

# ALGUNAS MIRADAS SOBRE LA PRISION PREVENTIVA

CLAUDIA CAROLINA ALARCON

SALTA- ARGENTINA, ABRIL DE 2.013

## INDICE

INTRODUCCIÓN: objeto y alcance del estudio

1. Sistema de fuentes
- 1.2 Fuentes en el ordenamiento jurídico argentino
  - 1.2.1. Normas constitucionales
  - 1.2.2. Tratados y convenios internacionales
3. Las medidas cautelares en el proceso penal
  - 3.1. Concepto
  - 3.2. Requisitos
    - 3.2.1. Fumus boni iuris
    - 3.2.2. Periculum in mora
  - 3.3. Clases
4. La prisión provisional/preventiva como medida cautelar
  - 4.1. Requisitos o presupuestos para su aplicación
    - 4.1.1. Fumus boni iuris
    - 4.1.2. Periculum in mora
      - 4.1.2.1. Riesgo de fuga
      - 4.1.2.2. Obstrucción a la justicia o destrucción de pruebas
      - 4.1.2.3. Reincidencia
      - 4.1.2.4. Protección de la víctima
      - 4.1.2.5. Especial referencia a las víctimas de violencia de género
      - 4.1.2.6 Medidas sustitutivas
  - 4.2. Límites temporales a la prisión preventiva
    - 4.2.1. Plazos de duración
    - 4.2.2. Prisión provisional y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas
  - 4.3. Responsabilidad del Estado por imposición de la prisión preventiva
5. Conclusión final
6. Bibliografía

INTRODUCCION: objeto y alcance del estudio

Teniendo en cuenta que en la modernidad la duración de la prisión preventiva es uno de los más grandes problemas del Derecho procesal penal

ya que se ensambla con el estado de inocencia. Ferrajoli (2.009) dijo que la historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio, está estrechamente vinculada a la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión, siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda.

Hablar de las condiciones que deben verificarse para limitar la libertad de las personas, es discurrir en términos filosóficos y políticos, ya que nuestro sistema penal liberal ejercitado en el marco democrático del Estado de derecho, con sustento en el plexo normativo constitucional que acoge Tratados internacionales sobre derechos humanos, indica que la libertad ambulatoria solo puede restringirse por orden de un juez competente y, dentro de los límites absolutamente indispensables para la realización de los fines del proceso.

Para imponer una detención provisional, hoy existe una conciencia generalizada que señala que deben aplicarse criterios procesalistas y no sustantivistas, lo que implica que la agencia judicial, debe valorar si efectivamente existe un riesgo procesal, con independencia de la pena prevista en abstracto para el delito en análisis. Esto permite sostener lo expresado por Zaffaroni (2.009) quien afirma que aquella agencia en la pugna ética por poner límites a la irracionalidad del hecho de poder con que se enfrenta, debiera proceder desde la racionalidad y limitar la violencia que se ejerce sobre las personas que menores aportes han hecho al reforzamiento de la violencia de que son objeto.

En Salta, provincia de Argentina, coexisten dos sistemas procesales instaurados por las leyes 6345/85 y 7690/11, respectivamente, que colocan la investigación de los delitos en el Juez de Instrucción y en la Fiscalía cada uno de ellos y, ambos ordenamientos, contienen disposiciones que reglamentan la aplicación de la prisión preventiva.

Este trabajo mediante el relevamiento y análisis de fuentes bibliográficas y jurisprudenciales busca mostrar que en la práctica, la imposición de esta medida cautelar, se usa en la mayoría de los casos y, en muchos de ellos se utilizan interpretaciones cerradas de los parámetros que la ley proporciona, que evidencian la prevalencia de la idea de peligrosidad criminal, por encima de la peligrosidad procesal.

De esta forma se busca generar reflexión sobre la mirada sesgada con que se aborda la detención provisional, ya que colisiona con la tutela judicial efectiva, porque se niega a las personas sometidas a proceso penal, el derecho y la oportunidad de contar con pronunciamientos jurisdiccionales motivados en la razonabilidad; desde esa perspectiva, se proponen algunas herramientas para mejorar los criterios de aplicación del instituto

Al respecto puede decirse que la actual concepción de los derechos humanos fundamentales, trajo consigo la idea de contar con actos políticos judiciales que desde su fundamentación, expresen que el Estado limita derechos en forma proporcional y racional y, que para el caso en que las partes entiendan que no sea así, estas decisiones puedan ser revisadas por Tribunales superiores mediante vías impugnativas, a lo que hay que agregar

que también generan responsabilidad estatal. Es que la antropología que informa la teoría de los derechos humanos, hoy ya es considerada patrimonio de la antropología jurídica .

A su vez llama la atención que en los casos de violencia hacia las mujeres en el ámbito familiar, una de las formas de violencia de género, siempre se aplica la prisión preventiva sea cual sea el delito que se investiga, por el que se procesa o por el que se requiere juicio. De esa manera el estado reproduce violencia mediante el aparato punitivo y no aborda la complejidad de una problemática que se origina en lo cultural, ya que la consideración de mujeres y varones y de las identidades femeninas y masculinas, subalternizadas y jerarquizadas respectivamente, son construcciones humanas.

Entonces puede decirse que el problema y sus probables respuestas, tratan de analizar cuando y como de acuerdo a las normas constitucionales, se puede restringir la libertad del imputado .

## 1. SISTEMA DE FUENTES

### 1.2 NORMAS CONSTITUCIONALES

En la República Argentina la Constitución Nacional es la norma superior y rectora de todo el ordenamiento jurídico, en consecuencia, toda la normativa debe interpretarse en congruencia con sus postulados y principios. Esto se corresponde necesariamente con la idea de la supremacía Constitucional, que supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado según su Art. 31, que dice que la Constitución, los Tratados Internacionales y las leyes que en su consecuencia se dicten son la ley suprema de la Nación; entonces debe entenderse que se indica un orden de prelación y que los escalones mas altos subordinan a los inferiores y, todo el conjunto se subordina a la Constitución .

La idea de la supremacía constitucional tiene directa relación con la de poder constituyente que genera el poder constituido y, de ello se infiere, que este último no puede ni debe realizar actos válidos que sean contrarios a la Constitución, que nace de un poder distinto, originario y separado del poder constituido; en el caso de Argentina, este último sería encarnado por el Congreso Nacional.

Por el imperio de esa supremacía y dada la forma federal y democrática de gobierno de Argentina, las provincias son estados, pero con un poder que no es soberano, sino autónomo. Pueden y deben dictarse sus Constituciones, en virtud del Art. 5 de la Carta Magna Nacional, pero están obligadas a subordinar sus contenidos a los de aquella; por lo tanto el poder constituyente provincial, tiene limitaciones positivas ya que en virtud del sistema federal estatal debe existir coherencia entre las normativas del estado federal y, de los estados miembros.

Una consecuencia necesaria de lo expuesto es la premisa que indica que cualquier acto infractor de la Constitución puede ser invalidado y reputado de inconstitucional, enervando su eficacia por falta de validez. En el caso Argentino este control de constitucionalidad es un deber que la Constitución impone a todos los miembros del Poder Judicial y, se ejerce de manera difusa los jueces son los únicos que pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma y, solo para el caso concreto al que se pretende su aplicación.

En lo que al ámbito penal es inherente, los Arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional contienen las garantías que sustentan el sistema procesal penal Argentino, el primero dice, que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Tampoco nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, la garantía de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados; la abolición de la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Asimismo indica que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.

El otro artículo expresa el principio de reserva, al excluir de la punición las acciones privadas que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y

exentas de la autoridad de los magistrados; asimismo enuncia el principio de legalidad cuando dice que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe.

Por su parte los Arts. 18, 19 y 20 de la Constitución Provincial de Salta, se pronuncian acerca de la defensa de la persona y sus derechos en sede judicial, administrativa y en el seno de las instituciones de derecho privado; la libertad personal y sus limitaciones, que siempre deben estar dentro de los límites indispensables para la investigación del ilícito o, para evitar que el imputado pueda eludir la acción de la justicia; la notificación del motivo de la detención en forma inmediata; la flagrancia; la asistencia letrada gratuita; la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes y la responsabilidad de los agentes públicos, funcionario y jueces que los realicen, de denunciarlos. Asimismo se enuncia que la responsabilidad penal es personal, el principio de legalidad,

De lo expuesto se advierte que ambas Constituciones contienen disposiciones que se complementan, ya que están consagrados los principios de legalidad y de reserva y, de la lectura de la Carta local se advierte que posee institutos propios de las Constituciones modernas, tales como, la flagrancia, la notificación en el momento de la detención de los motivos de la misma, el examen médico previo a la audiencia judicial y la excarcelación, entre otros.

### 1.1.2 TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Los tratados y convenios internacionales suscriptos por el Estado Argentino, en virtud del Art. 27, que estipula que el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras, por medio de tratados que estén en consonancia con los principios establecidos en la Constitución, no están exentos del alcance de la supremacía Constitucional y, en esto cobra vital importancia la cláusula o fórmula Argentina consistente en la reserva sobre la primacía de la Constitución formal sobre los tratados (especialmente en materia de arbitraje).

De esa forma se consagra la idea de que la Constitución tiene un grado superior de prelación frente a los tratados y convenios y, en caso de que en su aplicación la infrinjan, pueden ser declarados inconstitucionales en el ámbito interno.

El caso de los tratados incorporados en la Reforma Constitucional de 1.994 en el Art. 75 inc. 22, tiene otro cariz, porque si bien algunos de ellos ya formaban parte del sistema jurídico porque habían sido ratificados por leyes del Congreso Argentino, su añadidura implicó la adopción del Derecho Internacional de Derechos Humanos al plexo Constitucional, por lo tanto tienen esa jerarquía.

Estos ordenamientos mantienen toda la vigencia y vigor que ya poseían al momento de la suscripción y, deben interpretarse armónicamente con la Constitución y los derechos y garantías contenidos en su articulado son complementarios de la primera parte de aquella que contiene los derechos

fundamentales.

Al tratarse de una Constitución con contenidos pétreos en la parte dogmática, los derechos y garantías allí consagrados, no pueden suprimirse y en todo caso se entiende que aquellos Tratados de derechos humanos informan e integran ese plexo dogmático; en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *Arancibia Clavel*, dijo que los tratados complementan las normas Constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la Segunda Parte de la Constitución. Por el contrario debe interpretarse que las cláusulas Constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse.

Entonces, cualquier ciudadano/a del Estado es titular y sujeto activo de los derechos que esos Tratados reconocen y los Estados partes tienen el deber de aplicarlos en sus ámbitos internos. Caso contrario existen las instancias internacionales que habilitan la demanda del Estado por incumplimiento de una auto obligación asumida, ya que aquél se somete a un orden jurídico en el que no está en relación con otros Estados, sino con su ciudadanía.

Los tratados de Derechos Humanos arriba referenciados son La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa Humanidad.

Sin embargo, los que contienen normas penales, son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa Humanidad.

El derecho a la libertad está consagrado en el Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, cuando dice que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Este derecho a la libertad puede ser restringido por el Estado en ejercicio del *ius puniendi* y, la detención de personas debe ser dispuesta por juez competente, conforme el principio de legalidad y no puede ser arbitraria, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes; en este sentido se pronuncian la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. XXV, la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su vez, la detención sea provisional o preventiva, encuentra límite absoluto en la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes, tal como lo señalan la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que en su totalidad se refiere a la obligación de los estados partes de la adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción y, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

## 1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

### CONCEPTO

Admitir la idea de que el proceso penal se realiza para que la aplicación del Derecho sustantivo sea posible, implica la adopción de medidas que tiendan a asegurar la presencia del imputado para la realización del juicio por un lado y del cumplimiento de la sentencia y, por otro lado, la permanencia de sus bienes en el acervo patrimonial, para hacer frente a la reparación del daño que pudiera causarse con el delito.

En Argentina las medidas cautelares están identificadas con las medidas de coerción, ya que se entiende que para llevar adelante el proceso penal son imprescindibles las injerencias en la esfera individual, para asegurar el proceso desde su inicio hasta su fin.

Donna dice que consisten en restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso del proceso penal, tendientes a 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.

### REQUISITOS

#### 3.2.1. FUMUS BONI IURIS

También conocido como verosimilitud del derecho, este requerimiento concretamente se traduce en el juicio de probabilidad que permite atribuir razonadamente un hecho punible a una determinada persona.

Es decir, que al menos debe tratarse de una apariencia de algo verdadero y no exige el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, por lo que puede decirse que se aborda desde un plano hipotético y, tampoco es necesaria una prueba terminante y plena para disponer su dictado.

Así puede afirmarse que sólo pueden aplicarse sobre quien esta

sindicado de la comisión de un hecho ilícito y que desde indicios concretos, se tienen elementos para limitar sus derechos.

### 3.2.2 PERICULUM IN MORA

Significa que al menos en grado suficiente, debe constatarse una situación de riesgo o peligro de que el inculpado, se sustraiga al proceso o al cumplimiento de la sentencia.

Es decir que se hace un juicio a futuro que conlleva el razonamiento de que un conjunto de circunstancias podría llevar un riesgo determinado y así frustrar la decisión definitiva o el entorpecimiento de los actos necesarios para llevar adelante el proceso penal hasta la sentencia.

Se trata siempre de un peligro concreto que implica un riesgo que debe neutralizarse, ya que sin peligro la medida cautelar carece de sentido lógico jurídico.

#### CLASES

Es de aceptación de la doctrina mayoritaria la clasificación de las medidas cautelares en personales y reales, según limiten la libertad personal o la libertad para disponer del patrimonio; en Argentina se consideran medios coercitivos.

Por su parte los medios cautelares reales, pueden tener distintas finalidades, tales como asegurar medios de prueba o asegurar el pago de una condena pecuniaria, por las personas responsables penalmente o los terceros civilmente demandados.

También debe decirse que cualquiera sea su naturaleza técnica, son procedentes y legítimas cuando su dictado es excepcional, necesario, racional, proporcionado, por un plazo razonable y emanan de autoridad competente.

Las medidas cautelares personales son:

a) la citación

Este modo de llamar al imputado a comparecer en un proceso penal es bastante usado y solo se formula cuando existe una indicación concreta sobre alguien que se presume supuesto partícipe de una infracción penal.

En el ámbito federal se aplica un sistema mixto que mantiene la instrucción para investigar y el sistema acusatorio moderado, en la etapa de juicio. En Salta también se practica la Instrucción junto a la Investigación Penal Preparatoria, sin embargo en todos estos regímenes es posible que la persona imputada puede presentarse espontáneamente por ante el juez Instructor, el Fiscal Penal o el Juez de Garantías, para prestar declaración indagatoria o hacer su descargo, respectivamente; según lo indican los Arts. 294 del Código Procesal Penal de la Nación, 269 y 369 de las leyes salteñas 6345/85 y 7690/11.

Sin embargo, el Juez instructor y el Fiscal Penal pueden ordenar la

comparecencia del imputado por simple citación, según el Art. 272 y 372 de esas leyes, cuando el delito investigado no esté reprimido con pena privativa de la libertad o cuando estándolo parezca procedente una condena de ejecución condicional, salvo los casos de flagrancia.

Por su parte el Fiscal Penal por el Art. 372, cuando el hecho investigado es de los arriba descriptos, también puede citar al imputado y, si este no concurre al llamado o no se justifica con un impedimento legítimo, debe pedirle al Juez de Garantías que haga efectivo el apercibimiento de comparecencia forzosa, al solo efecto de la realización de los actos procesales que justificaron la citación.

Esta es la forma de buscar que aquél comparezca a la sede judicial, por ante el Juez Instructor, el Tribunal de juicio o el Fiscal Penal, en la fecha y lugar que se le indica, bajo apercibimiento de ordenar su detención o ser obligado a comparecer por la fuerza pública, en la práctica policial y tribunalicia esto se conoce como conducción.

Esta citación genera la posibilidad inmediata de permitir al imputado la realización de su descargo y, así se pueda conocer su versión del hecho investigado, sin restringir su libertad ambulatoria.

#### b) Aprehensión

Esta medida consiste en el apresamiento de una persona que supuestamente participó de un delito, se caracteriza por su brevedad y sus características consisten en que se realiza sin orden y, la obligación de quien la realiza, de poner a disposición de la autoridad a la persona aprehendida.

Puede efectivizarse por particulares, que son personas comunes que por propia iniciativa y espontáneamente atrapan a alguien y, por la Policía y auxiliares de la misma; según el Art. 274 de la ley 6845/85 tienen el deber de detener al que es sorprendido en el momento de intentar cometer un delito; al que fugare del lugar donde está legalmente detenido; a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de haber participado en un hecho punible y a quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.

El Art. 376 de la nueva normativa procesal añade que también debe detenerse a alguien cuando exista peligro de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación, cuando se tratare de una situación de urgencia y hubiere peligro de que el imputado eluda la acción de la justicia.

En este caso los Arts. 276 y 379 de las leyes procesales, señalan que la novedad de la aprehensión deberá ser comunicada a la autoridad judicial competente, al Juez de Instrucción, al de Garantías y al Fiscal Penal, con el apercibimiento en caso de omisión, de la pertinente promoción de acción penal.

#### c) el arresto

Esta medida inicial que se caracteriza y se asienta en la deficiente

información del hecho investigado, es una medida privativa de la libertad que se impone con fines de investigación, por lo tanto es limitada en el tiempo, ya que en el primer momento no es posible individualizar a los presuntos responsables o a testigos.

Los Arts. 271 de la ley 6845/85 y 375 de la ley 7690/11 dicen que cuando en el primer momento de la investigación, o posterior a la comisión de un delito de acción pública no sea posible individualizar a su autor, a los partícipes y a los testigos y, se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación o la averiguación de los hechos, el Juez o la autoridad que dirija el procedimiento podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar, no se comuniquen entre si, no se modifique el estado de las cosas y si fuera necesario o indispensable, el arresto de todos ellos.

La finalidad inmediata es recibir la declaración de los presentes en el lugar del hecho, esta medida no puede prolongarse por más de seis horas, según el art. 180 inciso 8 y, tiene como máximo el lapso de 24 hs; que es el tiempo indicado por los Arts.282 y 88 inc h, de ambas leyes procesales de Salta, para que los Jueces de Instrucción o de Garantías, respectivamente, reciban declaración indagatoria o se controle la legalidad de la detención de una persona. En el primer caso se infiere que en ese lapso, ya debe estar individualizada la persona que es indicada como presunta responsable, o sea que su arresto ya se convirtió en una concreta detención.

#### d) la detención

Esta medida privativa de la libertad consiste en un estado relativamente breve de imposibilidad de disponer de la libertad ambulatoria y se impone por el Juez Instructor o el Juez de Garantías, que son la autoridad competente para disponerla, a la persona que sospechan partícipe de un delito reprimido con pena privativa de la libertad de más de tres años de prisión o reclusión; o cuando el imputado carece de domicilio en el país para asegurar su comparendo inmediato al proceso; cuando se estima que no corresponderá una condena en suspenso, en los casos de flagrancia, al dictarse su rebeldía y cuando se revoca la excarcelación.

La orden puede ser escrita o verbal, esta última dada en la consulta telefónica y de la que se debe dejar debida constancia en el sumario policial o legajo de investigación y, supone una valoración proporcional por el Juez o el Fiscal Penal, en relación a las circunstancias del hecho y la presunta participación de la persona indicada. Esta disposición debe contener todos los datos necesarios para identificarlo/a y el hecho en el que se atribuye su participación

Los Arts.273 y 373 de las leyes procesales locales, dicen que en los límites de lo estrictamente indispensable el Juez de Instrucción, o el de Garantías a pedido del Fiscal Penal, librarán orden de detención contra el imputado, cuando existiendo motivos para sospechar que ha participado en la comisión de un delito, se presume sobre la base razones suficientes que intentará entorpecer la investigación, sustraerse a los requerimientos del proceso o evadir sus consecuencias.

También constituye un caso de detención el dado por el Art. 70 de la ley de Migraciones 25.871/ 04, cuando al legislar las medidas cautelares dice que estando firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla.

Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida y, en todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero.

Esta normativa no habla de plazos máximos de detención y tampoco menciona el lugar donde debe permanecer la persona detenida o retenida y, se entiende por vía de interpretación que debieran aplicarse los criterios generales aplicables al instituto en el ámbito federal, que entre otras cosas genera la obligación del Estado Nacional o provincial, mediante el aparato judicial, de dar la noticia de la detención al Consulado o Embajada del país del que proviene la persona detenida, según los términos del Art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones consulares y el principio 16.2 de los Principios de Naciones Unidas para la Protección de todas las personas Sometidas a cualquier Forma de detención o Prisión.

Sin embargo, la practica muestra que estas personas son alojadas en los puestos de Gendarmería Nacional o de la Prefectura Naval; en el caso de la primera, carece de un lugar propicio para alojamiento de detenidos y en el caso de Salta, se registran casos de estadía de detenidos en containers, ya que dada la supuesta mínima duración de la detención-retención, no debieran ser alojados en la cárcel federal.

En Europa, si bien sucede algo similar, se sabe que las personas con permanencia ilegal son alojadas en establecimientos diferentes de los de los encausados por infracciones a la ley penal y, en donde también gran cantidad de sus encarcelados, son inmigrantes provenientes de estados en los que las guerras civiles o la pobreza impiden sobrevivir, en consecuencia prefieren morir mar adentro o en camino hacia una tierra a la que puedan ingresar, aunque mas no sea como ilegales. Luego, ya viviendo en la Comunidad, están expuestos a los males de la marginalidad de la postmodernidad euro céntrica que genera exclusiones raciales y económicas, entre otras.

Todo esto pone la mirada en algo que es superlativo para estos tiempos y, es nada mas ni nada menos que la condición humana de las personas encarceladas, a las que el estado cotidianamente les refuerza la dosis de violencia, que ya padecían desde sus orígenes y así consagra su exclusión social. Pero lo mas llamativo de esta construcción política de la criminalidad, es que pareciera que la mayoría de la población está conforme con los elementos estructurantes de los estereotipos delictivos, que en gran parte son reproducidos y reforzados por los medios de comunicación; y lo que es peor, no advierte que aquellos pueden cambiar y, que un día cualquiera, pueden incluirse particularidades de los que hoy creen que así,

todo está muy bien.

Es que en un estado de derecho, toda persona, sea nacional o extranjera, debe ser respetado, en primer lugar, como persona, en segundo lugar como miembro de un grupo étnico o cultural y, por último, en cuanto miembro de la comunidad política, esto es como ciudadano. El incumplimiento de todo esto por las políticas de regulación que implementan los gobiernos europeos, especialmente sobre los reclusos, los inmigrantes económicos y los refugiados, pone de manifiesto la maleabilidad de la arquitectura del Estado de derecho y la falta de instrumentos jurídicos y políticos para hacer frente desde la sociedad civil a la intervención del biopoder en los procesos de exclusión social. En el marco de la globalización las poblaciones se muestran inermes ante las biopolíticas de la regulación .

Por eso hay que tener en cuenta que todo lo que se diga en criminología es político, porque siempre será funcional o disfuncional al poder, lo que no cambia aunque quien lo diga lo ignore o lo niegue .

#### e) prisión preventiva

También llamada prisión provisional es la medida cautelar más grave, porque implica el encierro de una persona por un lapso importante de tiempo, su efecto principal en el caso de la Instrucción, es mantener encerrado al procesado, pero esta privación de libertad puede cesar cuando aquel utiliza la excarcelación prevista en el Art. 306 y, cuando el proceso finaliza con sobreseimiento o sentencia definitiva.

En el caso de la Instrucción, esta medida debe ser dictada junto con el procesamiento de una persona, ya que éste instituto constituye un presupuesto para que pueda dictarse; en el caso de la Investigación Penal Preparatoria su dictado corresponde al Juez de Garantías a pedido del Fiscal Penal dentro de los quince días de la detención, según lo establecido por los Arts.300 y 386 de aquellas leyes.

En definitiva ambas previsiones legales, tienen en cuenta los mismos extremos para su dictado que son la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado y requieren una motivación razonable.

#### f) medida provisional de seguridad

El Art. 302 de la ley 6845/85 admite que en caso de que el imputado tenga enfermedades concomitantes al delito, se deberá verificar si se encontraba en estado de enfermedad mental que lo haga inimputable, de ser así previo dictamen de dos peritos, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial

El Art. 394 de ley 7690/11 expresa que el Juez a pedido de la Fiscalía o la defensa puede ordenar la detención en un establecimiento asistencial, cuando haya elementos suficientes para sostener que una persona probablemente es autora de un hecho antijurídico y, con dictamen de dos peritos se compruebe que padece una grave alteración o insuficiencia de sus facultades

mentales que lo tornen peligroso para sí o para terceros.

En esta clase de medida cautelar la practica judicial se inclina mayoritariamente por su imposición sin internación, cuando existen familiares que puedan responsabilizarse del cuidado personal de la persona sobre la que se dicta. A tal efecto se cita a los mismos para que mediante acta judicial, asuman tal compromiso y siempre se da intervención a la Asesoría de Menores e Incapaces, bajo pena de nulidad.

Esto es congruente con el proyecto Argentino de salud mental que desde el paradigma de la desmanicomización, promueve la desinstitucionalización de las personas con enfermedades mentales.

En esa línea la ley 26.657/10 llamada "Derecho a la Protección de la Salud Mental", en su Art. 7 inciso d expresa el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja derechos y libertades de la persona, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria. A su turno, el Art. 9 dice que el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales

Esta nueva mirada de la salud mental surge de la necesidad de quitar al manicomio la característica de institución total, que permitió desde siempre el alojamiento indefinido de personas con exclusivo tratamiento farmacológicos y sin contacto con el medio social. Justamente se trabaja con el/la enfermo/a mental para que puede evolucionar muy favorablemente con el tratamiento clínico y con la contención y cuidado familiar, cuando este núcleo existe y está en condiciones de asumir la responsabilidad, esto es posible y, no en forma institucionalizada y aislada de su contexto originario.

#### g) Incomunicación

Esta se dispone cuando una persona es detenida y consiste en la prohibición de relacionarse verbalmente o por escrito con cualquier persona, salvo su defensor y, el uso de libros u objetos que solicite, que no podrán ser usados para violar la medida y, también puede realizar actos civiles que sean impostergables, por ejemplo visitar a un familiar directo que esté enfermo y en estado terminal; asistir al sepelio de un familiar directo; reconocer un hijo o contraer matrimonio. Estos últimos actos tienen como límite infranqueable, que con su concreción no disminuya la solvencia patrimonial ni perjudique los fines de la instrucción.

Los Arts. 200 y 374 de ambas leyes procesales, facultan a la Policía a incomunicar al detenido por el lapso máximo de dos horas, al Fiscal Penal por seis horas y al Juez Instructor y al Juez de Garantías a incomunicar por un término no mayor de 48 horas, prorrogables por otras 24 en forma fundada. cuando existen motivos para entender que puede ponerse de acuerdo con terceros u obstaculizar de otro modo la investigación.

El último artículo amplía esta posibilidad al permitir que el Fiscal y a la Policía dispongan la incomunicación de una persona aprehendida, solo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, que no puede exceder de seis horas.

h) Prisión domiciliaria

Esta institución está regida por el Art. 10 del Código Penal Argentino que establece que pueden cumplir sus penas en el domicilio las mujeres honestas, las personas mayores de sesenta años y las enfermas; la ley 26.472/09 que permite otorgar prisión domiciliaria a embarazadas y a mujeres que tengan hijos menores de 5 años; por el Art. 303 de la ley 7690/85, los Arts. 34 a 36 de la ley 24.660/96 y el Art. 382 inc. a de la ley 7690/11.

En su aplicación conlleva importantes restricciones a la libertad ambulatoria, sobre todo en su faz social, ya que quien la cumple, necesita expresa autorización para hacer o realizar cualquier acto fuera del lugar en donde habita; también implica obligaciones familiares ya que para su concesión es necesaria la caución personal de una persona del entorno íntimo, en algunos el apostamiento de guardia policial afuera de la casa y, siempre, el continuo control que realiza el Patronato de Presos y Liberados con un Asistente Social.

En este sentido el Tribunal Oral de la Capital Federal en la causa "XXXX y otros s/sustracción de menores de diez años", el 05/02/2013 t revocó la prisión domiciliaria de una persona condenada por el robo de bebés, y en consecuencia dispuso su traslado inmediato a una dependencia del Servicio Penitenciario, ya que la conducta desplegada por el imputado, el cual concurrió a un centro comercial y a un centro de venta de alimentos, constituyó un quebrantamiento injustificado de las condiciones de cumplimiento de la detención domiciliaria. al Federal

Las medidas cautelares reales son:

a) embargo

Esta medida se dicta para asegurar las penas pecuniarias, indemnizaciones civiles, gastos y las costas y, en el caso de la Instrucción se realiza al disponerse el procesamiento, según el Art. 531 y, en la Investigación Penal Preparatoria según los Arts. 433 y 434 de la normativa procesal vigente, al momento de solicitar el Fiscal Penal la remisión de la causa a juicio.

Se dirige hacia el imputado y el civilmente demandado, con citación del tercero en garantía cuando corresponda; requiere caución y puede ampliarse o modificarse, para ello la actoría civil debe demostrar que esto resulta necesario para que sus intereses no se vean burlados.

Siempre se aplica subsidiariamente el Código de Procedimiento Civil y estas actuaciones tramitan por cuerda separada del expediente principal.

b) inhibición general de bienes

Procede cuando no es posible embargar bienes al imputado, porque son desconocidos, carece absolutamente de ellos o son insuficientes. Esta medida impide vender o comprar bienes inmuebles inscriptos a su nombre, ya que se anota en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, pero no le impide adquirir bienes posteriormente.

Como en el caso anterior puede dictarse al momento de procesar en la Instrucción y, al solicitar la remisión de la causa a juicio, en el requerimiento pertinente. Está regida por los Arts. 531 y 433 y concordantes de las leyes procesales.

## 2. LA PRISION PROVISIONAL/ PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

Como se anticipó, la libertad de la ciudadanía argentina está reconocida y amparada por el principio de inocencia, consagrado en los Arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y, Art. 18 de la Constitución Provincial y, concretamente se traduce en un estado que ampara a las personas, que solo puede quebrarse con una condena dictada por un tribunal competente.

Su consecuencia inmediata es que la libertad ambulatoria es la regla y la privación la excepción y así afecta directamente la garantía constitucional de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Entonces puede decirse que solo un juez natural y competente puede restringir libertades físicas, guardando ciertas formalidades y aplicando el principio de legalidad, que funciona como marco limitador del aparato punitivo estatal.

De la práctica y la doctrina también emergen posiciones que sustentan la restricción de derechos y concretamente de la libertad, en su forma preventiva, como algo inevitable en estos tiempos postmodernos. Algunas recurren al contenido de los tratados internacionales y haciendo una interpretación holística de las Constituciones Nacional y Provincial, expresan que puede concluirse que la presunción del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria plasmado en los Arts. 14 y 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional y el Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia), los artículos 18 y 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional, el artículo 9.1 del PIDCP y artículo 7 de la CADH.

Lo cierto es que las limitaciones a la libertad y la prisión preventiva, como una de sus formas, se conectan con lo que la doctrina procesal llama "peligrosidad procesal", esto es el peligro cierto de que la persona

imputada intentará eludir el cumplimiento de la sentencia u obstaculizará la investigación.

En Argentina existen argumentos abolicionistas de la prisión preventiva como el de Gustavo Vitale , quien sostiene que la prisión de presuntos inocentes es un tormento, siempre es una pena privativa de libertad y afecta la jurisdiccionalidad, que exige un proceso judicial previo a la imposición de cualquier pena estatal; agrega que negar este carácter, es recurrir a ficciones del pensamiento penal generalizado. Este doctrinario, además analiza siempre la composición de la población carcelaria, que en la mayoría es analfabeta y perteneciente a sectores históricamente marginados.

Hasta lo aquí avanzado bien vale hacer un interrogante:  
¿ quienes son las personas a las que mayoritariamente reprende el poder punitivo?

En este sentido, la experiencia general acopiada en Argentina indica que el sistema punitivo reproduce los estereotipos de bondad y maldad existentes en un grupo social y selecciona un grupo de la población para aplicarlo desde esos cánones.

La vulnerabilidad es la nota sobre la que se construye el objetivo de la selectividad de aparato punitivo, puede decirse que es una plataforma compuesta por compuestos sociales que están transversalizados por las variables de raza, etnia, color, sexo, género, clase social y edad, a las que se agregan la historia personal. En su conjunto, una vez politizados desde aquella construcción social, generan una consecuencia letal que deviene en lo que se conoce como los estereotipos que encarnan la peligrosidad criminal, ya que las personas vulnerables son etiquetadas desde la concepción de peligrosidad para el conjunto que considera que no lo es.

En términos generales, puede afirmarse junto a Zaffaroni (2.000) que el sistema punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme a la vulnerabilidad y ésta responde a estereotipos. Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento de las discriminaciones. Por carácter transitivo, puede afirmarse que la selección criminalizante es el producto último de todas las discriminaciones.

Por otra parte, la ley expresa que la peligrosidad procesal sucede cuando la persona inculpada de un hecho delictuoso puede con su libertad entorpecer la investigación o fugarse, lo que en la práctica debiera implicar una prudente valoración judicial, para saber si pueden frustrarse la realización del juicio y la aplicación de la ley sustantiva.

De lo expuesto puede afirmarse que al hablar de peligrosidad criminal se aborda la complejidad de un tema sensible a una comunidad, ya que se habla de los estereotipos y de las pertenencias a grupos vulnerables que son cooptados por el sistema punitivo. Pero, al hablar de peligrosidad procesal, se pone de manifiesto el estrecho y sinuoso camino de aplicación de la ley a esos grupos, que carecen de las oportunidades para evitar ser el objetivo de lo punitivo. Ello está demostrado con estadísticas que indican que en Argentina, la población de cárceles se compone por analfabetos o por personas que escasamente concluyeron el nivel primario de escolarización.

En este sentido el informe del INECIP .

¿Que leyes se aplican para valorar la peligrosidad procesal?

A los fines de valorar la peligrosidad procesal en Salta, el Juez de Instrucción Formal, el Fiscal Correccional y el Juez Correccional aplican la ley 6345/85 con sus modificatorias y, el Juez de Garantías y el Fiscal Penal investigador aplican la ley 7690/11.

Así una detención, puede convertirse en prisión preventiva, cuando existe la probabilidad de que la persona imputada por un hecho supuestamente delictivo haya cometido el hecho investigado y, de que existe peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, o del proceso. Entonces puede afirmarse que la prisión preventiva, siempre debiera funcionar como medida cautelar, no punitiva, porque de lo contrario se privaría de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no fue establecida y, esto atenta contra el principio de inocencia consagrado en los Arts. 18 de las Constituciones Nacional y de Salta.

Es que esta medida no debe cumplir una finalidad de prevención general y, en todo caso, puede servir para garantizar la presencia del imputado en el juicio, cuando no pueda ser sustituida por otros medios ya que en nuestro sistema procesal no existe el juicio en rebeldía y, para asegurar los fines del proceso penal.

En efecto, la aplicación de una medida de coerción personal gravosa, como la aquí tratada, en los sistemas procesales arriba mencionados tiene tratamiento diferente, ya que en la investigación instructoria, se exige la constatación de algunos extremos que están estipulados y regulados en el instituto de la excarcelación-que hoy es considerada una garantía constitucional por la mayoría de la doctrina y por algunos sectores de la jurisprudencia- y, son:

- la probabilidad de la existencia de un hecho criminal (fumus boni iuris)
- el peligro procesal de fuga o entorpecimiento de la investigación /instrucción (periculum in mora)
- una eventual condena de cumplimiento efectivo. Al respecto, debe decirse que los jueces tienen en cuenta la pena fijada en abstracto para el delito que se trate, con lo cual se consagra la consideración aritmética; pero este examen a futuro, tiene como premisas necesarias los parámetros de los Arts. 40 y 41 del Código Penal, que son verdaderos rectores y moderadores del razonamiento judicial para cuantificar una pena. En este sentido, hubo evolución jurisprudencial ya que primero se consideró que la excarcelación era posible cuando el hecho investigado tenía un máximo de pena que no superara los ocho años, pero desde el Plenario Diaz Bessone la tendencia actual y mayoritaria es la valoración conjunta del máximo legal junto a otros parámetros.

Por su parte el Juez de Garantías, siempre a pedido del Fiscal Penal investigador debe ponderar una serie de requisitos procesales, que la ley adjetiva explicitó en un interesante abanico de supuestos, que significan la traducción literal de criterios procesalistas para aplicar a la figura en

trato. A ello se agrega una combinación de institutos consagrados en la ley adjetiva, para sustituir la aplicación de esta medida.

En efecto el paradigma acusatorio consagrado en los Arts. 386, 387, 388 y concordantes de la ley 7690/11, afirma que la prisión preventiva debe ser solicitada por el Fiscal Penal al Juez de Garantías dentro de los quince días y debe imponerse cuando no sea posible sustituirla por otras medidas; este modelo está muy acorde con el debido proceso que da primacía al individuo y, así el único momento procesal para acreditar la responsabilidad penal, es el juicio.

Los Códigos Procesales de las Provincias de Entre Ríos y Chubut tienen idéntica línea y conciben en forma garantista al sistema procesal penal en su relación con el imputado. De esta forma la línea político criminal se dirige hacia la separación del Derecho Procesal Penal de la Política Criminal y se evita caer en el anticipo de la pena.

El carácter de medida cautelar adjudicada a la prisión preventiva, proviene del derecho civil, donde para dictarla deben concurrir como requisitos la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y en los casos en que resulte necesaria una contracautela, aunque este requisito no existe habitualmente en la justicia penal.

Lo que en definitiva se debiera buscar con la imposición de tal medida, de allí su inclusión en la categoría de medidas cautelares, es la neutralización del peligro procesal que el imputado puede traer al proceso con el uso que haga de su libertad, ya que puede obstaculizar una investigación no concluida o sustraerse a la realización del juicio o cumplimiento de la condena.

Sin embargo, siempre se deben tener en cuenta los parámetros establecidos por el paradigma de interpretación de los derechos humanos, que fueran incorporados a la Constitución Argentina en el art. 75 inc. 22, tales como el de buena fe, pro homine y favor debilis, ya que siempre debe hacerse una exégesis sistemática y, aplicar las normas que más favorezcan la situación de la persona inculpada; a esto se agrega que la Constitución establece que en las cárceles los procesados debieran estar separados de los condenados

Al respecto Bidart Campos dijo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-5/85 sostuvo que "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana..."; y en el caso "Viviana Gallardo" de 1981, afirmó que "el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional –el ser humano– siempre que ello no implique una alteración del sistema". Así cada artículo que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativo, por lo menos en los siguientes sentidos:

- a) con el efecto de derogar cualquier norma interna infraconstitucional opuesta a la norma convencional;
- b) con el efecto de obligar al poder judicial a declarar inconstitucional cualquier norma interna infraconstitucional que esté en contradicción con

la norma convencional, o a declarar que la norma convencional ha producido la derogación automática;

c) con el efecto de investir directamente con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción Argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo;

d) con el efecto de convertir en sujetos pasivos de cada derecho o libertad del hombre al Estado federal, a las provincias, y en su caso, a los demás particulares;

e) con el efecto de provocar una interpretación de la constitución que acoja congruentemente las normas de la convención en armonía o en complementación respecto de los similares derechos y libertades declarados en la constitución.

Así puede afirmarse que bien vale tener en cuenta, que una prisión preventiva exige la relación circunstanciada de los supuestos de necesidad y racionalidad, ya que solo de esa forma se puede superar el test del principio de igualdad del Art. 16 de la Constitución Nacional, que sostiene que todos los habitantes de la República Argentina son iguales ante la ley. Es decir que esta coerción personal de carácter cautelar, solo debiera imponerse cuando sea estrictamente necesaria y proporcionada en el marco de un proceso penal válido y, debe ser el resultado de una secuencia de razonamientos que indiquen la presencia de una tutela judicial efectiva.

Entonces bien vale lo dicho por Gimeno Sendra cuando expresa que junto al cumplimiento de los principios de jurisdiccionalidad y de legalidad, la doctrina sobre la proporcionalidad exige también la más estricta observancia del principio de necesidad, pues no basta con que la medida esté prevista en la Ley y se adopte por un juez, sino que es también imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman (Art. 8.2 CEDH), debiéndose adoptar, en cualquier caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

En Argentina existe una interesante evolución jurisprudencial de los indicadores que habilitan la aplicación del instituto, en este sentido fue la Cámara Nacional de Casación Penal la que señaló dos posiciones sumamente interesantes en el fallo Díaz Bessone . La primera fue formulada por el Dr. David, quien expresó que el riesgo procesal es presumido por la ley, aunque esa presunción admite ser desvirtuada por prueba contraria.

La Dra. Ledesma, por su parte afirmó que el Tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción. Este deber exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo exclusivamente del Tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de las circunstancias mencionadas, respecto de un imputado determinado, que indique la existencia probable del peligro procesal aludido.

El Tribunal Constitucional Español, resaltó la idea de provisoriedad de la prisión, en el trámite de un recurso de amparo, promovido por Don Taysir

Alony Kate , al decir que si bien la Sentencia condenatoria puede añadir solidez a la consideración de la concurrencia de indicios racionales de la comisión de un delito por una persona, es decir, consolida la imputación de un delito a persona determinada, que es el presupuesto habilitante para la adopción de la prisión provisional (por todas, STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3), no puede desconocerse que, mientras el recurso contra la Sentencia condenatoria no se haya resuelto, dicho pronunciamiento sobre la culpabilidad del procesado sigue siendo provisional, de modo que, precisamente por ello, para que el provisionalmente condenado pueda seguir estando en prisión una vez ha expirado el plazo inicial, es preciso adoptar una decisión judicial específica que debe ponderar la garantía de la libertad personal, frente a la necesidad del mantenimiento de la situación de prisión provisional para alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima: evitar la reiteración delictiva o alcanzar la realización de la justicia penal (por todas, SSTC 29/2001, de 29 de enero, FJ 3; 333/2006, de 20 de noviembre.)

Recientemente en un interesante juego de opiniones jurídicas en las piezas seguidas contra “XXXX- POR ROBO, DAÑOS, RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y AGRESION CON ARMA EN PERJUICIO DE XXX”, el Tribunal de Impugnación de Salta, explicitó en tres votos las diferentes concepciones del instituto, a saber:

El primero se inclina por mantener la calificación originaria y confirma la prisión preventiva, luego de hacer algunos distingos respecto a la aplicación de la figura. En relación al instituto expresa “ no se puede desconocer que la probabilidad de una eventual condena efectiva, implica por si una grave presunción en contra del encartado, en el sentido que de quedar libre asumiría una actitud de incomparecencia ante los estrados a los fines de la efectiva realización del juicio, condiciones que en el sub judice se ve acentuada a partir de la conducta evasiva asumida por el imputado luego del hecho y al momento en que efectivos policiales intentarían su aprehensión.”

El segundo expresa que la libertad ambulatoria solo puede restringirse cuando peligran los fines del proceso. Es decir cuando se adviertan riesgos que atenten contra una eficaz investigación o la efectiva aplicación de la ley penal, lo que ocurre cuando se avizora la posibilidad de que el imputado frustre la investigación o eluda la acción de la justicia. Ello debe ser así toda vez que el encarcelamiento preventivo, por constituir cautela, reviste el carácter de excepcional y necesario.

La ley 7690/11, habilita la aplicación del principio pro homine, entendido como la aplicación de la norma que mejor amparo otorgue a los derechos humanos. En ella el legislador estableció que para aplicar la medida cautelar se debe reflexionar no solo respecto al monto de la pena, sino la naturaleza del hecho intimado, los motivos, la actitud posterior y la personalidad moral del imputado. También dice que el juez a quo entendió que la peligrosidad procesal radicaría en el peligro de fuga y el imputado

tiene domicilio en la ciudad donde tiene su grupo familiar, se advierte en él disposición a participar en el proceso ya que concurrió a los llamados judiciales, no tiene antecedentes condenatorios, así la expectativa de pena debe ser combinada con otros aspectos de igual o mayor valía en la dilucidación de la procedencia de la prisión preventiva.

El tercer voto referencia el cambio de paradigma con la nueva ley procesal, que implica la diferencia y división de roles de los sujetos intervinientes, sino que también la justicia deja de ser represiva para tener una finalidad reparadora. Agrega que para fijar prisión preventiva también debe tenerse en cuenta el arraigo, las posibilidades de fugarse del país o mantenerse en clandestinidad, la conducta evasiva durante el procedimiento o el haber ocultado o falseado sus datos filiatorios. Así dispuso la aplicación de medidas sustitutivas tales como la presentación del imputado determinado día de la semana, la prohibición de ausentarse de la provincia, comunicar los cambios de domicilio y toda otra que el Juzgado considere pertinente.

En este sentido Reategui Sánchez expresa que en este estado, la privación de la libertad ambulatoria anterior a la sentencia condenatoria, solo puede revestir carácter excepcional. Junto al derecho a la presunción de inocencia y como lógica consecuencia de éste aparece que la prisión preventiva debe regirse por el principio de excepcionalidad. A la vez la excepcionalidad emerge de la combinación entre el derecho a la libertad y la prohibición de aplicar una pena que elimine totalmente dicho derecho.

En el ámbito local, la Corte de Justicia de Salta adopta actualmente los parámetros cuantitativos de la pena, que están establecidos en el Art. 300 de la ley 6345 y modificatorias. De esta forma se consagra la excarcelación, como el remedio ordinario y el único instituto, al que pueden acudir las partes cuando se busca revisar la aplicación de una prisión preventiva.

Así se reserva su actuación para los casos en que por vía de casación, se busque modificar una resolución que cause gravamen irreparable, lo que en la práctica puede surgir de razonamientos arbitrarios. También debe recordarse que no existen decisiones de este máximo Tribunal local, en relación al procedimiento penal instaurado por la ley 6390/11.

#### 4.1 REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

Los requisitos materiales y formales que deben confluir para que su dictado sea posible buscan lograr la presencia del encausado hasta el final del proceso penal, ya que el Estado moderno prohibió la justicia por manos propias y, en el caso Argentino asumió en el preámbulo de la Constitución Nacional, la idea de afianzar la justicia.

Al ser un instituto de tanta gravitación para la libertad ciudadana, requiere como ya se anticipó, la constatación de indicadores procesales, que conforme va pasando el tiempo la realidad muestra un uso exagerado del instituto y, en consecuencia su contenido se hace cada vez más exigente.

En el precedente Suárez Rosero la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó que estima que en el principio de presunción de inocencia, subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención, se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.

Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art.9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocido.

En efecto se trata de una rigurosa exigencia legal que necesita aunar todos los requisitos en forma concomitante, en el Caso Peirano Basso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolvió que el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación, debe estar fundado en circunstancias objetivas en tanto que las leyes de los Estados miembros sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre aquél riesgo, teniendo en consideración situaciones de hecho verificables por el Juez de la causa.

Entonces puede afirmarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los criterios explicitados en sus fallos, generó estándares para entender el análisis que se debe hacer cuando surge la posibilidad de aplicar la prisión preventiva y, estos son: la seriedad del delito, la eventual severidad de la pena y, condiciones personales del imputado. Así señaló el camino para interpretar hoy el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación.

#### 4.1.1. FUMUS BONI IURIS

Este elemento material consiste en el resultado positivo, arrojado por el juicio que se haga acerca de la existencia de un hecho delictivo y de la presunta participación de una persona imputada por el mismo ; con él se busca satisfacer la verificación de la verosimilitud del derecho y, habilita a valorar el requisito formal de la peligrosidad procesal.

En este sentido la Corte de Justicia de Salta en el expediente N° 30.537/07 caratulado “XXXX- QUEJA POR RECURSO DE CASACION DENEGADO” , expresó que el principio de inocencia determina como regla que el imputado

conservar su libertad durante el trámite del proceso, de manera que la prisión preventiva debe ser objeto de un tratamiento autónomo, que al margen de las razones sobre probabilidad de comisión del delito que contiene el auto de procesamiento, se haga cargo de factores que en el caso indican la denominada peligrosidad procesal.

Como arriba se adelantara, se puede disponer al momento de dictar el auto de procesamiento y, debe ser solicitada por el Fiscal Penal por el Juez de Garantías, previa constatación de que el hecho es punible y el imputado puede haber participado en él ; a esta conclusión se llega luego de examinar críticamente la prueba colectada y el descargo de aquél.

La ley también señala que para que sea aplicable debe tratarse de un hecho que tenga una pena privativa de la libertad, esto tiene que ver con la proporcionalidad, que se refiere a la razonabilidad de la limitación del derecho y su relación con el fin que se persigue al aplicarla.

La nueva ley procesal dice en el Art. 391 que cuando no se verifiquen los presupuestos para el dictado de esta prisión, el Fiscal solicitará la medida de coerción que considere pertinente; caso contrario, cuando se imponga, debe hacerse por auto y dentro de los tres días de solicitada por el Fiscal Penal.

#### 4.1.2. PERICULUM IN MORA

Debe existir riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena y, la cautela requiere la posibilidad de aplicar el derecho Penal de fondo.

En este requisito debe constatarse en el mundo real, no en la íntima convicción del Juez, la circunstancia que alerta acerca de esta contingencia. Esto debe traducirse en un razonamiento judicial que pondere adecuadamente estas significaciones, para que la proporcionalidad indique que el camino correcto es el dictado de la prisión preventiva; solo de esta forma puede hablarse de una tutela judicial efectiva.

##### 4.1.2.1 RIESGO DE FUGA

Este peligro, comenzó siendo valorado como un elemento directamente relacionado al monto de la pena a aplicar para el delito investigado, así al interpretarse desde el prisma sustancialista, el criterio tuvo fuerza de iuris et de iure; pero fue la evolución jurisprudencial la que modificó esta perspectiva.

La Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario Díaz Bessone , estableció que los criterios utilizados en materia de riesgo procesal no debían ser valorados como iure et de iure, para pasar a ser iuris tantum, invirtiendo la carga de la prueba y desvirtuando la naturaleza cautelar del encierro preventivo.

En este fallo es atrayente el voto de la Dra. Ledesma quien visionariamente ya señalaba el camino, al expresar que no debe preguntarse si se debe o no excarcelar a una persona, sino que, anteriormente, debemos

partir de la libertad para, en los casos en que supuestos objetivos indiquen con un alto grado de probabilidad que éste podría entorpecer el desarrollo del proceso (ya sea por fuga o entorpecimiento de la investigación) privarlo de la libertad. La ausencia de arraigo –determinado por la falta domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo-, la facilidad para abandonar el país o mantenerse oculto, su comportamiento en el proceso, entre otros, son pautas que pueden ser tenidas en cuenta para acreditar el peligro de fuga.

La magistrada razonó 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.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa Wemhoff , consideró que la gravedad de la sentencia que puede recibir el acusado en el caso de ser condenado, puede ser un factor que legitime la presunción de fuga, aunque este peligro disminuye en tanto la detención continúa... sin embargo la posibilidad de una sentencia severa no es suficiente en este aspecto. Añadió que la justicia alemana ha sido moderada al justificar el peligro de fuga, en tanto se evaluó que en el principio de la investigación, y dadas ciertas circunstancias relacionadas con la posición y conducta del acusado, se presentaba este peligro.

Así el peligro de fuga, no puede ser evaluado sólo con sustento en la pena anticipada del delito que se le imputa al acusado, pero puede ser ponderado para considerar junto con otros factores, como el carácter del imputado, su moral, si tiene domicilio, ocupación, bienes, lazos familiares y con la comunidad donde está siendo acusado, como el tiempo que lleva en detención sin juicio. También advirtió que no era compatible con el artículo 5(3) la detención de la persona si se sustenta sólo en relación al monto de los daños que se le imputan, en tanto se utiliza no para reparar el daño, sino para asegurar la presencia del acusado en el debate.

Con criterios análogos se expidió el Tribunal Europeo en el caso "Stogmuller" originado por denuncia de un ciudadano austriaco contra la República de Austria y en el caso "Ringeisen" .

El Art. 306 de la ley procesal 8345/85, al regular la excarcelación directamente hacía hincapié en la duración del tiempo de prisión ya cumplido, dando por hecho que es imposible desde la normativa procesal, acceder a instituto alguno que abra la puerta para salir del encierro. Añade que debe concederse, cuando se cumplió en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista para el delito atribuido y, si el Tribunal estimare que al imputado no se le privará de su libertad en caso de condena por un tiempo no mayor al de la prisión sufrida, luego se refiere a supuestos de condenas que no estén firmes.

El Art. 388 de la ley 7690/11 dice que para entender que existe peligro

de fuga debe tenerse en cuenta la pena que se espera como resultado del procedimiento; el arraigo en la residencia habitual, asiento de la familia, de negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto y el comportamiento evasivo del imputado en el procedimiento de que se trate o en otras causa, especialmente las conductas que derivasen en la declaración de rebeldía o el haber ocultado o falseado sus datos personales.

De esta forma esta norma consagra la necesidad de tener en cuenta diversas circunstancias que conforman la vida cotidiana del imputado, entre ellas sus posibilidades de salir del país; el arraigo, el lugar en el que la persona convive con su familia o en el que trabaja, son verdaderos indicadores de un asiento principal prolongado en el tiempo.

Así lo valoró el Tribunal de Impugnación de Salta, en la causa seguida contra "XXXXX-POR SUPUESTO ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE- INCIDENTE DE APELACIÓN"; cuando sostuvo que no era prudente mantener una medida de coerción tan intensa, sobre una persona de avanzada edad que convive con su familia en un medio rural. Dichas circunstancias permitían presumir que no eludiría la acción de la justicia ni actuaría sobre las personas vinculadas a la causa y, sobre las evidencias del delito y que su sujeción a la jurisdicción podía garantizarse con otras medidas menos intensas, como las cauciones bajo cualquiera de sus formas.

En otro orden en la causa N° 91871/13, caratulada "XXXX- ROBO CALIFICADO A XXX" un Juzgado de Instrucción, procesó al imputado por el delito de robo calificado y le impuso prisión preventiva. Los argumentos consistieron en que la probable aplicación en firme de una pena privativa de la libertad al imputado, hacen presumir que el mismo intentará la fuga poniendo con ello en riesgo la actuación de la ley penal sustantiva.

En igual sentido, se desprendió de los antecedentes obrantes a fs. 34 que el inculpado registraba pedido de captura, con lo que demuestra su conducta evasiva al accionar de la justicia, por lo que corresponde disponer su prisión preventiva, a fines de asegurar su comparencia en juicio. Esto último, sin exponer en la resolución si la captura valorada fue dictada en el mismo proceso penal o en otro y, si es que fue en ese que causales argumentó el procesado.

Así entendió que la prisión preventiva como medida de naturaleza procesal, tiende a asegurar los fines del proceso penal y que los presupuestos para su procedencia estaban verificados, con lo cual la restricción de la libertad provisoria de los imputados dispuesta en ese sentido, se imponía de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 19 de la Constitución Provincial, que expresamente establece que "Toda restricción de la libertad física se dispone dentro de los límites absolutamente indispensables para la investigación del ilícito o para evitar que el imputado pueda eludir la acción de la justicia o en relación con la gravedad de los hechos".

En relación al falseamiento de datos de la identidad, esta norma, al permitir valorar negativamente los cambios de nombre que la persona imputada

aporte en diversos procesos abiertos en su contra, colisiona abiertamente con el contenido de la presunción de inocencia consagrada en el Art. 18 de las Constituciones Nacional y de Salta, porque al imputado cuando se le intima originariamente el hecho investigado, lo que puede suceder al momento de prestar declaración indagatoria en la instrucción o en el juicio, no se le exige juramento ni promesa de decir verdad, puede abstenerse de declarar sin que ello signifique presunción en su contra y, también puede mentir al declarar. En todo caso el Estado, deberá arbitrar los medios para conocer fehacientemente la identidad de la persona imputada.

Entonces, hay que admitir que es incongruente admitir que una ley procesal realice presunciones en contra de personas indicadas y, por otro lado, exista el reconocimiento a prestar declaración indagatoria con las características innegociables arriba señaladas, que por otra parte, son una consecuencia necesaria de la presunción de inocencia; ya que lo contrario importaría volver al sistema inquisitivo. Sostener la posibilidad de aplicar aquella presunción en contra de la persona imputada, es pretender dejar de lado los contenidos de los Tratados internacionales suscriptos por Argentina y, ello genera incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Nación. En todo caso el Estado debe en su función de administrar justicia, extremar las medidas para identificar correctamente a la persona encausada.

Finalmente puede afirmarse que para poder acreditar los extremos que demuestran el riesgo procesal de elusión de la justicia, resulta indispensable la información que se recolecta en los legajos de personalidad, como así también las pruebas que puedan aportar las partes. Su ausencia deja sin fundamento la medida cautelar más gravosa, por lo tanto, la torna injustificada .

#### 4.1.2.1 OBSTRUCCION A LA JUSTICIA O DESTRUCCION DE PRUEBAS

Fue la Cámara de Casación Penal de la Nación la que en los fallos Barbera y Machieraldo la que marcó jurisprudencialmente el antes y el después, con la forma en que se debía considerar este peligro procesal, al sostener que solo la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificara, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o que pueda influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o que, por estar en libertad, pueda inducir a otros a realizar esas conductas pueden ser parámetros para restringir la libertad.

En el curso de la investigación o cuando está cerca de concluirse, estos motivos se van relajando, entonces no puede sostenerse una medida que no sea justificable y, el hecho de que esté incompleta no es motivo suficiente para denegarla. También dijo que en ese caso el peligro de fuga se neutralizó con una alta caución real, además la existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera esa presunción, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordeñaría la detención aun cuando no hubiera motivos.

Ya se advirtió en apartados anteriores que la ley 6845/85 regula las posibilidades del riesgo procesal, al regular la excarcelación y no se menciona la obstrucción de la investigación como una cuestión a tener en cuenta. Sin embargo, al referirse a la instrucción en el Art 189 dice que la misma tendrá por objeto comprobar la existencia de un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad; en consecuencia este impedimento fue incluido en las valoraciones desde el contenido de este último artículo.

Esta circunstancia en la práctica implicó la principal razón para denegar pedidos de eximición de detención o excarcelaciones, en el caso de estas últimas porque el plexo legal no la admitía como causal habilitante, en definitiva lo que se buscaba era tener al imputado a disposición del sumario para poder practicar diversas medidas probatorias, por ejemplo la realización de careos, declaraciones testimoniales, sin siquiera indicar de que forma con su soltura aquél podría entorpecer el normal curso investigativo. De esa forma se consagró el principio inquisitivo, sostenido en la Edad Media, que implica que el imputado con su cuerpo está al servicio de la investigación sumarial.

El Art. 389 de la ley 7690/11 al referirse al entorpecimiento dice que para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; intimidar o influir por cualquier medio para que los testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente e inducir o determinar a otros a realizar tales comportamientos aunque no los realicen.

En esta línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina confirmó en la investigación de delitos de lesa humanidad, la prisión preventiva de ex funcionarios colaboradores del Gobierno Militar, Martínez de Hoz, al confirmar un fallo de la Cámara Federal porteña.

En igual expresión la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal Sala II, con criterio precursor homologó la resolución que prorrogó la prisión preventiva del ex presidente de facto en durante la última dictadura militar, en la causa Videla Jorge R. s/ prórroga de Prisión Preventiva y, sostuvo con el voto fundamental del Dr. Jorge Ballestero, que la apreciación de los riesgos procesales todavía evidentes, conducen a rechazar la petición introducida por la defensa de Jorge Rafael Videla ya que el tenor de los eventos cuya comisión le ha sido atribuida, las perspectivas punitivas que ellos revelan y, principalmente las singulares aristas que definieron la mecánica utilizada para dar nacimiento a aquellos episodios, persuaden de la existencia de esos peligros que conducen a la necesidad de mantener la restricción ambulatoria cuestionada.

En la causa L.M., Incidente de Excarcelación entendió que la existencia de condenas anteriores, aunadas a las circunstancias apuntadas en torno a la identidad del recurrente (el imputado al inicio de la causa se había identificado con diversos nombres y apellidos, al igual que en otras ocasiones) y de su domicilio (el parador que dijo frecuentar no fue

constatado), las particularidades del hecho imputado y el mes que llevaba detenido, constituían elementos para impedir la concesión de la excarcelación ya que en caso de recuperar la libertad intentaría eludir la acción de la justicia

Recientemente la Fiscalía General de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en la causa 7089 caratulada “INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS

421” adhirió parcialmente al recurso planteado por la defensa, en relación a la prisión preventiva de sus asistidos. Esta parte sostiene que no existe riesgo procesal, traducido en un entorpecimiento de la investigación, o la posibilidad de eludir el accionar de la justicia. El Fiscal General, sostiene que si bien podría suceder un cambio de calificación en la causa, el hecho investigado no aparece como sumamente grave, en razón de que se trata del cultivo de siete plantas de marihuana en el ámbito del hogar, lo que no significa una gran plantación y tampoco se secuestraron elementos típicos del procesamiento de estupefacientes, tales como balanzas, prensas, lámparas para secado, etc..

Entonces no parece razonable que la misma calificación legal y la consecuente escala penal se utilice para encuadrar el caso, ya que no se advierte que los imputados puedan obstaculizar el avance de la investigación, ni que vayan a eludir el accionar de la justicia, sumado a la ausencia de antecedentes penales. Añade que el a quo, no brinda argumentos suficientes para sostener lo contrario, que la pena en expectativa no aparece como un parámetro que en forma aislada pueda hacer presumir el riesgo procesal (CNCP in re “Díaz Bessone”).

Tampoco aparece razonable el hecho de que se encuentren pendientes las declaraciones de los testigos de actuación, desde el momento en que no se menciona de qué modo, en este caso que no es justamente de criminalidad organizada, los encartados podrían influir sobre los mismos. Finalmente enumera los parámetros relativos a la peligrosidad procesal que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal en numerosos precedentes donde se afirma que “...las dos pautas determinantes del otorgamiento de la libertad provisional del imputado, consisten en dilucidar si el mismo intentará soslayar el sometimiento a la jurisdicción u obstaculizar la pesquisa. Parece razonable a tal fin atender a las circunstancias objetivas que se deducen de la lectura del presente incidente tales como que el imputado no registra antecedentes penales anteriores declaraciones de rebeldía. Debe ponderarse también las circunstancias personales ligadas a su situación social, domicilio, trabajo, edad y existencia de vínculos familiares... (CFAMdP Sánchez Sergio s/ Excarcelación)” “...dado que la prisión preventiva tiene como fundamento básico evitar que fracase la acción de la justicia...”

En Salta en el expediente N° 91869/13 caratulado “XXXX POR EL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN AGRAVADO POR LA GUARDA Y LA CONVIVENCIA, EN PERJUICIO DE XXXX, un Juez instructor procesó al imputado y entendió que teniendo en cuenta que la escala penal conminada para el delito

provisoriamente descrito, en virtud de la estimación provisoria y anticipada que corresponde efectuar por imperio de los Arts. 300 del código ritual y 26 del Código Penal, en el hipotético supuesto de recaer sentencia condenatoria en la futura etapa del plenario, ésta resultaría superior a los tres años de prisión, y de cumplimiento efectivo.

Sin perjuicio de ello, entendió que en la instrucción estaba agotada la actividad probatoria pertinente y útil, con lo cual no se avizora un riesgo de entorpecimiento del proceso, ante la eventual soltura del imputado, toda vez que la libertad durante el desarrollo del proceso constituye la regla establecida en el art. 19 de la Constitución Provincial, en congruencia con el Art. 300 del código ritual, y de acuerdo a todos los tratados de orden internacional que conforman el bloque de constitucionalidad de derechos humanos, que consagran la presunción de inocencia del imputado, hasta tanto una sentencia firme declare su culpabilidad.

No obstante, utilizó las facultades previstas por el Art. 301 del código ritual e impuso la obligación del imputado de concurrir por ante esa sede penal los primeros y terceros días lunes de cada mes, para actualizar su domicilio y dar cuenta de su comparecencia a estar a derecho. También lo excluyó del hogar, ya que el hecho investigado configuró un supuesto de violencia familiar; le prohibió el acercamiento al inmueble familiar donde reside el grupo familiar conformado por la denunciante y sus hijos y a los lugares donde frecuenta la menor víctima.

En esta resolución el Juzgado muestra una apreciación concienzuda de los lineamientos que se deben observar para imponer la medida estudiada.

#### 4.1.2.3 REINCIDENCIA Y/O CAUSAS PENALES EN TRAMITE

En este apartado se tienen en cuenta las condenas dictadas y las causas penales abiertas. En ambos casos es interesante tener en cuenta que cualquier persona está amparada por el principio constitucional non bis in idem, que prohíbe la doble persecución penal por un mismo hecho, además no queda muy claro como es que se traen efectos de otras causas penales hacia alguna que esté en trámite, quizás el legislador podría haber sido mas preciso y exponer desde que instituto sería posible justipreciar la incidencia de aquellas; o en todo caso dar alguna directriz para entender las rebeldías dictadas en el mismo proceso.

Mostrando una forma posible de concebir esta particularidad procesal, un Juzgado Correccional y de Garantías en la causa GAR 102933/12 “XXXX y XXXX por hurto calificado en perjuicio de XXX”, revoca la detención y concede la recuperación de la libertad, argumentando que en nuestro sistema constitucional el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso y, la privación de la libertad, solo puede darse cuando existan razones debidamente justificadas. En tal sentido entiende que el primer imputado, si bien tiene varias causas en trámite, las mismas están sin resolución definitiva y por ello infiere que una eventual condena sería de ejecución en suspenso. Agrega a su razonamiento que valorando el peligro de fuga desde las pautas dadas por el Art. 388 del CPP, el domicilio del

encausado fue constatado y se acreditó que vive con su madre, quien tiene inconvenientes para desplazarse afuera de la casa.

También dice que de la planilla prontuaria surge que no hay comparendos y capturas dictadas en su contra. Finalmente se impusieron medidas sustitutivas tales como, la presentación los días lunes en la Comisaría, prohibición de concurrir a lugares de venta de bebidas alcohólicas y prohibición de consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes

Sin embargo, sobre el coimputado, decidió imponer prisión preventiva, al valorar que en su planilla prontuaria tenía antecedentes por delitos contra la propiedad y dos pedidos de comparendo por tentativa de hurto y por robo y, pedido de captura por tentativa de robo.

Se observa en esta resolución, que valora diferentemente las situaciones de los coimputados, al primero se le concede la libertad y al segundo no. Para resolver la negativa se hace una lectura de su planilla prontuaria de la que surgen causas por delitos contra la propiedad, al respecto, ya se adelantó, que por lo menos es incoherente traer información de otras causas y aplicarla a procesos en curso, después de todo la persona imputada o condenada, goza de dos garantías que tienen jerarquía constitucional que son: el estado de inocencia y la prohibición de doble enjuiciamiento.

Podría haberse resuelto de otra manera, quizás utilizando con razonabilidad alguna medida sustitutiva de las hoy habilitadas por la reforma procesal, que informadas por el principio de proporcionalidad al decir de González –Cuellar Serrano , permiten tener en cuenta que si el sacrificio es excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de los presupuestos y principios derivados del principio de proporcionalidad.

En otro sentido en el Expediente N° 28.034/10 la Cámara de Acusación dijo que debe recordarse que la privación de la libertad solo encuentra justificación en lo que la doctrina llama doctrina procesal.

Agregó que La permanencia en libertad durante el proceso está consagrada por los Arts. 14, 18 y 75 Inc. 2 de la Constitución Nacional y que tiene su vinculación con el Art 270 del C.P.P.S. Las previsiones de los arts. 300 y 26 del C.P. y la ausencia de sentencia condenatoria en el caso concreto, son suficientes razones que permiten la libertad del imputado durante la sustanciación del proceso. El artículo 270 dice que a los efectos de considerar el beneficio, debe decirse que esta norma establece que la libertad personal podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva, en forma coincidente con la prescripción constitucional del Art.19, adoptando nuestro sistema el criterio procesalista en contraposición a la corriente sustantivista del encarcelamiento preventivo.

Los repetidos pedidos de captura de un sujeto sometido a proceso han sido circunstancias consideradas impeditivas de la libertad, pues reflejan cierta reluctancia al cumplimiento de obligaciones procesales, aunque no es menos cierto que la mora de los poderes públicos y particularmente la inacción del actor penal para obtener una sentencia en aquellos antecedentes, no puede

trasladarse al imputado y sacrificarse su libertad personal preventivamente por riesgo procesal. Así la detención resulta desmesurada y fundamentada en un dogmatismo puro ajeno a las constancias de la causa.

De lo hasta aquí trabajado, en el nuevo régimen procesal no parece prudente incorporar la valoración de causas en trámite referidas al mismo bien jurídico protegido, las reincidencias y las rebeldías, ya que son cuestiones que exceden las condiciones personales del imputado en relación al caso a analizar. Tal es el caso del nuevo Código Procesal de Salta en su Art. 388, cuando para conocer si existe peligro de fuga, establece que se debe valorar el comportamiento evasivo del imputado en el procedimiento de que se trate o en otras causas, especialmente las conductas que derivasen en declaración de rebeldía, o el haber ocultado o falseado sus datos personales.

Es que el estado no debiera traer los efectos derivados de una causa penal en trámite, ya que por un lado mantiene abierto un proceso penal, o lo concluye y luego, saca de ese proceso elementos que se usan para limitar derechos en otro. Esta idea por lo menos, resulta extraña al principio de inocencia, ya que para que este principio pueda ser desvirtuado hace falta una sentencia firme.

#### 4.1.2.4. PROTECCION DE LA VICTIMA

En Argentina nuestro ordenamiento procesal Federal y provincial, al referirse a los derechos de la víctima establecen en sus Arts. 79, 76 bis y ter y 99, respectivamente, que desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado garantizara a las víctimas del delito el pleno respeto de los siguientes derechos: a recibir un trato digno y respetuoso; la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia; a ser informada del estado del proceso y sus resultados aunque no hubiese participado en él; a intervenir en el proceso constituyéndose en actor civil y/o querellante; ser informada sobre la situación del imputado; a la intervención de una persona de confianza cuando sea menor siempre que esto no ponga en peligro la verdad de lo ocurrido y a solicitar la revisión de las decisiones de archivo y desestimación adoptadas por los Fiscales Penales.

Los Arts. 100, 102 y 103 de la nueva ley procesal, mencionan que cuando la convivencia entre víctima y victimario hagan presumir consecuencias ulteriores relacionadas con el hecho investigado el Juez de Garantías podrá disponer la exclusión o la prohibición del ingreso al hogar al imputado; también que el Fiscal Penal podrá solicitar una medida inhibitoria u ordenatoria cuando sea necesario proteger a la víctima.

Es trascendental y habilitante para la toma de medidas de protección a la víctima, el reconocimiento de la protección de su integridad y la de su familia. En la práctica la exclusión y la prohibición de acercamiento ya se disponían por los Jueces, por lo que puede decirse que la ley consagró lo que en la practica judicial se hace a diario.

En el expediente sustanciado en un Juzgado Correccional y de Garantías “XXX POR AMENAZAS CON ARMAS, DESOBEDIENCIA JUDICIAL EN PERJUICIO DE NN”

se advierte que el imputado, adicto a sustancias varias, fue acusado de amenazar con armas a su madre y al grupo familiar y de ingresar a su casa; el mismo ya tenía otros antecedentes por los mismos hechos contra las mismas personas y ello le generó una orden de exclusión y de prohibición de acercamiento, que fuera dictada por un Juzgado de Familia.

Ese Juzgado entendió que el imputado era propenso a atacar la voluntad de su grupo familiar y, de ser dejado en libertad, podría persistir en hechos de violencia familiar que podrían influir en el ánimo de los testigos de la causa. Esa sería la única vía para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.

En relación a esto, es sabido el efecto mortal del consumo de drogas y sus implicancias para quien es adicto y para su familia. Si bien este supuesto, no está contemplado en nuestra ley procesal, sería un aporte a tener en cuenta a futuro lo dicho por Teresa Armenta Deu, cuando refiere que como alternativa a la prisión provisional y por ausencia de una previsión general de esta medida, el Art. 508.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, prevé específicamente el ingreso del imputado sometido a desintoxicación o deshabitación, cuando el ingreso en prisión provisional pudiera frustra el resultado de dicho tratamiento.

El tratamiento debe haberse iniciado con posterioridad a la comisión de los hechos que originan el procedimiento. El imputado internado, en organismos oficiales o reconocidos legalmente, no podría salir del centro sin autorización del órgano judicial que adoptara la medida.

#### 4.1.2.5. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MUJERES COMO VICTIMAS DE VIOLENCIA DE GENERO

El género es una representación que tiene implicancias sociales y subjetivas concretas para la vida material de las personas. La relación intergenérica debe verse como un sistema social y jerárquico de un sistema de poder; de hecho, una perspectiva de género visibiliza las desigualdades por razón del sexo y reconoce que esa desigualdad no es un producto de la naturaleza sino una construcción social.

La violencia de género descansa en esa desigualdad y en la consecuente consideración disvaliosa de las mujeres y, hoy se entiende que también de las identidades femeninas. Tiene su fundamento en la concepción que la cultura patriarcal realiza, al subordinar lo femenino y exaltar lo masculino.

Asimismo la idea de la mujer como objeto susceptible de apropiación por el colectivo de los varones consagra la violencia que sobre ellas se ejerce desde distintos ámbitos tales como el familiar, laboral y social en su

conjunto. A lo que se acompaña la idea de las mujeres, del deber de soportar dicha carga de violencia institucionalizada que refuerza el esquema patriarcal de dominación .

El tratamiento judicial de los casos de violencia doméstica también llamada familiar, cuando sus víctimas son mujeres, se enmarca en los lineamientos de las Leyes 26.485/09 titulada “Ley de protección para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, que es una consecuencia directa de la adhesión Argentina a la Convención de Belem de Pará y, en la de Violencia Familiar de Salta Nº 17.403/08.

Esta compleja realidad ha mostrado que en sus orígenes se circunscribió a la violencia desplegada por un miembro de una pareja al otro; sin embargo, la tendencia legal actual, es hablar de violencia familiar y, colocar en esa categoría todos los casos de violencia desplegada entre parejas -unidas en matrimonio o convivientes-, familiares consanguíneos y convivientes; en esta última categoría se agregan las partes a las que se les dispensa ostensible trato familiar.

Es que desde siempre la ley, que es sólo un aspecto del derecho, ha captado la diferencia binaria de mujeres y varones y el modelo hegemónico de vivir las diferencias de género. Así las características positivas y valorizadas socialmente de fuerza, destreza, objetividad, concreitud siempre fueron asignadas a los varones como colectivo y la pasividad, subjetividad, afectividad y dispersión a las mujeres. A lo que debe agregarse que desde siempre tuvieron el rol de transmisoras y reproductoras de la cultura, porque el cuidado de la prole fue intensamente adjudicado a ellas y la necesaria consecuencia fue la adjudicación del espacio privado para ellas y el público para ellos .

La jurisprudencia local da cuenta de la imposición de fuertes medidas de coerción directa, así en una causa tramitada en la competencia Correccional y de Garantías, seguida contra “XXXX POR AMENAZAS, LESIONES GRAVES, DESOBEDIENCIA JUDICIAL Y COACCIÓN EN PERJUICIO DE XXXX”, el

Tribunal resuelve no hacer lugar al pedido de revisión de prisión preventiva, por entender que no han variado las circunstancias fácticas y jurídicas primitivas que originaron su imposición. Estos indicadores habían consistido en que al tratarse de un caso de violencia doméstica y familiar el imputado con su libertad buscaría amedrentar a la víctima

Se advierte que cuando el hecho investigado es un caso de violencia familiar, cuando se aplica el nuevo régimen procesal, siempre hay aplicación de prisión preventiva. Quizás esto tiene que ver entre otras cosas, con la falta de aplicación del paradigma de los derechos humanos y, con la confusión que lleva a la equiparación absoluta de colocar a la violencia familiar, como la única forma de violencia de genero, o la única forma de violencia contra las mujeres; cuando en realidad es una de sus variantes y, lo que es peor lleva en la practica cotidiana a invisibilizar otras realidades y, nuevas formas de violencia hacia las mujeres y las identidades femeninas.

En la aplicación de medidas jurisdiccionales se advierte que siempre son gravosas y de coerción directa, sea cual sea la falta, es que en la materia no es sencillo vislumbrar cuando puede acaecer un delito mayor, porque en la violencia de género hay una escalada de intimidaciones en la que la persona agresora siempre va por más, porque está convencida de la subordinación de la que es agredida. El indicativo para tomar medidas en esta clase de delitos es el dado en forma general para cualquier valoración que se deba hacer en lo referente a medidas cautelares o de coerción y, no hay una línea específica, para ir moderando la aplicación de la prisión preventiva.

Esto es un verdadero problema para la judicatura y, hay que reconocerlo, porque este tipo de violencia coloca a los jueces en encrucijadas de las que no es fácil salir y reaccionan aplicando prisión preventiva en la mayoría, o en la totalidad de los casos y, una vez más el estado, en este caso a través del aparato judicial, no trabaja en una política reformuladora de las concepciones de género.

La contrapartida de esta complicación, es que al aseverar que el/la agresor/a con su libertad intentará agredir a la víctima, muchas veces se ayuda más a magistrados y funcionarios a protegerse de la criminología mediática, de los políticos y de sus cúpulas, porque se decide conforme el grado de peligrosidad judicial, entendida como el grado de peligro que una liberación, absolución o excarcelación puede depararle al juez.

Si la diferencia sexista es una construcción cultural debe decirse que trabajar desde el estado solo con la violencia doméstica, es invisibilizar y negar otras formas de violencia, que están presentes en todo el tejido social, a saber: la explotación y tráfico de niñas –también ejercidos sobre niños- y mujeres, la violencia simbólica presente en todo el tejido social, el acceso inequitativo a espacios de trabajo, la violencia verbal, las violaciones en masa y la venta de mujeres para el casamiento, entre otras. En este sentido, bien vale traer aquello que afirma, que el mismo movimiento que configura lo visible organiza aquello que quedará invisibilizado, denegado, interdicto de ser visto.

Hasta tanto el estado aborde la política de género como una política pública, en el ámbito judicial hay una experiencia para recoger y, por el momento debe afirmarse que alojar el cuerpo del agresor en las instituciones totales, contribuye a reforzar la dosis de violencia que ya existe y, que lo/la convirtió en agresor/a, porque allí no se reformula en términos políticos la desigualdad sexista propia del patriarcado, que permitió la subordinación y la jerarquización denunciada y condenada a priori, con la imposición de una prisión preventiva.

## 5. SUSTITUCION DE LA PRISION PREVENTIVA CON OTRAS MEDIDAS

Los Códigos Procesales de Chile y Costa Rica admiten la prisión preventiva y su sustitución, aunque el primero contiene disposiciones que fueron tenidas en cuenta por el legislador salteño para la redacción de la ley 7690/11.

Las sustituciones admitidas son arresto domiciliario, presentación periódica ante la autoridad, arraigo nacional o local, prohibición de concurrir a algunos lugares, fianza, vigilancia por autoridad, prohibición de comunicación, prohibición de acercarse al ofendido.

También se admite el reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará el juez. Esta caución podrá consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal.

Una nota muy interesante la da el Código de Costa Rica que prevé abandono de domicilio por violencia intrafamiliar, suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario, vigilancia por autoridad, prohibición de comunicación y la prohibición de acercarse al ofendido. Si bien son menores en cantidad estas disposiciones, son muy pertinentes para el plexo de bienes jurídicos protegidos.

En Salta el Art. 382 de la ley 7690/11 al referirse a la sustitución de la prisión preventiva, dice que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el Juez o Tribunal competente, aún de oficio, podrá imponerle alguna o varias medidas de coerción en sustitución de aquella.

Estas restricciones son:

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el órgano judicial que la dicta disponga;
- b) La obligación de someterse a cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al órgano que la disponga;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez que dicta la sustitución o la autoridad que él designe;
- d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial o en los horarios que fije el Juez de Garantías o Tribunal;
- e) La retención de documentos de viaje;
- f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- g) El abandono inmediato del domicilio cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; h) La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas;
- h) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

- i) La prestación de una caución adecuada, propia o por otra persona, mediante Depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes o la fianza de una o más personas suficientemente solventes;
- j) La aplicación de medios técnicos que permitan someter al imputado en libertad ambulatoria al efectivo control del Juez de Garantías o Tribunal;
- k) La prohibición de una actividad determinada. El órgano judicial ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

Este abanico de medidas brindado por la nueva ley procesal, permite morigerar la imposición de la prisión preventiva, pero la norma deja en manos del arbitrio judicial y prudente su progresiva y gradual aplicación. Lo que se busca es que el Juez y el Fiscal Penal creen un marco de restricciones que puedan cautelar el proceso, cuando son dictadas y cuando concluyen. Todas las medidas cautelares suponen afectaciones a la presunción de inocencia y, por lo tanto, requieren un fundamento fuerte, no obstante la intensidad de la afectación evidentemente condiciona su propio fundamento. Por lo tanto es probable que en el caso de medidas de muy baja intensidad, el juez se conforme con un caso menos fuerte y eso es razonable .

Tampoco existe en Salta una autoridad encargada de controlar el cumplimiento de estas medidas y, esto es algo a resolver en un futuro no muy lejano, ya que si se habla de aplicar la prisión preventiva con criterios procesalistas y en los casos de máxima gravedad procesal; es muy importante tener en cuenta, que el no cumplimiento de estas sustituciones llevará al grupo social a juzgar la validez y legitimación de su incorporación y, además siempre pueden derivar en el uso de la prisión preventiva, cuya aplicación debe ser excepcional. Si esto no se advierte, se corre el grave peligro de generar importantes involuciones sociales y legales.

PONER JURISPRUDENCIA LOCAL

## 6. PRISION PREVENTIVA Y EL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

### 6.1 LIMITES TEMPORALES DE LA PRISION PREVENTIVA

En la Provincia de Salta no existe máximo legal previsto para la duración de la prisión preventiva, algunos Códigos Procesales como el la Provincia de Entre Ríos, contienen lapsos máximos e instrumentos que las partes pueden utilizar cuando el imputado ha transcurrido cierto tiempo en ese estado.

De esta forma se dejan sin aplicación los criterios procesalistas que debieran tenerse en cuenta para su dictado, remitiéndose al mero paso del tiempo ya que se entiende que el Estado debe arbitrar todos los medios necesarios para administrar justicia. Así habilita la excarcelación cuando la prisión preventiva exceda los dieciocho meses, o seis meses si tuviera sentencia condenatoria pendiente de recurso.

Esta disposición tiene directa relación con el plazo razonable para ser juzgado, pero la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art.7.5 se refiere directamente al plazo razonable de duración de la prisión preventiva, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos comienza en la fecha de la aprehensión del individuo y, cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse .

Al respecto, es importante tener en cuenta la relación entre prisión preventiva y plazo razonable ; en este sentido, en Argentina, se dictó la ley 24.390/94 que establece el plazo máximo de dos años para la duración de prisión preventiva y la prórroga por un año en caso de ser necesario, con la obligación del Tribunal que la dicte de comunicar al Superior para su contralor; esta regla se dictó atendiendo que gran cantidad de la población penal Argentina permanecía en ese estado y, también significó la acogida de la directiva del art. 7º inc. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y al Art. 9º párrafo 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta norma en su redacción originaria permitía el cómputo de dos días de prisión preventiva como equivalentes a uno de prisión efectiva y modificaba el Art.24 del Código Penal, pero estas previsiones fueron derogadas en 2.001, como consecuencia de los avances del populismo punitivista, que permanentemente reclama penas más duras y extinción de “beneficios” para los detenidos.

Asimismo es importante destacar que Salta, jamás adhirió a esta ley. ya que la Corte Provincial expresamente declaró inaplicable la ley de dos por uno a los penados por causa provinciales, en el precedente C/C HERRERA, CRISTIAN RUBEN – RECURSO DE CASACION” -Expte. N° CJS 29.008/06, dijo que

del texto y del espíritu de la ley surge que la pretensión de introducir en el articulado una disposición concerniente a su aplicación a todo el territorio de la Nación, implica un avance sobre las autonomías provinciales, ya que las mismas se reservaron la facultad de dictar sus códigos procesales y, toda la ley 24.390 tiene un contenido procesal; por lo tanto solo puede tener aplicación en el ámbito federal; sin perjuicio de entender que el Estado Argentino había adherido al Pacto de San José de Costa Rica .

Agregó que cabe concluir que el tiempo de encarcelamiento de los recurrentes a raíz del trámite de la causa, no ha vulnerado la exigencia de razonabilidad establecida por los tratados internacionales mencionados precedentemente, teniendo en cuenta especialmente la gravedad del delito, la complejidad de la prueba producida y los propios actos defensivos de los encartados, que marcaron los términos de la tramitación de la causa. De esa forma, desde la perspectiva del Derecho Público Provincial, que hunde sus raíces en la hermenéutica sistemática y concordante de las Constituciones Nacional y Provincial, se zanjó la discusión sobre el tema.

Este tema abre una discusión en Argentina, como en tantos otros lugares del mundo, ya que pareciera que en tiempos postmodernos, mientras mayor avance punitivista hay, la conciencia media de la ciudadanía siente seguridad y tranquilidad. Žižek expresa que esto lleva de vuelta a los rumores y a las noticias acerca de “sujetos que se suponen saquean y violan”. En Estados Unidos, Nueva Orleans se cuenta entre las ciudades más marcadas por el muro interno que separa a los ricos de los negros recluidos en guetos. Y es sobre quienes están al otro lado del muro sobre quienes se fantasea: viven cada vez más en otro mundo, en una tierra de nadie que se ofrece como pantalla para la proyección de los miedos, ansiedades y deseos secretos del colectivo social.

Lamentablemente el clamor social asocia libertad con impunidad y esto es muy peligroso para la subsistencia de la humanidad, porque este ideario fue el que respaldó las más grandes atrocidades de las que la historia da cuenta permanentemente y que se cometieron y se cometen, en nombre del bienestar de algunos grupos; quizás debamos aceptar de una vez por todas que vivimos la medievalización de los tiempos postmodernos y que a los/las funcionarios/as de la administración de justicia les corresponde una encomiable tarea: la de mostrar que no hay vida digna posible sin un marco de libertad que la sostenga.

Solo de esta forma puede existir consonancia entre los derechos fundamentales, las garantías reconocidas en las Constituciones y la democracia constitucional, porque como diría Ferrajoli son las garantías de los derechos fundamentales-desde el derecho a la vida a los derechos de libertad y a los derechos sociales-los fines externos o, si se quiere, que los valores y, por así decirlo, la razón social de estos artificios que son el estado y toda otra institución política.

## 6.2. PRISION PREVENTIVA Y DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Entre otras instituciones el nuevo paradigma procesal trajo un axioma que en la práctica, si es bien interpretado por todos/los /las actores del proceso penal, puede traer aires de cambio, en relación al derecho fundamental a un proceso penal sin dilaciones indebidas.

En efecto, la nueva ley procesal receptó el mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su Art. 8.1 se refiere al derecho a ser juzgado en un plazo razonable; existen fallos que indican que el lapso razonable de duración de un proceso penal, se establece cualitativamente y no cuantitativamente y, en cada caso concreto y, así acogen la doctrina de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sostienen que no puede establecerse

la razonabilidad de los plazos en abstracto, la conducta del acusado y el comportamiento de las autoridades estatales.

La garantía del derecho a ser juzgado en un plazo razonable equivale a que el mismo se realice con celeridad, de esto da cuenta el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando también consagra el derecho a peticionar ante las autoridades judiciales, porque se entiende que estas tienen un plazo para expedirse.

Parafraseando a Jauchen se debe reconocer que la garantía constitucional consagra la necesaria racionalidad y proporcionalidad de la privación de la libertad durante el proceso, no ya referida a su necesidad, lo cual es un presupuesto ineludible para su validez, sino al tiempo de duración. La garantía del Estado de inocencia armonizada con el trato humanitario ha conducido a la imperiosa necesidad de establecer en los instrumentos internacionales y en las leyes internas una imposición normativa que fije los límites del encarcelamiento preventivo.

La experiencia Argentina y salteña en la aplicación del sistema mixto, consagró la perspectiva inquisitiva durante la instrucción y, mostró una excesiva duración de esta etapa, ya que entre otros tópicos, considera que el Juez instructor debe reconstruir un hecho histórico y seguir un camino organizado por el legislador en forma estricta, con la premisa de que la presencia personal del imputado es fundamental para la indagación de la realidad y para conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ésta se verificó.

Efectivamente se trata de un largo camino a recorrer por el instructor y para la Fiscalía para poder realizar la requisitoria de juicio. Entonces para poder concretar la llegada a juicio indefectiblemente fue necesario acortar la investigación, poniendo un Juez de Garantías que se ocupe de proteger los derechos fundamentales de la persona indicada y, se deja en manos de la Fiscalía la exclusiva tarea de investigación; de esa forma se separan absolutamente las tareas de juzgar e investigar.

En la figura del Juez de Garantías de Salta, este nuevo modelo impone que el proceso en general y, sobre todo en la investigación penal preparatoria, que no se crucen los límites dados por las garantías constitucionales, entre las que cuenta el derecho a ser juzgado en plazo razonable y, sin dilaciones indebidas.

La excesiva duración del proceso penal, como ya se sabe, siempre trae una mala concepción social de la administración de justicia y, se asocia con impunidad e ineficacia. Por otro lado, quita fuerza a las decisiones judiciales, ya que es conocida y aceptada la idea de que cuando la justicia llega tarde, ya no es justicia y, genera en la situación del imputado, grandes consecuencias negativas y, para el caso en que esté con prisión preventiva la misma corre el real y serio riesgo de convertirse en un pena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el la causa Kipperband s/ falsificación de documentos expuso claramente los lineamientos aplicables a esta garantía, al decir que corresponde a la Corte recomendar a los magistrados que adopten los recaudos necesarios para cumplir la función de administración que les fue encomendada, en un lapso breve, para que no se frustren los derechos consagrados en la Constitución Nacional; que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años y que la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado la

prolongación del juicio, son factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía a obtener un juicio sin dilaciones indebidas.

Lo contrario implicaría la subversión de la concepción de las garantías del imputado, ya que serían puestas en función de la peligrosidad criminal y ésta encarna uno de los problemas medulares de la criminología. Esto involucra un gran esfuerzo para el estado, porque deberá disponer de herramientas para revertir la mora judicial e implementar políticas criminales que realmente pongan al derecho penal como última ratio

## 7. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR IMPOSICION DE PRISION PREVENTIVA

Los criterios aplicados en materia de reparación de errores judiciales y concretamente por imposición equivocada de prisión preventiva, descansan en la idea de que el Estado Nacional o Provincial, actúa mediante los funcionarios que lo representan; en este caso, a través de jueces que limitan derechos de la ciudadanía.

En relación a esto Dromi afirma que la responsabilidad del Estado se encuentra en la Constitución Nacional, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos causa un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra.

Se considera que en materia de actos del Poder Judicial hay responsabilidad estatal, cuando un acto jurisdiccional posterior a otro que restringe derechos, reconoce que el primero fue erróneo; tal es el caso del recurso de revisión, de condenas en primera instancia y de absoluciones en la última, de procesamiento y detención y luego sobreseimiento, por ejemplo.

El principio general es la irresponsabilidad del Estado- Juez, basada en que el acto jurisdiccional tiene fuerza legal de cosa juzgada y, además se trata de un acto legítimo y no culpable, a pesar de la existencia de un daño y de una víctima. Estos fueron argumentos de la doctrina clásica para no aceptar responsabilidad estatal en estos actos, ya se explicitó el conjunto de Tratados y Convenciones Internacionales suscriptos por Argentina, de los que emergen obligaciones y responsabilidades con los ciudadanos, como la aquí referida.

Por su lado Marcelo Finzi cree que la causa más común de los errores de los jueces, no están en lo procedimental, sino en la falta de nociones psicológicas y en general su escaso conocimiento de las disciplinas que se refieren a la criminalidad.

Si bien algunas Constituciones expresamente reconocen el derecho a la indemnización por error judicial, tales como la de Chaco, La Pampa, Formosa, Río Negro, la Nacional y la Provincial local no lo hacen.

Las leyes procesales locales 6845/85 y la 7690/11 en sus Arts. 497 y 559 y concordantes al legislar el recurso de revisión y acción de revisión, respectivamente, expresamente reconocen que la sentencia absolutoria, de la

que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños causados por la condena, o la restitución de la pena pagada en concepto de pena, los que serán reparados por el estado, siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial.

Si bien la tendencia actual es la procedencia del reclamo de daños y perjuicios cuando la detención fue arbitraria y hay error judicial grosero, Mosset Iturraspe dice que la idea de que el Poder Judicial corrige sus propios errores, es una verdad a medias y aparece interpretada absolutamente, como una muestra de infalibilidad del Poder, o algo mágico que posibilita dar siempre, en todas las situaciones, con la verdad. A esto hay que agregarle que la idea de la responsabilidad personal del juez, por sus decisiones jurisdiccionales, aún mantiene dividida a la doctrina.

Otro aspecto que se tiene en cuenta, es la ponderación de la licitud o la ilicitud del proceder estatal y su presunta responsabilidad; para que haya daño esa actuación, debe tener una magnitud que exceda la normal tolerancia de lo que para el ciudadano común impone la vida en sociedad, porque deben conciliarse los derechos particulares, con la obligación estatal de perseguir el delito.

En Salta, el Tribunal Contencioso Administrativo en un reclamo por imposición de una prisión preventiva por parte de un Juez de Instrucción, en una causa que finalizó con el sobreseimiento del imputado; afirmó que sólo puede responsabilizarse al Estado por su falta de servicio, por error judicial, en la medida en que el acto jurisdiccional que eventualmente hubiese ocasionado un daño, hubiese sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto.

Añadió que si no se advierte que el Juez de Instrucción, al tiempo de decretar la prisión preventiva a la que fue sometido el actor, haya incurrido en manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley, no cabe responsabilidad alguna al Estado, sin perjuicio que el procesado fuera finalmente sobreseído y, que las medidas tomadas y el mantenimiento de éstas, dentro y durante los procesos de investigación de hechos delictivos, se justifican en las concretas circunstancias de las causas y las normas procesales vigentes, obrando legítimamente los magistrados investidos de la potestad que éstas normas confieren. En todo caso solo cuando existe dolo o error inexcusable del magistrado, puede hablarse de daños ocasionados por la actividad judicial lícita.

En otro orden el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister enfatizó que para determinar si la detención preventiva del imputado excede un tiempo razonable, los jueces nacionales deben valorar los hechos a favor y en contra de los requisitos que llevaron al dictado de la detención y, considerar si existe un genuino requerimiento que justifica salir de la libertad como principio rector.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina viene sosteniendo que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución, sino únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como

incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento-relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta- de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza hace pocos días condenó a la Provincia a indemnizar al actor, que estuvo detenido con prisión preventiva durante dos años y dos meses por el homicidio de su madre (luego fue absuelto), ya que a partir del vencimiento de los dos años, la detención del mismo se convirtió en ilegítima.

Argumentó que el basamento de la libertad personal, determina que las medidas de coerción que la limitan durante el proceso, sean siempre provisorias y por ende revisables, la prisión preventiva no puede exceder el plazo de dos años, de lo contrario se afecta la garantía de inocencia, además la indemnización se concede cuando el auto de prisión preventiva se revele como algo infundado o arbitrario.

En un sentido similar el Superior Tribunal de San Luis ordenó indemnizar a una enfermera de un hospital público por haber estado detenida y acusada de la muerte de una mujer a la que le había practicado un aborto clandestino, ya que la supuesta víctima fue encontrada con vida, por lo que la prisión preventiva resultó indebida, provocándole a la actora sentimientos de dolor, angustia y vergüenza. Además cuestionó la insuficiente motivación del decreto que ordenó dicha medida de coerción.

En el otro caso se impuso la medida restrictiva en relación a la gravedad del hecho investigado y posteriormente apareció viva la persona, que se suponía fallecida. En esta situación sumó gravitadamente el estado anímico argüido por la demandante, durante el lapso de prisión; así se concluyó que esa medida fue extrema al no haberse agotado las diligencias investigativas, para encontrar a la víctima del aborto.

De estas resoluciones de Superiores Tribunales surge un eje en común: que consiste en la convicción de la responsabilidad estatal por el dictado de medidas restrictivas de la libertad, que carecieron de suficiente apoyo en las constancias y pruebas de la causa.

Puede verse que siguen la línea doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, que considera como error judicial aquello que es irreparable, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar, por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos por los ordenamientos.

En el primer caso existen dos aspectos que son gravitantes para dictar el fallo condenatorio del Estado Mendocino y son: el transcurso de los dos años de prisión preventiva y la absolución, que analizados conjuntamente, implican un daño irreparable para la parte demandante.

## CONCLUSIÓN

La construcción del discurso jurídico, al igual que el discurso en general y su resultado, siempre tienen una finalidad política de la que claramente surge la concepción de la otredad.

Aunque pueda parecer que hay una contradicción entre como el discurso construye el auténtico núcleo de la identidad del sujeto y, la noción de este núcleo, como un abismo insondable más allá del muro del lenguaje, hay una sencilla solución a esta aparente paradoja. El “muro del lenguaje” que me separa eternamente del abismo del otro sujeto, es a la vez lo que abre y sostiene ese abismo; el auténtico obstáculo que me separa del más allá es lo que crea su espejismo

El discurso legal y el de las resoluciones judiciales en la materia tratada, indica que el problema tratado es deontológico, porque encarna la praxis judicial, entonces en esta etapa conclusiva, hay una pregunta que es necesaria:

¿Para que usamos la prisión preventiva?

Una probable respuesta nos muestra que parte del problema es teleológico, ya que del análisis de distintas leyes procesales y de citas jurisprudenciales, surge que la detención provisional se usa con una finalidad distinta a la cautelar, porque se utilizan criterios sustantivistas, si bien no en su forma pura, si puede verse que están disfrazados de procesalistas, porque siempre se habla de remisión al tipo penal aplicable, ya que se toma el quantum de la pena para valorar a futuro desde la aritmética, si puede haber condena de ejecución condicional y, si no la hay imponer la prisión preventiva. Parafraseando a Ricardo M. Pinto puede afirmarse que la alarma social, el orden público, la peligrosidad de un sujeto y la posible comisión de delitos en el futuro, no pueden constituir la finalidad de la prisión preventiva.

Esto pone en evidencia que el temor de rebeldía procesal, se convierte en una paranoia de fuga que es fruto de la fobia a la libertad y, para cumplir con el objetivo cautelar debe haber obstáculos que desalienten su uso fuera de la razonabilidad y la proporcionalidad. Es que las garantías que la agencia judicial debe ofrecer (garantías penales) son los máximos de realización que puede alcanzar con su ejercicio de poder, respecto de esos principios limitadores de irracionalidad y violencia.

En esto es esencial comprender, según la postura seguida en este trabajo, que el Estado no puede prevenir la posible comisión de delitos con el dictado de detenciones preventivas y, utilizarlas luego como política criminal, para amedrentar la comisión de cierto tipo de delitos aumentando sus penas.

Lo contrario se traduce en aceptar resoluciones que tienen fundamentación aparente, por lo tanto son muestra de la discrecionalidad del aparato judicial, ya que no logran superar el test de la igualdad declamada en el Art. 16 de nuestra Carta Magna y de la tutela judicial efectiva. En este sentido Cianciardo y Giardelli (2.009) dicen que la igualdad, tiene íntima relación con la justicia, ya que las distinciones y las semejanzas deben hacerse a la luz de los criterios de la última.

Para superar esta dialéctica es fundamental tener en cuenta que en el

nuevo paradigma, la libertad es un derecho y no un beneficio, si se entiende bien eso, no hará falta detener siempre a un/una ciudadano/a para investigar y, además se podrán usar medidas sustitutivas de la prisión preventiva, antes de imponerla desde un primer momento y, si es que resulta necesaria, acudir a una razonada fundamentación

Otro problema grave incluido en los presupuestos de la pregunta, es la idea de que la violencia y la criminalidad pueden ser referidas en singular, como si hubiese una sola forma, o como si todas las formas pudieran ser sintetizadas en una palabra o un concepto. La suposición es falsa y sirve para la reproducción del sentido común, cuyos pecados son la generalización y el reduccionismo, ambas plataformas convenientes a los prejuicios y a las visiones conservadoras, útiles para la reproducción de las prácticas estatales (en el área de la seguridad y de la política criminal) que se han revelado como opresivas, brutales e inicuas .

Entonces debe decirse que la prisión preventiva siempre debiera ser revisada, aunque los códigos procesales no establezcan sucesivas posibilidades de revisión, porque los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional incluidos en el Art. 75 inc. 22, indican la posibilidad de recurrir el fallo y, el fundamento principal de esta idea está en que para mantener esta medida, deben subsistir los motivos que existieron al momento de imponerla.

De los ordenamientos procesales consultados claramente surge que los legisladores de los Códigos procesales modernos, identificaron gran parte del problema expuesto, ya que de la redacción del articulado procesal, se parte del reconocimiento de la libertad como un derecho de las personas, que debe funcionar como regla general en todo proceso penal.

En consecuencia, colocaron la discusión del encierro cautelar por fuera del delito imputado o la sanción prevista y, emplazaron los razonamientos judiciales dentro de parámetros procesales.

En efecto, el Código Procesal de Salta (ley 6.345/85) en la regulación de la excarcelación aplica premisas sustantivistas, que aún cuando fueron moderadas por la jurisprudencia, siguieron aplicándose pero arropadas de líneas procesalistas; así, la pena posible de aplicar sirvió para tener por acreditado el peligro de fuga y, se usó para argumentar la imposición de esta medida.

Al momento de valorar la imposición de la medida, debiera ser la proporcionalidad, la que direcciona el razonamiento judicial para contar con aplicaciones prudentes. Solo así podría contarse con medidas de coerción directa, que en la práctica respondan a su naturaleza y, no sean más gravosas que las sanciones ya previstas para los hechos delictivos investigados.

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe

seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado. Además en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal.

Quizás uno de los fundamentos más importantes para recurrir a este argumento, reside en la idea de que es sabido por todos que “la pena de prisión preventiva”, que en un punto importante conlleva inevitablemente los mismos efectos que la prisión impuesta por una sentencia firme, es más sencilla de imponer que la “pena” verdadera .

La problemática de la violencia hacia las mujeres en el ámbito doméstico no queda fuera de lo descripto, hunde sus raíces en el antropocentrismo y la ideología patriarcal y, se esparce por todo el tejido social. El aumento de casos de muertes de mujeres en manos de sus parejas, puso a la autoridad judicial en vilo, entonces se utiliza la prisión preventiva con una finalidad de prevención general, es decir que se busca que lo que hoy es una amenaza, o una lesión no devenga en homicidio.

También hay que tener en cuenta que la consecuencia inmediata es la responsabilidad estatal por estos actos, en razón de presupuestos políticos- jurídicos que son innegables, ya que el estado protege derechos y garantías de toda la sociedad y, también ante el error judicial, existe la indemnización moral y económica.

En este camino de reformulación y análisis de los razonamientos judiciales que se utilizan para imponer la medida, se puede ver que la reconstrucción del discurso jurídico-penal, como planificación del ejercicio de poder decisorio de los juristas es, fundamental porque el sistema penal selecciona personas arbitrariamente y los requisitos de tipicidad y antijuridicidad (que se sintetizan en el injusto penal) no son más que los requisitos mínimos que la agencia judicial debe demandar para responder permitiendo que avance el proceso de criminalización en curso sobre la persona arbitrariamente seleccionada

Una propuesta superadora de lo aquí expuesto, puede estar orientada con:

- Fijar un límite a la prisión preventiva, ya que como se dijo en la introducción de este trabajo, es uno de los más grandes problemas del proceso penal y esto contribuiría a generar la idea de su provisoriedad.
- La capacitación permanente a jueces y funcionarios, ya que el paradigma de los derechos humanos, en la mayoría de los casos surgió con posterioridad a la formación académica de grado y, su calidad de integrantes de la agencia judicial los convierte en los limitadores por excelencia de la arbitrariedad selectiva. Entonces, hay que tener en cuenta que una de las formas de generar reflexión, sobre la praxis cotidiana, es la socialización de las experiencias propias y las de otras jurisdicciones. Siguiendo a Zaffaroni puede afirmarse que en cada caso, en que la agencia judicial deba decidir, sin poder impedir la criminalización, necesitará una

pauta que permita colocar un mojón a la cantidad de violencia que la persona habrá de recibir a título de pena.

- Mejorar la calidad de las audiencias de control de detención que suceden con la aplicación de la ley 7690/11, ya que de esa forma la jurisdicción puede conocer detalles del caso investigado y, de las condiciones personales de la persona imputada. Esto contribuye a reducir la violencia de la agencia judicial, para ello debe tenerse claramente en cuenta que ésta dispone de un poder de decisión selectiva meramente secundario y que interviene cuando la selección primaria ya ha tenido lugar. .

- La creación de una oficina de medios alternativos y sustitutivos que esté encargada de trabajar desde la detención y, que controle las medidas impuestas para sustituir la prisión preventiva, que por otra parte debieran imponerse en forma gradual. Como dice Teresa Armenta Deu el acierto de la reforma vendrá determinado por el correcto equilibrio que se haya podido alcanzar en los dos diferentes ámbitos que abarca la reforma. Por una parte, la necesidad de aceleración y la ineludible reducción de garantías anudadas a tal objetivo; o lo que es lo mismo, haber encontrado, en definitiva, el siempre difícil punto medio entre los siguientes parámetros: una justicia más cercana a la comisión del delito; que otorgue una tutela efectiva para todos y salvaguarde, simultáneamente el derecho de defensa y la atención a los derechos de las víctimas.

- La capacitación a periodistas para que conozcan los efectos de las resoluciones judiciales, ya que en el imaginario popular existe la idea de que cuando no hay personas detenidas hay impunidad e ineficacia de la administración de justicia. Esto tiene que ver entre otras cosas, con el manejo direccionado de las noticias que coloca en el público, sólo las importantes para algunos intereses que están en pugna en algún momento político social determinado. Piénsese en la sensación de inseguridad; en las estadísticas judiciales en materia de causas ingresadas y las resueltas; en la programación televisiva que pone en debate la crónica negra y los crímenes mas atroces, sin colocar a personas que ayuden a mirar estos hechos, desde una mirada que no sea exclusivamente morbosa. Como dice Ferrajoli es imprescindible separar y garantizar la libertad de información de la propiedad; instituir autoridades de garantía destinadas a tutelar de manera efectiva la libertad de prensa y de información de la comunidad ; impedir toda forma mayoritaria y única de concentración de la propiedad de los medios de comunicación, todas estas reformas son necesarias, aunque se choca con intereses consolidados, porque en ese escenario también están en juego las libertades fundamentales y la democracia.

- La efectiva puesta en practica del enfoque de genero en los actos judiciales, lo que implica lograr la identificación y el destierro de prejuicios sexistas.

Posiblemente el verdadero punto de partida de una solución es admitir que el derecho penal y el derecho procesal no “solucionan” o “eliminan” los problemas de la criminalidad, sino que sólo pueden elaborarlos- protegiendo lo mejor posible los derechos de todos-. Una prevención general efectiva y orientada a la justicia, no consiste en la intensificación de los instrumentos del derecho penal para una lucha a largo plazo contra la criminalidad, sino en la vinculación decidida a los principios jurídicos consentidos para la evitación de lesiones a los derechos de los afectados a corto y mediano plazo. No podemos saber cómo se desarrollará la criminalidad y que papel jugará en ello la prisión preventiva. Pero podemos ver qué es lo que hacemos con esta en forma inmediata .

Finalmente es posible expresar que el respeto por la libertad humana y la presunción de inocencia son una conquista de la humanidad, que arrancan su génesis en los abusos y la crueldad del poder. Entonces puede afirmarse que no es suficiente el voto de confianza de esperanzadores discursos, ya que el aquí expuesto, es un problema político de la comunidad y por lo tanto nos atañe a todos/as.

Solo resta decir que los caminos están iluminados con los criterios que deben utilizarse para aplicar esta medida, pero debe advertirse que solo los movimientos de la reflexión y la revisión de la propia práctica, pueden ser senderos para salir de la encrucijada del encierro procesal y, del dilema deontológico que encarna una imposición discriminada de la misma, que encuentra en la conciencia social generalizada su aprobación.

## BIBLIOGRAFIA

- Alarcón, Claudia Carolina (2.011) Las mujeres y el poder punitivo durante la investigación penal en el Distrito Judicial Centro de la Provincia de Salta, Trabajo Final de la carrera de Postgrado Especialidad en Estudios de Genero, Universidad Nacional de Salta .

- Alarcón, Claudia Carolina (2.010) Género, cultura patriarcal y Derechos Humanos, Trabajo final de la carrera de Postgrado Especialidad en Derechos Humanos, Universidad Nacional de Salta.
- Armenta Deu, Teresa (2.008) Estudios sobre el proceso penal. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires
- Bidart Campos, German, El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos Humanos. Disponible en [www.citerea.com.ar](http://www.citerea.com.ar)
- Bobbio, Norberto (1.991) El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid- España.
- Caccia Bava, Silvio (2.010) Crimen y prejuicio, entrevista exclusiva al politólogo brasileño Luiz Eduardo Soares en Le Monde Diplomatique N° 135, septiembre.
- Comisión Americana de Derechos Humanos, Informe 2/97
- Cianciardo, Juan, Giardelli Lucas y Toller, Fernando (2.009) “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema Estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho de igualdad” en La ciencia del Derecho Procesal constitucional, Tomo I, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal Culzoni.
- Dictamen de Fiscalía General de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en la causa 7089 caratulada “incidente de apelación en autos 421, de fecha 10/04/2.013.
- Duce Mauricio J, Riego R. Cristián (2.007 :281) Proceso Pena, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
- Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, Bárbara Rodrigo Ruy-exención de prisión, causa 21.143, interloc.6/118
- Cámara Nacional de Casación Penal, sala I.
- Dormí, José Roberto (2.012) Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires
- Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III. Macchieraldo Ana María Luisa s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad, causa 5472, sent. 841/2.004, del 22/12/2.004. Disponible en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)
- Fallo del Tribunal constitucional de España, Sala Segunda, Recurso de Amparo núm. 137-2006, Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008. Disponible en [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)
- Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Wemhoff vs. República Federal Alemana, 27 de junio de 1968. Disponible en [www.mjusticia.gov.es](http://www.mjusticia.gov.es)
- Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Stogmuller vs. Austria 10 de noviembre de 1969. Disponible en [www.mjusticia.gov.es](http://www.mjusticia.gov.es)
- Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ringeisen vs. Alemania, 16 de julio de 1971. Disponible en [www.mjusticia.gov.es](http://www.mjusticia.gov.es)
- Fallo Díaz Bessone Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de la ley, plenario N° 13, 30/10/2.008, del Voto de la Dra. Angela Ledesma. Disponible en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)
- Fallo en causa Videla Jorge R. s/ prórroga de Prisión Preventiva, 14/09/11 cita IJ-L-257 emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Criminal y Correccional. Disponible en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)

- Fallo en causa L.M., S/Incidente de Excarcelación el 3/01/2013 emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en feria. Disponible en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)
- Fallo de CJS en Expediente N° 31.452/08) Disponible en <http://www.justiciasalta.gov.ar>
- Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en causa Balda, Miguel c/Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios, del 19/10/1.995
- Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa Kipperband, Benjamín s/ falsificación de documentos del 16/03/99
- Fernández Ana María (1.992) Violencia y conyugalidad: una relación necesaria en La mujer y la violencia invisible, Editorial Sudamericana Fundación Banco Patricios, Buenos Aires
- Ferrajoli, Luigi (2.009) Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (2.009) Paradigmas de la Democracia Constitucional, Editorial Ediar, Buenos Aires
- Ferrajoli, Luigi (2.011) Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Editorial Trotta, Madrid
- Fleming, Abel y López Viñals, Pablo (2007) Garantías del imputado, Rubinzal Culzoni Editores, Primera Edición, Santa Fe.
- Gimeno Sendra, Vicente (2.013) La prueba preconstituida de la Policía Judicial en Problemas actuales de la Justicia Penal, Nicolás González Cuellar Serrano (Director), Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo, coordinadores, Editorial Colex, Madrid
- González Cuellar Serrano, Nicolás (1.990) Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid
- Hassemer, Winfred (1.998) Crítica al derecho penal de hoy, Traducción de Patricia S. Ziffer, Editorial Departamento de Publicaciones de Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Informe del Instituto de estudios comparados en Ciencias Penales y Sociales, titulado El Estado de la Prisión preventiva en la Argentina, situación actual y propuestas de cambio. Febrero de 2012. Disponible en [www.inecip.org](http://www.inecip.org)
- Jauchen, Eduardo J. (2.005) Derechos del imputado, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe
- Mosset Iturraspe, José (2.005) El error Judicial, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pastor, Daniel (2.006) Las funciones de la prisión preventiva en La injerencia en los derechos fundamentales del imputado I , Revista de Derecho Procesal Penal Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe
- Rawls, John (1.998) El derecho de Gentes, en De los derechos humanos, Editorial Trotta.
- Reategui Sánchez, James (2006) En busca de la prisión preventiva Lima, Editorial Juristas Editores E.R.L.
- Rodríguez, Marcela (2.007) Reformas Judiciales, acceso a la justicia y

género. Editores Del Puerto, Buenos Aires.

- Silisque Omar Antonio y López Viñals (2.005) El nuevo régimen procesal penal de Salta. Editorial MILOR, Salta.
- Silveira Gorsky, Héctor C. y Rivera Beiras, Iñaki (2.008) La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los “campos” de Europa en Violencia y sistema penal, Bergalli Roberto, Rivera Beiras Iñaki y Bombini Gabriel (compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Vitale Gustavo (2.007) Encarcelamiento de presuntos inocentes, Hammurabi, Buenos Aires, Primera Edición.
- Zaffaroni, Raúl (2009) En busca de las penas perdidas Editorial EDIAR, quinta reimpresión, Buenos Aires
- Zaffaroni, Raúl (2.011) La cuestión criminal, Editorial Planeta, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, (2.000) “El discurso feminista y el poder punitivo” en Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal, Editorial Biblos. Buenos Aires.
- Zizek, Slavok (2.009) Sobre la violencia Seis reflexiones marginales, Editorial Paidós, Buenos Aires

## TEXTOS LEGALES CONSULTADOS

- Código Procesal de Costa Rica. Disponible en [www.tse.gov.cr](http://www.tse.gov.cr)
- Código Procesal de Chile
- Código Procesal de Chubut
- Código Procesal de Entre Ríos, Argentina.
- Código Procesal de Salta, ley 6345/85 y modificatorias
- Código Procesal de Salta, ley 6390/11
- Constitución Nacional Argentina.
- Constitución de la Provincia de Salta.
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Art. 8.2.h , 1.969 ratificada por Argentina mediante ley 23.054/84.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención sobre los Derechos del niño
- Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas

- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa Humanidad
- Declaración Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración Universal de Derechos Humanos