, el artículo 7 de la CADH establece este derecho en siete incisos, el primero de manera positiva "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"[11], mientras que los

[10]Arroyo Zapatero, Luis; "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la constitución", material aportado por el autor en el marco del "Master en Derecho Penal" de la Universidad Salamanca, 2000/2002. Aclara el autor, que cuando hace referencia al término "programa" se refiere a un conjunto de postulados políticocriminales genéricos y no a soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo. Considera , incluso, que tal concreción no se contiene en el texto constitucional ni resultaría saludable.

[11] Dice el art. Artículo 7 CADI. Derecho a la Libertad Personal. 1.Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las

restantes de manera negativa; siguiendo en este punto a Bovino, coincidimos que sólo puede verse limitada dentro de los parámetros establecidos en los artículos 29 y 30 de la Convención.[12]

Ahora bien, dentro del texto constitucional aparece en el art. 18 CN, tanto las requisitos para que una persona sea detenida *(nadie puede ser detenido sino en virtud de orden de juez competente);* cuáles son las condiciones en las que debe estar detenido y lo fines de la pena que se le aplique *(Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas);* finalmente también recepta la posibilidad del encierro preventivo, estableciendo límites (*y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice).* Por lo tanto, coincidimos con Gelli, cuando refiere que la

---

condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

1. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
2. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
3. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
4. 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. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
5. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

[12] Bovino, Alberto; "Justicia Penal y de Derechos Humanos", Editores del Puerto S.R.L., 2005, p.57. Dice el artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En consonancia señala el artículo 30. Alcance de las Restricciones .Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas

detención preventiva, cautelar, de los sometidos a juzgamiento estaba prevista desde los orígenes del proceso constituyente argentino.[13]

Siguiendo en este punto a Cafferata Nores, queda en claro que, como principio general, las limitaciones al ejercicio de los derechos personales y patrimoniales, tanto del imputado, como de terceras personas que se imponen durante el transcurso de un proceso penal sólo tienen como fin garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento y la prueba de la verdad de la imputación y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.[14]

3 LA PRISIÓN PREVENTIVA: NATURALEZA Y LÍMITES

Consideramos que la naturaleza del instituto de la prisión preventiva si bien es de raigambre procesal, se enanca como contenido esencial del debido proceso en materia penal, y por lo tanto formando parte de éste estaría abarcado por el derecho procesal constitucional, en particular para la doctrina que sostiene que la superficie del derecho procesal constitucional comprende el debido proceso legal.

Retomando el tema, siguiendo a Maier, debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra.[15]

Dentro del ámbito regional debemos mencionar el señero caso *"Suárez Rosero",* sentencia de la Corte Interamericana del 12 de noviembre de 1997, en la cual se condena a Ecuador por violaciones a la Convención por la detención y encarcelamiento preventivo de Rafael Iván Suárez Rosero. Este

[13] Gelli, María Angélica; "El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional", LL, nota a fallo, 30/7/12

[14] Cafferta Nores, José; "Garantías y sistema constitucional", en Revista de Derecho Penal, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, p. 124/129).

[15] Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. T.1,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 510 y ss.

fue el primer caso contencioso en el cual la Corte se refirió al encarcelamiento preventivo, y vedó toda posibilidad de justificar el encierro en razón de la presunta posibilidad de que el imputado cometiera nuevos delitos, o bien por razones de tranquilidad o seguridad pública.

La importancia de este fallo fue señalada oportunamente por Bovino al afirmar que "Frente a la grave situación del fenómeno de los presos sin condena en nuestro país y región, esta sentencia de la Corte Interamericana reviste suma importancia, porque aporta criterios estrictos para la protección de la libertad personal".[16]

Como señalaba Bidart Campos, la privación precautoria de esa libertad sólo debe motivarse en suficientes razones preventivas y cautelares que guarden relación con los fines del proceso penal y el descubrimiento de la verdad.[17]

Podemos mencionar que los criterios rectores allí establecidos fueron regulados en los últimos tiempos con modificaciones legales y jurisprudenciales acerca del alcance o límites a la prisión preventiva.

Tanto en el orden nacional como en las provincias, las respuestas obedecieron por parte de los poderes públicos más a impulsos espasmódicos a partir de gravísimos casos que produjeron alarma social, que lejos de dar una solución efectiva e integral a los problemas de seguridad se tradujo en un crecimiento de la prisionización que en la praxis significó un aumento exponencial de presentaciones de acciones de habeas corpus colectivos correctivos por parte de los Defensores Generales y/o organizaciones no gubernamentales.[18]

La complejidad de la problemática en el cual inciden numerosos factores (sociales, políticos, económicos, jurídicos, entre otros) sólo se mencionan toda vez que exceden el marco acotado de esta aportación. Sobre el punto

---

[16] Bovino, Alberto; *Justicia Penal y de Derechos Humanos*, Editores del Puerto S.R.L., 2005, capítulo I, p. 3/53.

[17] Bidart Campos, Germán J.; *Manual de la Constitución Reformada*, T.I, Ediar, 2000, p.299.

[18] A título de ejemplo la CSJN el 3/5/2005 dictó el paradigmático caso "Verbistky s/ habeas corpus" (Fallos 328:1146) en el cual la Corte en la que decide en el marco de un habeas corpus colectivo sobre la situación de alrededor de 6.000 personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires e inaugura las sentencias exhortativas. Sobre el punto ver Sagüés *"Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos"*, Ad-Hoc, 2006, Capítulo V "Las sentencias constitucionales exhortativas (apelativas o con aviso), p.105/110.

bien refiere Sagüés que en la actualidad los habeas corpus correctivos, en cuanto a su número, son los más importantes.[19]

3.1 LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS SISTEMAS DE PLAZOS

La reglamentación de la prisión preventiva se encuentran en los códigos de procedimientos penales de las provincias toda vez que nuestra estructura federal así lo establece (art. 75 inciso 12 C.N.).

En acotada síntesis haré mención a las últimas leyes que regularan la materia en el Código de Procedimientos Penal de la Nación, y que llevara a que respecto a cuál normas es aplicable fuera materia de análisis y por la Corte Suprema y culminara luego con una ley interpretativa (sobre una ley ya derogada) por parte del Congreso de la Nación.

Sistema de la ley 24.390 (BO 22/11/1994)

a) Límites estrictos del plazo fijado.

b) Casos complejos y cantidad de hechos atribuidos era la única posible justificación de la prórroga limitada en el tiempo.

c) Excepción: Salvo que el Ministerio Público Fiscal alegue y pruebe maniobras dilatorias de la defensa

Sistema de la ley 25.430 (B.O. 1/6/2001):

Establece los siguientes criterios:

a) La gravedad del delito atribuido

b) La concurrencia del art. 319 CPP *(Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones)*

c) Existencia de articulaciones manifiestamente dilatorias por parte de la defensa.

[19] Sagüés, Néstor P; *Derecho Constitucional*, T.2, Astrea, 2017, p.105.

3.2 EL MARCO REFERENCIAL ESTABLECIDO EN EL PRECEDENTE "BAYARRI C. ARGENTINA" DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON EL CASO "ACOSTA" DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.[20]

Podemos esquematizar que la Corte Interamericana en ***"Bayarri"*** establece los siguientes presupuestos:

a) Peligros procesales:

b) Gravedad del delito

c) Maniobras dilatorias defensivas

d) Admite extender el plazo fijado legalmente en la ley 24.390, y que lo fije el juez.

La respuesta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Acosta"[21], respecto a lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación, que había sostenido que, a partir del caso "Bayarri", y en virtud del carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH, debía interpretarse la ley 24.390 en el sentido que establecía un límite temporal (3 años) de prisión preventiva, luego de lo cual no podía continuar privado de su libertad.

Así, la CSJN revoca la decisión del Tribunal, haciendo algunas precisiones que merecen su atención por las consecuencias que conllevan:

1. Afirma que la interpretación literal de los arts. 1 y 3 de la 24390 que establece un plazo legal fatal sería inadmisible frente a la C.N. y a la jurisprudencia de la CIDH dejando caer en saco roto lo establecido en el art. 7.5 del Pacto.

2. Descarta también la existencia de un "no plazo" a partir de una interpretación literal de la ley 25.430 que quede al arbitrio del juez, ingresa al análisis de la prórroga de la prisión preventiva para establecer su razonabilidad (considerando 19).

3. La extensión del plazo no es para cualquier delito sino los más graves y complejos de investigar.

[20] CIDH, Bayarri c. Argentina, sentencia del 30 de octubre de 2008.

[21] CSJN, sentencia del 8 de mayo del 2012. Mayoría: Lorenzetti, Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Minoria: Argibay y Petracchi (art 280 CPCC).

4. Su impunidad acarrea alarma social y desprestigia en máxima medida la función tutelar del Estado.

Establece nuevos criterios (considerando 24)

1. Cuestiones de heho:

a) Complejidad del caso

b) Obstáculos que pueden oponerse a la investigación

c) Edad y condiciones físicas y mentales de las personas, que condicionen la mayor o menor capacidad para intentar eludir la acción de la justicia

d) El menor rigor de algunas privaciones de libertar (detención domiciliaria)

e) El grado de avance de la causa (fecha fijada o próxima de juicio oral, ó sentencia condenatoria no firme)

f) La cantidad de obstáculos con que han chocado el juzgamiento de estos delitos, la gravedad de las imputaciones que superan en mucho la de los delitos contra las personas

2. Cuestiones de derecho:

a) La normativa internacional que impone que la prisión preventiva no exceda un plazo razonable.

b) La de no permitir la impunidad de crímenes de lesa humanidad impuesta por esa misma normativa.

c) El general deber de afianzar la justicia emanado de la CN

d) El principio republicano que impone la racionalidad de los actos de gobierno, lo que impide que los jueces puedan caer en arbitrariedad para determinar la duración máxima de la prisión preventiva.

Contesta a la mayoría del Tribunal de Casación afirmando que “no debe entenderse que la situación de hecho que dio lugar a la decisión que impuso la prisión preventiva no pueda volver a valorarse en cuanto a la decisión de permanencia una vez transcurrido el plazo ordinario, pues esto implicaría la presunción juris et de jure de que éstas no varían conforme a diferentes circunstancias sobrevinientes de orden personal, temporal y procesal (párr. 25)

Sin embargo reconoce que se trata de la excepción a la excepción (teniendo en cuenta que pasaron los tres años); por lo que deviene una pauta

que no puede responder en modo alguno a regla general, por lo que deberá hacerse caso por caso (párr. 25 , 2º párrafo y 26).

Del análisis de los criterios establecidos, generan preocupación, por su ambigüedad, dos de ellos específicamente: 1) extensión del plazo no es para cualquier delito sino los más graves y complejos de investigar. En este punto, automáticamente se piensa en los delitos contra la vida o integridad física, lo cual puede suceder sobre todo cuando se trata de delitos cometidos por personal de la fuerzas de seguridad; pero no debemos olvidar que los *delitos de cuello blanco* en muchas ocasiones son de compleja investigación y en donde existen numerosas dilaciones, como ha sucedido con algunas las causas de corrupción; 2) Cuando su impunidad acarrea alarma social y desprestigia en máxima medida la función tutelar del Estado. Existe coincidencia relativo a los delitos de lesa humanidad, pero ¿se encuentran incluidos los que atenten contra el medio ambiente, la salud pública, la administración pública (casos de corrupción pública)? .

Como se puede observar, los criterios son muy amplios, y pueden ser utilizados, en uno u otro sentido, pudiendo caer fácilmente en casos de arbitrariedad; o violatorios del principio de igualdad.

3.3 LA APLICACIÓN DE LA LEY 24.390 A PARTIR DEL CASO "MUIÑA" DE LA CSJN

Esta sentencia dictada el 3 de mayo del 2017[22] por la Corte Suprema produjo una controversia tanto en los operadores judiciales como así también por parte de la sociedad. Excede el análisis de este trabajo su tratamiento in extenso pero a modo de síntesis podemos señalar que la cuestión versó acerca del pedido de la aplicación de la ley 24.390 por parte de Muiña que fuera condenado por los secuestros y torturas de cinco personas en el marco del terrorismo de Estado.

[22] CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro si recurso extraordinario"(1574/2014/RH).

Con el voto de tres de sus integrantes[23], decidió que en casos en los que se juzgan crímenes de lesa humanidad es aplicable el artículo 7 de la ley 24.390 que estuvo vigente entre 1994 y 2001, por la aplicación del artículo 2 del Código Penal que contiene el principio de la ley penal más benigna. Debe aclararse que esa ley no estaba vigente en el momento en el cual Muiña estuvo detenido en forma preventiva.

El día 10 de mayo del 2017, mismo día en que se producía una masiva movilización como reacción a la sentencia, el Congreso sancionó por unanimidad -un solo diputado votó en contra- la ley 27.362 que dictó una "ley interpretativa".

El artículo 1º dice: "De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional"; en su artículo 2° establece que "El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley"; y finalmente en el art. 3° aclara que "Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 — derogada por ley 25.430— y será aplicable aún a las causas en trámite".

Como se puede observar, la función nomofilactica en este caso la hizo el Congreso y no la Corte, ya que le dice el Poder Judicial los alcances de la ley ya derogada, solución un tanto novedosa pero que –más allá de la posición que se tome- se encuentra respaldada por la legitimación del órgano más representativo, que es sin lugar a dudas, el Congreso.[24]

3.4 ALGUNOS CRITERIOS INDICATIVOS DE OTROS TRIBUNALES NACIONALES Y PROVINCIALES

[23] Formaron la mayoría Rosenkrantz , Nolasco y Rosatti lo hizo por su voto. En disidencia votaron Lorenzetti y Maqueda.

[24] Lo expuesto no es óbice para que pueda existir un control de constitucionalidad sobre la ley, pero lo cierto que la Corte, con posterioridad, ha recibido nuevos planteos similares a los de Muiña, y la Corte no los ha tratado por aplicación del art. 280 CPC, por lo que la cuestión ha sido -por el momento- zanjada.

Debemos señalar la jurisprudencia plenaria sentada por la Cámara Nacional de Casación en el conocido caso "Díaz Bessone" del 30 de octubre del 2008[25] en la cual deja de lado la presunción "iure et iure", afirmando que no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.) sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal".

Dentro del ámbito bonaerense las modificaciones de criterios jurisprudenciales fueron en el mismo sentido, no bastando sólo la magnitud de la pena en expectativa como baremo, sino que era necesario demostrar específicamente cuáles son las circunstancias que ameritan la detención preventiva. Por otra parte, en forma zigzagueante el legislador bonaerense modificó el C.P.P. (leyes 12.405 y 13.183), en materia de excarcelación, situación que lejos de detenerse parece ser una tendencia.

En esta dirección, la reforma establecida en la ley 13.449[26] estableció criterios expresos de peligro procesal, y será el juez el que deba decidir en cada caso en particular si se encuentran presentes.

Así lo estableció, en el artículo 148: Peligro de fuga y de entorpecimiento. Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para

[25] <http://www.saij.gob.ar> (Id SAIJ: FA08261043).
[26] B.O. 17/3/06

abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga;

2. La pena que se espera como resultado del procedimiento;

3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual.

4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado:

1.- Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba,

2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente,

3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Cabe recordar que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa "Centro de Estudios Legales (CELS) y otros c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad ley 14.434"[27] resolvió suspender la aplicación de la ley promulgada el 4 de enero del 2013 (B.O. 8/2/2013) que modificaba el art. 171 del C.P.P. hasta que se dicte sentencia definitiva.[28]

La norma atacada agregaba al artículo citado la siguiente redacción:

> Tampoco se concederá la excarcelación cuando, en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.
>
> A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2° párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la

[27] Sentencia del 26 de febrero del 2013. Ver en <http://www.scjba.gov.ar>.

[28] Establece el art. 171 (ley 13.449): **Denegatoria**. En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes 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 las circunstancias previstas en el artículo 148°.

autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado.

También la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, armonizó la normas internacionales con la nacional sosteniendo que "… la norma internacional que abre la alternativa entre celeridad del proceso penal y el derecho a estar en libertad, no la impone de manera automática en plazo inexorable, sino que como en tantos otros supuestos, dejan margen para reglamentar en forma razonable los requisitos en el derecho interno".[29]

Recientemente apareció un nuevo criterio conocido como "doctrina Irurzun" aplicada por el magistrado en el caso conocido como "De Vido"[30] que sostiene para mantener la prisión preventiva en los casos de corrupción de funcionarios públicos "si existen datos reales, concretos y objetivos que permitan razonablemente presumir que los lazos funcionales tejidos al amparo del acuerdo criminal se encuentran aún vigentes y pueden estar siendo utilizados en perjuicio de la investigación penal". Es decir, se debe analizar si el imputado, pese a dejar el poder aún mantiene influencia, y que esa influencia puede servir para desviar la investigación. Como se puede inferir, la laxitud de este criterio puede llevar a casos de arbitrariedad y debe dan cuenta de situaciones como la siguiente: Si el criterio se aplica a ex funcionarios porque aún mantienen lazos que pueden influenciar en el proceso, ¿entonces qué sucede con causas que se tramiten con funcionarios en ejercicio?. De todas formas, no parece que sea un criterio pacíficamente sostenido o que tenga una adherencia por parte del resto de los tribunales, en la actualidad se está no sólo se está modificando y queda –afortunadamente- como una tesis aislada.

Finalmente, sirve como pauta de interpretación lo establecido por la Comisión Interamericana en el informe 35/07 en cual sostuvo que el cumplimiento de las dos terceras del mínimo legal previsto por el delito imputado, es un criterio indiciario más, para interpretar cuando se ha cumplido el plazo razonable, estimándose que, en el supuesto en que se haya superado

[29] SCBA, Acs. P. 38.533 y 38.504. En igual sentido la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Depto Judicial de Mar del Plata, Sala I, c. 22.518 "Doglio", del 29/11/2012 (inédito).

[30] CCyC, Sala II, causa 5218/16/17 "Larregina Miguel s/detención", sentencia del 17/10/2017 (wwwhttps://www.cij.gov.ar/nota-28066-Fallo-de-la-C-mara-Federal-que-ordena-pedir-el-desafuero-y-la-detenci-n-de-Julio-De-Vido.html)

ese término, la justificación basada en las circunstancias del caso y la necesidad de garantía deben ser sometidas a un examen más exigente.[31]

REFLEXIONES FINALES

1.El criterio sostenido en su momento por el Procurador Righi en el caso "Acosta", pareciera que sólo se va a beneficiar de los estándares que establezca la Corte Interamericana, aquella persona que se presentó ante el tribunal supranacional, en el caso examinado, sería sólo para el Sr. Bayarri.[32]

Entiende que: 1) que no es trasladable a otros casos existentes similares en el país u en otro estado; 2) Las decisiones de la CIDH no tienen alcance general; 3) Son aplicables siempre y cuando no desconozcan derechos fundamentales del derecho interno, criterio seguido por el Tribunal Constitucional Alemán respecto a las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esto obviamente implicaría que cada una de aquellas personas que consideren que se encuentran dentro de las pautas establecidas por la CIDH en materia de plazo razonable de la prisión preventiva, deberán interponer una demanda ante el organismo regional. Es decir, que obliga al Estado demandado para ese sólo caso, y no tendría efecto erga omnes.

El problema teórico que genera esta posición, no resulta, a mi entender, una respuesta plenamente satisfactoria, para todas las partes de proceso penal.

María A. Gelli, concluye al comentar el fallo de referencia que, si bien la Corte nacional examinó el alcance de la doctrina regional, entendió que el caso que debía resolver tenía una singularidad que lo diferenciaba del precedente en cuestión y no se consideró obligada a aplicarlo.[33]

Ahora bien, está claro que las sentencias de la Corte Interamericana obligan directamente al Estado demandado. En "Bayarri" Argentina fue condenada. Ahora sostener que solamente nuestro país se ve obligado en ese

[31] Considerando 136 del informe de la Comisión.

32 En el dictamen del Procurador, restringe la interpretación del art 68 CADH: "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

[33] Gelli, María A; ob.cit. p.7

sólo caso, y ante similares situaciones argumente que porque no se encuentra demandada no cumple con lo dispuesto, no aparece con demasiado sentido que pertenezcamos a un sistema regional. La función nomofilactica del tribunal supranacional sería nula. Sería una suerte de "pago la multa" y sigo infringiendo las normas de exceso de velocidad.

2. El conflicto normativo suscitado a partir del caso "Muiña" de la Corte Suprema de Jusiticia de la Nación acerca de qué ley que es aplicable para la prisión preventiva en los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, ha sido novedosamente zanjado por una nueva ley del Congreso -ley 27.362- de carácter interpretativo que fije los alcances de la ley 24.390 derogada, excluyendo a los delitos mencionados. A partir del dictado de la norma la Corte Suprema ha rechazado sistemáticamente cualquier planteamiento de los condenados por delitos de lesa humanidad.

3. Los tribunales (nacionales, federales y provinciales) han desarrollado con distinta amplitud los alcances en materia de prisión preventiva por los distintos códigos de procedimientos (art. 75 inciso 12 C.N.). También se observan que los órganos jurisdiccionales han considerado -mediante acciones de habeas corpus colectivas correctivas ó mediante recursos ordinarios o extraordinarios- que se afecta el debido proceso; ya sea por exceso del plazo razonable, ó porque no se dan situaciones para el encarcelamiento preventivo, ó finalmente porque se agravan ilegítimamente las condiciones de detención.

REFERENCIAS

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN). **Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro si recurso extraordinario** (1574/2014/RH).

_____. **Méndez Valles, Fernando vs. Pescio.** Disponível em <https://www.saij.gob.ar>.

_____. **Sentencia del 8 de mayo del 2012**. Mayoría: Lorenzetti, Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Minoria: Argibay y Petracchi.

_____. **Sentencia del 8 de mayo del 2012**. Mayoría: Lorenzetti, Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Minoria: Argibay y Petracchi (art 280 CPCC).

BOVINO, Alberto. **Justicia Penal y de Derechos Humanos**. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2005.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Manual de la Constitución Reformada**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Bayarri. Argentina**, sentencia del 30 de octubre de 2008.

_____. **Caso Trabajadores cesados del Congreso**, sentencia del 24/11/2006.

MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. T.1. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

MORELLO, Augusto M. **El recurso extraordinario** *(*con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello. 3ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

NORES, José Cafferta. Garantías y sistema constitucional. *In:* **Revista de Derecho Penal**, 2001.

SAGÜÉS, Néstor P. **Derecho Constitucional**, T.2. Buenos Aires: Astrea, 2017

_____. **Recurso extraordinario**, T.1, 3° edición. Buenos Aires: Astrea, 1992.

ZAPATERO, Luis Arroyo. **Fundamento y función del sistema penal**: el programa penal de la constitución. *In:* material aportado por el autor en el marco del “Master en Derecho Penal” de la Universidad Salamanca, 2000/2002.