



© 2008 Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515 - 10° - A C1024AAN - Cludad Autónoma de Buenos Aires Telefax (54-11) 4372-8969 / 4375-4209 www.editoresdelpuerto.com delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego Grinbaum

Impreso en junio de 2008 en Artos Gráficas Candil. Estévez 2184 Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Tirada: 1200 ejemplares Libro de edición argentina Bovino, Alberto

Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano / Alberto Bovino y Bigliani Paola ; con prólogo de: Stella M. Martinez - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto ; Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008.
192 p.; 20x14 cm.

ISBN 978-987-1397-21-1

 Derecho Penal. Encarcelamiento Preventivo. I. Paola, Bigliani II. Stella M. Martinez, prolog. III. Titulo CDD 345

Fecha de catalogación: 29/05/2008

Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano

Paola Bigliani y Alberto Bovino

PRESENTACIÓN DE Stella Maris Martínez

Colección

Cuadernos de Litigio

Editores del Puerto Defensoría General de la Nación 345.052.7 B 593 e

Índice

	Presentación	
	Stella Maris Martínez	I
	Introducción /	
	I. Comienzo	3
	este Informe	7
	III. Estructura de este trabajo	.13
	Primera Parte	
	I. Antécedentes y hechos probados	17
	II. Los estándares consolidados	20
	II. 1. Mérito sustantivo	21
	II. 2. Fin procesal	24
	* II. 3. Excepçionalidad	35
À,	Cogundo Pouto	
	Segunda Parte	4.1
	I. Introducción	41
	II. Provisionalidad	45
	II. 1. Contenido y alcance	45
	II. 2. Control judicial	47
	III. Proporcionalidad	50
	III. 1. La doctrina tradicional	- 50
	III. 2. Redefinición del principio de	r* 1
	proporcionalidad	51
		E 4
	preventivo	54
	IV. Plazo razonable	63
	IV. 1. Vencimiento del plazo como causal	()
	de la detención	63
	IV. 2. Determinación de la razonabilidad	
	del plazo	68

Tercera Parte	
I. Preliminares	. 7
II. Presupuestos de los planteos	. 7
III. Casos problematicos a la luz de los estándares	
analizados	, 83
IV. Consideraciones finales	. 125
Anexo Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informa do Fondo No 25 107 a	
Informe de Fondo Nº 35/07, Caso 12.553,	
Jorge, José y Dante Peirano Basso,	
República Oriental del Uruguay	127
Bibliografía	
DIDIOGIAIA	1 7 1

Presentación

Stella Maris Martínez*

Este trabajo comenta el Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y conforma una valiosa herramienta para el litigio. El Informe, como señalan los autores, constituye la aplicación concreta de los principios desarrollados por el sistema interamericano, con especial atención a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "López Álvarez", y resulta muy importante porque dota de *contenidos concretos* a los principios reconocidos desde hace tiempo en la jurisprudencia del sistema interamericano para limitar la aplicación del encarcelamiento preventivo.

En este Informe, la Comisión desarrolla con gran profundidad cada uno de los principios limitadores y, fundamentalmente, establece criterios innovadores respecto a la razonabilidad del plazo de la detención cautelar. Por esta razón, los contenidos concretos que aparecen en el Informe 35/07 representan un gran avance en la jurisprudencia interamericana, y dotan a los operadores jurídicos de poderosas herramientas para ser utilizadas en el marco del proceso penal en el ámbito interno.

En la obra, los autores analizan la aplicación práctica de estos principios limitadores de la prisión preventiva –muchos de los cuales ya se encontraban consolidados en la jurisprudencia del sistema interamericano— y el contenido, significado y alcance de los nuevos principios, evolu-

^{*} Defensora General de la Nación

ción natural de los anteriores, establecidos en el Informe de la Comisión Interamericana.

Estos nuevos desarrollos del sistema interamericano no sólo brindan eficaces herramientas de trabajo a los defensores en un proceso penal, sino, también, establecen de modo preciso cuáles son los deberes exigibles a los órganos judiciales en la aplicación de las obligaciones internacionales, a fin de lograr que los Estados cumplan con los estándares internacionales en materia de encarcelamiento preventivo.

En el ámbito de la defensa pública la labor tendiente a que se apliquen estos principios limitadores adquiere fundamental importancia, porque somos los defensores oficiales quienes asistimos al mayor número de presos sin condena en el país, y somos quienes en mayor medida verificamos el abuso creciente en la aplicación de este mecanismo en el proceso penal.

Resulta fundamental utilizar todos los recursos que se encuentren a nuestro alcance para intentar limitar en la mayor medida posible la utilización del encarcelamiento preventivo a fin de que sea realmente una medida excepcional y no una práctica generalizada de la que se abusa en nuestro sistema.

La labor de los defensores, en este sentido, resulta invalorable ya que serán quienes exijan la aplicación y plena vigencia de los derechos humanos, posibilitando así el control de las prácticas de privación de libertad de los Estados.

En ese punto, el aporte fundamental de este trabajo es sin duda su utilidad práctica, en tanto se analizan criterios teóricos del sistema interamericano aplicados a casos concretos. La absoluta imposibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para procesar en breve tiempo la inmensa cantidad de peticiones que recibe –además del carácter subsidiario de los mecanismos internacio-

nales de protección—, las dificultades prácticas para acceder a los órganos internacionales y el mismo desconocimiento existente sobre su real funcionamiento, tornan imprescindible la realización de trabajos como éste, para animar a los operadores a introducir, desde el primer momento procesal posible, pautas internacionales que obliguen a la magistratura a manifestar, de manera puntual, por qué se apartan de interpretaciones cuya vigencia ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, generando para el Estado Nacional el riesgo de ser denunciado ante foros internacionales y, en consecuencia, de ser la causa de la atribución de responsabilidad internacional.

Con ese espíritu resulta de especial satisfacción para la Defensoría General de la Nación poner al alcance de todos los defensores del país este inédito instrumento de trabajo que contribuirá a luchar por la vigencia de las garantías en nuestro medio.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, abril de 2008

"En mi concepto -arraigado en una tradición de opiniones altamente desfavorable, o en todo caso fuertemente crítica de la prisión preventiva- la privación cautelar de la libertad - privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad'- debe reducirse en la mayor medida posible. Así lo ha reconocido de manera reiterada y uniforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con explícita adhesión a la idea de que la intervención penal del Estado debe reducirse a lo estrictamente indispensable y sustentarse en consideraciones que prueben su pertinencia y legitimidad. Obviamente, no se trata de auspiciar el delito, sino de preservar los derechos de los ciudadanos, particularmente de quienes se ven privados de libertad sin haber incurrido en ilícito alguno. Esto trae consigo la exigencia de que se halle bien establecido el sustento de la prisión preventiva, las condiciones que la hacen admisible, por ahora, esto es, la necesidad de preservar el proceso y la seguridad de quienes en él intervienen, echando mano de la privación de la libertad cuando no existe otro medio para alcanzar, esos objetivos".

Sergio García Ramírez, voto razonado en el caso López Álvarez vs. Honduras.

1. Comienzo

001. El 1 de mayo de 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, la Comisión Interamericana, la Comisión o la CIDH– aprobó el Informe 35/07, sobre el fondo del caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental Del Uruguay¹. Se trata de un

¹ El Informe se reproduce en el Anexo de esta misma obra. La petición original fue presentada por los abogados argentinos Carlos Varela

caso trascendente, ya que desarrolla e instrumenta los estándares relativos al encarcelamiento preventivo durante el proceso penal que surgen de las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante, la Convención Americana, la Convención o la CADH–.

002. En el Informe 35/07, la Comisión invocó los principios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, la Corte Interamericana, la Corte o la Corte IDH–, especialmente desde el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (1997), y que reiteró en fallos posteriores². Además, aplicó de manera estricta los nuevos principios desarrollados por la Corte en el caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006. En efecto, como aclara García Ramírez en su voto razonado en dicho caso,

"8. La sentencia dictada por la Corte en el *Caso López Alvarez ys. Honduras* (1 de febrero de 2006) se concentra en puntos del debido proceso, aun cuando también trae a cuentas *algunos temas*

ALVAREZ y Carlos H. DE CASAS (18/10/2004). Los abogados de confianza de los hermanos Peirano Basso ante la justicia uruguaya fueron el prof. Diego Camaño Viera y Pablo Donnángelo, quienes intervienen en el caso desde el 1 de febrero de 2005 (información proporcionada por el prof. Camaño Viera).

novedosos que anteriormente no había abordado la Corte Interamericana, como ocurre con la violación de la libertad de (pensamiento y) expresión... y también reviste interés específico en 'a circunstancia de la aplicación de mecidas privativas de libertad" (destacado agregado).

003. En el caso López Álvarez, la Corte, además de abordar cuestiones no tratadas previamente –v. gr., la autonomía del principio de proporcionalidad–, destacó con firmeza la necesidad ineludible de que los Estados parte cumplan con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención y definidas reiteradamente en su jurisprudencia –v. gr., excepcionalidad del encarcelamiento preventivo³–.

004. En el Informe 35/07, la Comisión instrumenta los estándares sostenidos en el fallo López Álvarez –como también aquellos que surgen de la jurisprudencia anterior del sistema interamericano— dándoles contenido concreto.

005. Estos contenidos concretos que aparecen en el Informe, que serán objeto de nuestro análisis, representan un gran avance en la jurisprudencia interamericana y dotan a los operadores jurídicos de poderosas herramientas para el litigio en el ámbito interno.

006. Más allá del análisis que haremos de estas nuevas herramientas, hay que tener en cuenta que el Informe tratado no se trata de un Informe del artículo 51 de la Conven-

² Los primeros casos contenciosos en los cuales la Corte IDH se ocupó parcialmente del tema fueron el caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994, y el caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. En Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, la Corte IDH sistematizó tanto su escasa doctrina sobre encarcelamiento preventivo, como también la de la Comisión Interamericana. Entre otros, los siguientes casos: Informe nº 2/84, caso nº 9.658 (Venezuela), resolución del 17/5/84; Informe nº 17/89, caso nº 10.037 (Argentina), resolución del 13/4/89; Informe nº 12/96, caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96; Informe nº 2/97, casos 11.205 y otros (Argentina), resolución del 11/3/97.

³ Ver para ambos ejemplos, el siguiente párrafo: "67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y *proporcionalidad*, indispensables en una sociedad democrática [nota omitida]. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse *excepcionalmente* [nota omitida]. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal" (caso López Álvarez, destacado agregado).

ción Americana, que son los que estamos acostumbrados a leer. Según el régimen establecido en la Convención, el Informe 35/07 es la primera resolución de fondo que toma la Comisión en el caso concreto; se elabora a los efectos de notificar al Estado bajo reserva, de formular las recomendaciones que considere necesarias, y de que los Estados parte la acaten en el plazo de tres meses (art. 50, CADH). Sólo en aquellos casos en los cuales el Estado no cumpliera con las recomendaciones de la Comisión, o "el asunto no ha[ya] sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte" (art. 51.1, CADH), el Informe es publicado. Por ello, al primero de los informes se lo denomina "informe art. 50", y al informe que es publicado, "informe artículo 51".

007. Este Informe, sin embargo, tomó estado público debido a que fue reproducido íntegramente en un periódico jurídico uruguayo⁴ y no debido a que se trate de un Informe aprobado por la Comisión, para su publicación (art. 51, CADH). Sin embargo, en la práctica, la única diferencia que existe entre ambos informes es su parte resolutiva, pues la Comisión no vuelve a discutir el análisis de los derechos violados y los argumentos que dan sustento a los principios desarrollados en el caso ya volcados en el Informe del art. 50, sino solamente si el Estado parte ha cumplido o no con sus recomendaciones y, en su caso, cuáles deben ser las nuevas recomendaciones, y si el Informe debe scr publicado o si el caso debe ser elevado a la Corte Interamericana (art. 51, CADH).

008. Más allá de lo señalado, nada cambia el hecho de que el Informe refleja el estado actual de la opinión de la

4 http://www.elderechodigital.com/dduweb/forms/newslettermain.aspx?

Comisión Interamericana sobre el tema del encarcelamiento preventivo. Lo más importante, sin embargo, es que el Informe constituye la aplicación concreta de los principios desarrollados por el sistema interamericano, con especial atención a lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso López Álvarez. Es por ello que, independientemente de estas circunstancias, los estándares analizados deben ser aplicados por los operadores jurídicos en el ámbito interno ya que, en caso contrario, sus decisiones pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

II. Una lectura posible de los principios de este Informe

009. Este Informe puede ser leído de diversas maneras. Según nuestra lectura, él expresa la voluntad de los órganos del sistema interamericano de establecer estándares referidos a una cuestión concreta que resulten efectivos. Esta cuestión concreta consiste en uno de los aspectos de la crisis que atraviesa la institución carcelaria: el abuso creciente en la aplicación del encarcelamiento preventivo de las prácticas de nuestra justicia penal. Y la necesidad de que estos estándares resulten efectivos se vincula con el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional. La decisión, en este sentido, brinda valiosas herramientas de litigio a los operadores del sistema jurídico interno para reducir la tasa de presos sin condena.

010. Más allá de la variedad de instrumentos internacionales que hacen referencia directa a los diversos problemas de la justicia penal, y de la jurisprudencia de los órganos de protección, lo cierto es que en las últimas décadas el estado de cosas en relación con las personas inocentes privadas de libertad, el aumento de personas detenidas y las condiciones carcelarias se han agravado sustancialmente.

^{*} http://www.elderechodigital.com/dduweb/forms/newslettermain.aspx? file=Jurisprudencia/JUR15_01.html.

011. Frente a esta situación, generadora de innumerables prácticas sistemáticas de violación de derechos humanos, el sistema internacional de protección ha desarrollado una serie de estándares que, o bien no han resultado efectivos para limitar este abuso estatal, o bien han sido aplicados de mala fe por los operadores jurídicos en el ámbito interno⁵. De allí la frustración expresada en el voto razonado del entonces presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en el caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004?

"III. Justicia penal y derechos humanos

10. (...) El proceso y las prisiones han sido, son y tal vez serán -ojalá que no fuera así- escenarios de las más reiteradas, graves y notorias violaciones de los derechos humanos. Es hora de que se vuelva la mirada hacia estos escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos radicalmente. (\ldots)

⁵ Como paradigmas de esta aplicación de mala fe de los estándares internacionales, se pueden ver los fallos Bramajo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y el más reciente fallo Chabán, dictado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal -con la honrosa disidencia de Ángela Ledesma-. La CSJN había decidido, en Giroldi, que la jurisprudencia de la Corte IDH debe servir "de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" ("Giroldi, H. s/recurso de casación", 7/4/1995, cons. 11). En Bramajo, la CSJN agregó que "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" (Bramajo, Hernán, 12/9/1996, cons. 8). Si bien es correcto tener en cuenta la opinión de la Comisión, en este caso la CSJN utilizó este criterio al solo efecto de invocar el Informe 17/89 del 13 de abril de 1989 (llamado caso Firmenich), dejando de lado la existencia de un nuevo caso (Informe 12/96, 28/2/1996, caso Giménez), que contradecía los estándares del caso citado por la CSJN. En el voto de Riggi, en el caso Chabán, se invocan instrumentos y estándares internacionales al solo efecto de enviar a prisión (preventiva) CHABÁN (CNCP, Sala III, 24/11/2005).

12. Por eso es precisamente ahí, en los dominios de la justicia penal, donde resulta más necesario 'trabajar' el tema de los derechos humanos...

VII. Presunción de inocencia

33. Este principio se localiza a la cabeza de las disposiciones sobre procesados, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955: 'El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia' (regla 84.2). Y el Principio 36 del conjunto destinado a la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de 1988, resuelve: 'Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme a derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa'.

34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia piena de esta presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente.

35. Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado 'como si fuera culpable', que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata 'como si fuera inocente', que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio -juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad—y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias.

X. Control judicial

43. El Poder Judicial se ha concebido, en esencia, para asegurar el imperio del derecho en las relaciones sociales: las que surgen entre particulares y las que se desenvuelven entre el poder político y los ciudadanos. Es el "poder garantizador" por excelencia. De ahí que se exijan tantas calidades, e incluso virtudes, a quien ejerce la función judicial—por encima de las que se suelen requerir de los depositarios de otras potestades, entre ellas las representativas—, y de ahí que se prometa a los particulares el acceso a la justicia por medio de tribunales independientes, imparciales y competentes. La inmediación judicial es prenda de esta promesa. El juez instructor, el juez de garantías, el juez de conocimiento tienen, en sustancia, esa función. Así lo espera el justiciable, pendiente de que las manos de la policía o del acusador oficial no sean las únicas que conduzcan su suerte a partir del montento en que surge la controversia penal.

44. Sin embargo, muchas circunstancias militan en contra del cumplimiento de esa promesa inherente al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica de los ciudadanos, que creen estar al amparo de éste. Hay que notar el cuidado con que los textos constitucionales e internacionales estipulan que el detenido –cuya captura debiera fundarse en una orden judicial, cuando no hay flagrancia— debe ser presentado cuanto antes al juzgador, y no a otro agente de la autoridad, para que aquél verifique, con toda la autoridad jurídica y ética que le brinda su magisterio de la ley, si se han cumplido las condiciones que legitiman su detención, si ésta debe prolongarse, si se justifica dar los siguientes pasos en el duro camino del proceso.

Cualquier omisión en esa comparecencia impide el acceso a la justicia, desvale al justiciable, altera el proyecto jurídico del Estado de Derecho, convierte la legalidad en arbitrariedad. En muchos casos —y desde luego en el que motiva la sentencia a la que agrego mi *Voto* particular— no ha sido así: el inculpado no conoce a su juez, sino hasta bien entrado el proceso; la inmediación no existe; la individualización se enrarece; la publicidad se

ausenta. ¿Es justificable que el primer juez que el ciudadano conoce sea el magistrado de una corte internacional, cuando no es ésta, sino la justicia interna, el primer frente –el frente indispensable, decisivo, fundamental: hay que subrayarlo– en la tutela de los derechos subjetivos?

 (\dots)

XV. Prisión preventiva

61. Cada vez que la Corte Interamericana examina asuntos como el correspondiente al caso *Tibi*, surge el problema de la prisión preventiva. Desde luego, puede suscitarse a propósito del plazo razonable, que en tales supuestos debiera ser particularmente estricto y estrecho, pero también en torno a la justificación misma de esta privación cautelar de la libertad. Beccaria la consideró como pena que se anticipa a la sentencia, expresión que denuncia la extraña naturaleza de la preventiva y su discutible justificación. Si ésta se funda solamente en motivos prácticos (que arraigan en la impotencia de la justicia para encontrar un sucedáneo que al mismo tiempo asegure la marcha del proceso y la seguridad de los participantes en éste, y ponga de nuevo a flote la presunción de inocencia), es obvia la necesidad de contraerla y contenerla: que sea, de veras, excepción y no regla.

62. Pese al consenso doctrinal y a la oratoria política sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva -que constituiría otra manifestación del carácter 'mínimo' del sistema penal en una sociedad democrática, ya no sólo en orden a los tipos y las penas, sino también a los instrumentos del proceso-, la realidad ha instalado otra cosa. En nuestros países se prodiga la prisión preventiva, asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso. Es muy elevado el número de los presos sin condena, como lo ha puesto de relieve el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José, Costa Rica, al igual que la Corte Interamericana. Una buena parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal -no, por cierto, una 'reforma de pizarrón', que funciona en el salón de clases y en el seminario, pero no en la realidad indócil -debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculpados -es decir, 'presuntos inocentes'- que pueblan

las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados.

63. La referencia a esta medida permite ir adelante en el examen de otros temas que sobresalen en el conjunto de los heches y, desde luego, en el texto de la sentencia del caso Tibi. La prisión fue, primero, instrumento de retención en tanto se desarrollaba el proceso y se dictaba sentencia. A esa etapa corresponden las conocidas caracterizaciones de Ulpiano, las Siete Partidas y el propio Beccaria, que ya invoqué: tratábase de asegurar al acusado, no de castigarlo, mientras se desarrollaba el juicio y sobrevenía la sentencia. Por supuesto, el cauteloso y piadoso designio se vio siempre contradicho por la realidad: cárcel es cárcel, por encima de cualquier deslinde técnico..." (destacado agregado).

012. La situación descripta, sumada a diversos casos en los que le tocó intervenir a los órganos del sistema interamericano en los últimos años, han creado una conciencia de la gravedad de la crisis por la que atraviesa la justicia penal de los países de la región que puso de manifiesto la necesidad de una intervención más efectiva en el control de las prácticas de privación de libertad de los Estados parte.

014. Por este motivo, los desarrollos tradicionales del contenido y exigencias del principio de inocencia en relación a los límites del encarcelamiento preventivo no resultaron suficientes para limitar los abusos de los Estados parte.

015. En este contexto, la sentencia de la Corte IDH en el caso López Álvarez, instrumentada en el Informe 35/07, expresa la decisión de los órganos del sistema interamericano de dar contenidos concretos a los principios reconocidos desde hace tiempo. Ésa es la relevancia de este Informe de la Comisión. Así, respetando tanto la jurisprudencia previamente establecida en el sistema interamericano, como el carácter subsidiario de la protección internacional, agrega limitaciones implícitas en ella de un modo que per-

mitirá litigar de manera mucho más efectiva la protección de los derechos de las personas perseguidas penalmente ante los tribunales locales.

016. Por estos motivos, los nuevos desarrollos del sistema interamericano no sólo brindan eficaces herramientas de trabajo a los defensores en un proceso penal, sino, también, establecen de modo preciso cuáles son los deberes exigibles a los órganos judiciales en la aplicación de las obligaciones internacionales.

III. Estructura de este trabajo

017. En la Primera Parte de este trabajo describiremos suscintamente los hechos probados en el caso del Informe 35/97. Λ continuación, enunciaremos los principios desarrollados por los órganos del sistema interamericano en materia de encarcelamiento preventivo. No nos detendremos a analizar los principios ya establecidos previamente, sino que remitiremos a la jurisprudencia nacional e internacional que los ha aplicado, como también a la bibliografía relacionada con ellos.

018. La Tercera Parte del trabajo es la parte central. Allí analizaremos el sentido de los nuevos desarrollos instrumentados en este Informe, señalaremos cuáles son sus posibles consecuencias y, por último, propondremos cómo pueden ser utilizados para el litigio de casos concretos en nuestro derecho interno. Finalmente, en el Anexo se agregará el contenido del Informe 35/07 y una breve lista de enlaces de sitios de la red con información sobre derecho internacional de derechos humanos.

019. Queremos agradecer, en primer lugar, a la doctora Stella Maris Martínez por la oportunidad de realizar este trabajo y difundirlo entre los defensores oficiales con el objeto de incentivar la utilización y aplicación de los están-

dares del derecho internacional de los derechos humanos con el fin de ampliar los márgenes de libertad.

020. Nuestro agradecimiento, también, para Iñaki ANITUA, Patricio GIARDELLI y Nacho Tedesco, especialmente para este último, por sus minuciosos e insistentes comentarios y sugerencias.

021. Por último, agradecemos los valiosos comentarios críticos de Mariano Bertelotti y la colaboración de Cecilia Ladoux.

BIBLIOTECA CONJUNTA CORTEIDH - HDH

Primera Parte

I. Antecedentes y hechos probados

022. La Comisión Interamericana, en el Informe nº 35/07, declaró la responsabilidad internacional del Estado uruguayo por la violación del deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, y por haber vulnerado los siguientes derechos: a no ser detenido ilegalmente, a no ser detenido arbitrariamente, a no ser detenido más allá de un plazo razonable, al control judicial de la detención, a las garantías judiciales, al principio de inocencia y a la protección judicial efectiva; artículos 7.2, 7.3, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 25.1 y 25.2 de la Convención Americana. Además, incumplió con el deber de respeto y garantía de los derechos protegidos en el instrumento regional (art. 1.1, CADH), y con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2, CADH).

023. En el Informe, la Comisión consideró como hechos probados que los señores José, Dante y Jorge PEIRANO Basso fueron procesados con fecha 8 de agosto de 2002 como presuntos autores de los delitos previstos en el artículo 5 de la ley 14.095¹, el primero, y artículo 26 de la ley

¹ Ley 14.095 (publicada el 17 de noviembre de 1972), art. 5 (Insolvencia societaria fraudulenta). El que para procurarse un provecho injusto, para sí o para otro, ocultara, disimulara o hiciese desaparecer, parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa en perjuicio de un tercero, será castigado con pena de doce meses de prisión a diez años de penitenciaría.

2.230², los otros dos; y todos, a su vez, como autores del delito de asociación para delinquir, y se dispuso su prisión preventiva "atento a la gravedad de los delitos imputados". A partir de ese momento permanecieron privados de su libertad. Con posterioridad, el Tribunal de Apelaciones descartó la imputación relativa a la asociación para delinquir (párr. 54).

024. La defensa solicitó la libertad de los señores Perrano Basso en siete oportunidades, y todas sus peticiones fueron rechazadas. En una de esas ocasiones, el 30 de marzo de 2005, la Corte Suprema no hizo lugar a las excarcelaciones provisionales "por gracia" con base en la "gravedad ontológica" de los delitos imputados y su "repercusión social" (párr. 57).

025. Posteriormente, el 16 de agosto de 2005, el juez a cargo de la investigación rechazó la concesión de la libertad debido a "la entidad del hecho que se incrimina" y a "la escasa preventiva cumplida". Esta resolución fue confirmada por el tribunal de apelaciones quien, el 10 de marzo de 2006, sostuvo:

"a) que el artículo 27 de la Constitución de la República sólo admite la libertad provisional cuando, las circunstáncias de la causa, admitan prever una individualización de la pena que no sea de penitenciaría; b) la especial complejidad de la causa justificaba la demora en el trámite; c) que la pena que *prima facie* habría de recaer sería de cinco años, máximo legal para el delito imputado a esa altura del proceso; d) admitió que las dos terceras partes del máximo de la pena, que los imputados

habrían permanecido en detención para la fecha de la resolución, era indudablemente extenso, pero que la gravedad de los hechos hacían presumir la imposición de una pena cercana al máximo legal; e) que el articulo 7 (5) de la Convención es una norma programática y que es extraño a la función judicial la determinación del plazo razonable; f) la 'gravedad inusitada' de los hechos ameritan una pena 'severizada' que no admite la libertad durante el proceso; y g) la consideración de la razonabilidad de la extensión de la prisión preventiva corresponde a la Suprema Corte (artículo 17 de la ley 17.726)" (párr. 58).

026. El 6 de diciembre de 2005 y luego, el 26 de abril de 2006, la Suprema Corte rechazó nuevos pedidos de libertad presentados por la defensa. El 30 de agosto de 2006, la jueza a cargo de la investigación se declaró incompetente para entender en la "excesiva duración del proceso" pero rechazó la solicitud por considerar que la cuestión no podía ser resuelta con base en lo establecido en los artículos 27 de la Constitución y 138 del Código Procesal Penal.

027. El 24 de noviembre de 2006, la Suprema Corte rechazó otra vez la excarcelación "por gracia" (art. 17, ley 17,726), sin fundamentación alguna.

028. Finalmente, el 19 de octubre de 2006, "el fiscal acusó a los señores José, Dante y Jorge Peirano Basso como autores del delito de insolvencia societaria fraudulenta (artículo 5, ley 14.095) y solicitó su condena a la pena de nueve años de penitenciaría, los primeros dos, y seis años de penitenciaría, el último, por su intervención en el vaciamiento del Banco de Montevideo, por medio de múltiples transferencias de dinero operadas desde ese Banco hacia el Trade & Commerce Bank (TCB), ambos propiedad de los señores Peirano Basso, y a otras empresas del Grupo, también de su propiedad, así como a otros accionistas del Grupo" (párr. 63).

029. El Informe reitera algunos conceptos ya desarrollados por la Comisión y por la Corte IDH, y resulta revelador

² Ley 2.230 (2 de junio de 1993), art. 76: "Los directores y administradores de sociedades anónimas que cometan fraude, simulación, infracción de estatutos o de una ley cualquiera de orden público, sufrirán la pena señalada en los artículos 272 y 274 para los quebrados fraudulentos".

en tanto reafirma e instrumenta el contenido de algunos principios limitadores del encarcelamiento preventivo, tales como los de provisionalidad y excepcionalidad, desarrollados previamente por la Corte Interamericana en el caso López Álvarez.

030. Se admite la legitimidad de la medida cautelar sólo cuando tienda a evitar los riesgos o peligros procesales. Se establece expresamente la prohibición de utilizar criterios sustentados en fines preventivos tales como la peligrosidad del imputado o la repercusión social del hecho, en fanto se apoyan en criterios de derecho material y no procesal, ya que toda restricción al derecho a la libertad personal debe ser interpretada en virtud del principio *pro homine*.

031. Sin duda, lo más innovador del Informe y de la opinión de la Corte es que afirman como uno de los principios limitadores de la prisión preventiva, al principio de proporcionalidad entendido en términos de inequivalencia entre el monto de la pena con la que se encuentra conminado el delito y el tiempo de duración del encarcelamiento preventivo. En todo caso, de acuerdo con la interpretación de la Comisión, sólo puede tenerse en cuenta el mínimo de la pena que prevé el delito que se imputa.

II. Los estándares consolidados

032. En el caso López Álvarez, la Corte sintetizó de modo inequívoco el estrecho ámbito de validez que posee la privación de libertad cautelar en un Estado de derecho:

"67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [nota omitida]. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente [nota omitida]. La regla debe ser la libertad del procesado mientras

se resuelve acerca de su responsabilidad penal".

033. A continuación enunciaremos los criterios ya desarrollados por la Comisión y por la Corte IDII que se reiteran y, en algunos casos, se profundizan en el Informe. Más allá de señalarse en el Informe, en idénticos términos a los de la Corte (párr. 95), que como regla general y como consecuencia del principio de inocencia, el imputado debe permanecer en libertad durante el proceso penal, la Comisión, describe las siguientes exigencias:

II. 1. Mérito sustantivo

034. Para que la prisión preventiva sea legítima debe verificarse –como *presupuesto* fundamental para dictarla—el mérito sustantivo, es decir, deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar (párr. 77). En verdad, la existencia del mérito sustantivo es un presupuesto de la persecución penal, no de la medida cautelar.

035. La Corte IDH, por su lado, señaló lo siguiente:

"68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria" (caso López Λlvarez, destacado agregado).

036. Ello significa que debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no se determina que existe una probabilidad de participación personal del imputado en un acto delictivo, la medida de coerción procesal pierde todo sustento —y la misma persecución penal—. En consecuencia, para poder

privar anticipadamente de libertad al imputado, el órgano acusador estatal debe contar con elementos de prueba que indiquen que existe una gran probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible³.

037. Según el Convenio Europeo, sólo se puede privar de la libertad a una persona cuando existen indicios racionales –es decir, elementos probatorios– de que se ha cometido un delito (art. 5.1)⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado esta exigencia definiendo los indicios racionales "como la existencia de hechos o de informaciones que convencerían a un observador objetivo de que dicha persona puede haber cometido el delito".

038. En el mismo sentido se pronunció da Corte Interamericana, al afirmar:

"105. Quedó probado que el 4 de octubre de 1995 el Juez Primero de lo Penal del Guayas dictó auto cabeza del proceso y

³ La exigencia de comprobación del mérito sustantivo de la imputación deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias. El art. 9.1, del Pacto Internacional establece: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias". La Convención Americana, por su parte, dispone en el art. 7.3: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

⁴ Otros instrumentos internacionales también contienen referencias acerca de la necesidad de comprobar el mérito sustantivo de la imputación. El art. 5 del Proyecto de Principios sobre el Derecho a no ser Arbitrariamente Detenido o Preso, por ejemplo, exige la verificación de "motivos racionalmente suficientes" que funden la eventual responsabilidad del imputado. La Resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párr. 2, inc. b., estableze que sólo se podrá imponer prisión preventiva "cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunte delito".

⁵ TEDH, caso Fox, Campbell y Hartley, decisión del 30/8/1990, citado en Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 12.

ordenó la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, quien permaneció detenido casi 28 meses (*supra* párr. 90.18). El Código de Procedimiento Penal establecía que '[e]l juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: 1. Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y 2. Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso' (artículo 177).

107. El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención"6 (destacado agregado).

039. En idéntico sentido resolvió en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005:

"198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención" (destacado agregado).

⁶ Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador.

040. El criterio quedó expresamente reafirmado en el caso López Álvarez, donde la Corte Interamericana señaló:

"74. No fue sino hasta el 13 de enero de 2003, casi cinco años después de aparecer el problema probatorio el 4 de mayo de 1998, cuando el Juzgado de Letras Seccional de Tela se manifestó sobre la contradicción de la prueba y dictó sentencia absolutoria a favor del señor Alfredo López Álvarez con fundamento en que 'exist[ieron...] dos dictámenes toxicológicos con resultados distintos y tratándose [...] de la misma evidencia no qued[ó...] comprobado el cuerpo del delito' (supra párr. 54.40). Dicho fallo fue confirmado el 29 de mayo de 2003 (supra párr. 54.41) por sentencia de la Corte de Apelaciones de la Ceiba...

75. Al mantener a la presunta víctima bajo prisión preventiva en tales condiciones, se violó su derecho a no ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario e ilegal".

II. 2. Fin procesal

 (\dots)

II. 2. a. Peligros procesales

041. La Comisión afirma una vez más la exigencia de que se constate la existencia de riesgos procesales en el

⁷ Tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han sido muy confusas en los pronunciamientos referidos a detenciones ilegales y arbitrarias. En ocasiones se ha utilizado el término "detención arbitraria" en supuestos de detenciones ilegales y clandestinas cometidas por miembros de las fuerzas de seguridad (Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 155). En otras ocasiones, como sucede en este caso, considera ilegal y arbitraria la detención, sin que quede claro cuáles son los motivos. Por último, en otros casos ha distinguido y aplicado ambos supuestos de manera más acertada, como sucedió en el caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994, párr 47. Sobre este tema, ver Bovino, La libertad personchen el s'stema interamericano, especialmente ps. 353 y siguientes.

caso concreto para disponer la medida cautelar. Sólo la verificación de la presencia de algunos de estos peligros (que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o que intente obstaculizar la investigación judicial), autoriza la imposición del encarcelamiento preventivo. Ningún otro fundamento puede legitimar la medida (párr. 81).

042. Se descarta expresamente la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como la "alarma social" o la "repercusión social del hecho"; la "peligrosidad" del imputado o el peligro de reincidencia (párrs. 84 y 141). En palabras de la Comisión, "esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad" (párr. 141). Es decir que la utilización de estos criterios para fundar el encarcelamiento preventivo resulta violatoria del principio de inocencia y, también, del principio de igualdad en tanto instaura un tratamiento distinto fundado en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinado tipo de delitos.

043. En este Informe se insiste en la necesidad de que el riesgo o peligro procesal invocado para dictar la medida cautelar esté fundado en circunstancias objetivas en tanto "la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito" (párr. 85).

044. Ello exige que el encarcelamiento preventivo tenga una exclusiva finalidad procesal, esto es, que sólo se aplique para garantizar la realización de los fines que el proceso penal persigue, y no para alcanzar una finalidad que sólo pueda ser atribuida a la coerción material o sustantiva (la pena). En consecuencia, sólo se puede autorizar la priva-

ción de libertad de un imputado si se verifican todos sus requisitos y, además, si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso (y nada más que ellos)⁸.

045. En este sentido, tanto el texto de la Convención Americana⁹ como el del Pacto Internacional¹⁰ son claros al asignar el único propósito legítimo al encarcelamiento de personas jurídicamente inocentes.

046. Así lo determinó firmemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello pues la segunda exigencia
fundamental que la Corte derivó del principio de inocencia
en el caso Suárez Rosero¹¹ consistió en el *fin exclusiva- mente procesal* atribuido a la coerción cautelar como presupuesto de su legitimidad. La Corte determinó, en este
sentido, que del "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 investiga-*ciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva"¹².

047. La sentencia de la Corte IDH en el caso López Álvarez es más explícita aún:

"69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [nota omitida]. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva [nota omitida]. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena [nota omitida]".

048. En este punto, queda claro que, según los estándares establecidos por la Corte Interamericana, se rechaza el "derecho procesal penal de autor" (considerar las "características personales" del imputado para fundar la medida cautelar) y la "gravedad del delito". Esto nos conduce a la contradicción del *obiter dictum* del fallo Nápoli—la referencia positiva del voto mayoritario a los delitos inexcarcelables del art. 316 del Código Procesal Penal de la Nación por el monto de la pena¹³— con las obligaciones que establece

⁸ Cf. Solimine, Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, ps. 20 y siguientes.

⁹ "Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" (art. 7.5).

^{10 &}quot;Su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo" (art. 9.3).

¹¹ Corte IDH, Caso Suárez Rosero (Ecuador), Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

¹² Caso Suárez Rosero, párr. 77 (destacado agregado).

^{13 &}quot;8") Que en este contexto, el legislador nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 75, inc. 30 de la Constitución Nacional, estableció un régimen general que regula la libertad durante el proceso y que, en lo que aquí concierne, contempla como supuestos de excarcelación aquellos en los que pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los 8 (ocho) años de pena privativa de la libertad y también en los que, no obstante ello, el juez estimere prima facie que procederá condena de ejecución condicional (art. 317, inc. 1º Código Procesal Penal de la Nación). La restricción de la libertad se funda en ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación.

la Convención Americana a los Estados parte. Afirmando esta idea, la Corte Interamericana agregó:

"81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que '[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente', el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que 'no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años'. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo" (caso López Álvarez, destacado agregado).

049. En este párrafo, la Corte IDH menciona el régimen legal que distingue la solución del caso, permitiendo la excarcelación sólo para los delitos con "pena de reclusión que pase de cinco años" y, seguidamente, se aclara que,

según la Convención Americana, "en ningún caso" la aplicación del encarcelamiento preventivo podrá estar determinada "por el tipo de delito". En consecuencia, el término "tipo de delito" no se refiere a delitos que protegen un bien jurídico determinado, o a ciertas figuras típicas mencionadas por el número de artículo –como en el holding del caso Nápoli–, sino, exclusivamente, al grupo de delitos identificados por un monto de pena determinado (todos los que prevean pena de reclusión mayor a cinco años).

050. Más allá de lo sostenido por la Corte Suprema en el *obiter dictum* en el caso Nápoli –ya criticado–, en el *holding* de ese fallo se estableció:

"19) Que, por último, cabe señalar que ya en el citado precedente de Fallos: 102:219 este Tribunal sostuvo la inconstitucionalidad del art. 26 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero en la medida en que excluía a las personas procesadas por determinados delitos del beneficio de la excarcelación, con apoyo -entre otras razones - en el alcance constitucional reconocido al derecho a estar en libertad durante el proceso y a la circunstancia de que la prisión preventiva no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción, y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene en su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (fallo citado, aquí pág. 228)"14 (destacado agregado).

^{&#}x27;9°) Que el criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción se vincula con el monto máximo de la pena considerada en abstracto que fijó para los distintos delitos enumerados en el Código Penal en ejercicio de la prerrogativa que le otorga el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional para declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11: 405; 191:245; 275:89) y, asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente" ("Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C. P", del 22 de diciembre de 1998).

¹⁴ CSJN, caso "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", nº 284.XXXII, del 22/12/98. El voto de la mayoría fue suscripto por Belluscio, Boggiano, López y Vázquez.

051. En consecuencia, hoy se afirma que la coerción cautelar sólo tiende a proteger la realización de fines procesales, que, como se ha indicado, pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes: a) cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad –peligro de entorpecimiento de la investigación objeto del proceso-; y b) cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del derecho penal material –peligro de fuga–.

052. Sin embargo, algunos autores sostienen que existe un *único supuesto de peligro procesal* que autoriza la privación cautelar de la libertad. Así, por ejemplo, SAN MARTÍN CASTRO afirma que, en realidad, el encarcelamiento preventivo sólo puede ser justificado para asegurar la comparecencia del imputado al proceso –peligro de fuga—.

053. El autor peruano sostiene que si la protección de la investigación fuera un fin legítimo de la prisión cautelar, nada impediría aplicarle medidas similares a peritos y testigos. Por otra parte, esta finalidad carece de sentido una vez concluida la investigación, a pesar de lo cual la privación de libertad se extiende mucho más allá de ella §5.

054. Finalmente, SAN MARTÍN CASTRO agrega que el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "señala taxativamente que el aseguramiento cautelar está determinado por la ausencia de garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo; es decir, no acepta como función autónoma el entorpecimiento de la investigación" 16.

055. En similar sentido, BINDER considera que el "entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado"¹⁷. Se debe reconocer, además, que el peligro de obstaculización de la investigación no sólo puede existir en mayor medida en las etapas iniciales del procedimiento, sino que éste puede ser neutralizado con mecanismos distintos a la privación de libertad del imputado –v. gr., prueba anticipada, protección de testigos, etc.–.

056. SOLIMINE admite que el fin de neutralizar el entorpecimiento de la investigación sólo puede dar fundamento a la medida de coerción por un período sumamente breve, suficiente para garantizar la adquisición de los elementos de prueba que se puedan ver amenazados¹⁸.

II. 2. b. Verificación del peligro procesal

* 057. La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. En este punto, es indispensable destacar que sea que se trate de una presunción iure et de iure, como una presunción iuris tantum, en ambos casos se establece una presunción ilegítima y contraria a las exigencias del principio de inocencia. Ello pues aun en la presunción iuris tantum se produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado absolutamente inválida.

058. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la deten-

¹⁵ Cf. San Martín Castro, Derecho procesal penal, t. II, p. 819.

¹⁶ Ídem, ps. 820 y siguiente.

¹⁷ BINDER, Introducción al derecho procesal penal, p. 199.

¹⁸ Cf. Solimine, Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, p. 24.

ción aun cuando no exista peligro alguno. No basta, entonces, con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia –v. gr., la pena prevista legalmente– el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción.

059. En este sentido, se señaló en el Informe:

"85. A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad.

86. En apoyo a esas consideraciones, la Corte Europea ha sostenido que las autoridades judiciales deben, en virtud del principio de inocencia, examinar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales y asentarlo en sus decisiones relativas a las solicitudes de libertad"*.

* [Nota en el texto citado] Véase, en ese sentido, ECHR. Rokhlina v Rusia, sentencia del 7 de abril de 2005, párr. 68; ECHR. Sulajea v. Estonia, sentencia del 15 de febrero de 2005, párr. 61; ECHR. E.M.K. v. Bulgaria, sentencia del 18 de enero de 2005, párr. 121; ECHR. D.P. v. Polonia, sentencia del 20 de enero de 2004, párr. 84; y ECHR. Stavaitis v. Lituania, sentencia del 21 de marzo de 2002, párr. 82.

060. Si bien en esta única oportunidad en el contexto del Informe, se utiliza (erróneamente) el término "presunciones iuris tantum", resulta evidente que no se le ha atribuido su significado correcto. Lo que claramente se establece en el Informe en reiteradas oportunidades es que el Estado debe cumplir con la obligación positiva de constatar la existencia de un peligro procesal fundado en circunstancias objetivas verificadas en el caso concreto.

061. Por su parte, la Corte Interamericana fue más clara aun en el caso López Álvarez:

"81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que '[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente', el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que 'no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años'. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo" (destacado agregado).

062. En este sentido, y de manera inequívoca, se ha pronunciado Hendler:

"la índole de la cuestión suscitada... hace que la carga de la prueba incumba a la parte acusadora. Las restricciones a la libertad sin que exista una sentencia condenatoria constituyen excepciones al principio general antes referido. Por ende, la

falta de comprobaciones señalada por el *a quo* conduce a desestimar la oposición del ministerio público. Más aún cuando existe en este caso una comprobación cabal sobreviniente: el comportamiento de la imputada luego de su excarcelación que corrobora su intención de acatar las decisiones de la justicia" ¹⁹.

063. En un voto que parecería haber sido escrito con posterioridad al Informe 35/07, HENDLER, también mencionando las "presunciones *iuris tantum*" establece la exigencia con precisión. En efecto, si leemos nuevamente el párrafo citado, éste dice:

"las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgadór para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva".

064. Ello implica que el legislador sólo puede estáblecer "circunstancias de hecho" que, si son "comprobadas en el caso concreto", "podrán" ser consideradas por el tribunal para "determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva".

065. Se puede sostener que "estamos en presencia de uno de estos casos [de peligro procesal], con evidencia, cuando es posible *fundar racionalmente* que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual

19 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económica, Sala A, Causa nº 9.760, "Vázquez, Jessica y Vargas Martínez s/contrabando de estupefacientes", 17/4/2007, del voto de HENDLER.

(peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria)"²⁰.

066. La obligación de verificar la existencia de un peligro concreto ya había sido reconocida claramente por la Comisión Interamericana: "la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una sospecha razonable* de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia"²¹.

067. En síntesis, para que la sospecha exigida pueda ser considerada razonable se requiere, de manera necesaria, la verificación efectiva de circunstancias objetivas cuya existencia sea demostrada a través de la obtención, incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco del proceso en un caso concreto.

11. 3. Excepcionalidad

o 068. El principio fundamental que regula toda la institución de la detención preventiva es el principio de excepcionalidad. En este punto, se ha afirmado que el principio intenta "evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia" 22.

 $^{20\,}_{\hbox{\scriptsize MAIER}},$ Derecho procesal penal, t. I, ps. 522 y s. (destacado agregado).

 $^{^{21}}$ CIDH, Informe nº 0 12/96, Caso 11.245 (Argentina), resolución del $^{1/3/96}$, p. 48 (destacado agregado).

 ²² Cf. O'Donnell, Protección internacional de los derechos humanos,
 p. 147 (destacado agregado). A continuación se aclara: "Incluso, habida

069. La principal consecuencia que deriva de la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo consiste en restringir su aplicación a casos en los que no exista posibilidad alguna de garantizar los fines del proceso de otra manera. En este sentido, y teniendo en cuenta que en el proceso penal muchas de las medidas cautelares afectan la libertad del acusado, se señala que "el principio de la actividad cautelar debe ser *mucho más limitado que en el proceso civil*, donde generalmente una anticipación indebida puede ser posteriormente compensada pecuniariamente"²³.

070. Por este motivo, no resulta posible regular el régimen de libertad durante el proceso invirtiendo la racionalidad del principio de inocencia y de la exigencia de excepcionalidad. El carácter *excepcional* del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y de la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia):

"El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal [se afirma] impide adelantar-le una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria"²⁴.

071. Partiendo de los criterios reseñados, la Comisión Interamericana, luego de remitirse a lo sostenido en su

Informe 12/96, invocó lo sustentado por la Corte IDH en el caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1º de febrero de 2006, donde se dijo: "la prisión preventiva está limitada por los principios de tegalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicar-se excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal" (párr. 95).

072. Como toda medida cautelar, el dictado de la prisión preventiva debe ser indispensable para los objetivos propuestos. Para que pueda dictarse, debe ser el único medio que asegure los fines del proceso, es decir, que no debe poder lograrse ese objetivo con medidas menos lesivas. En este sentido se citan las Reglas de Tokio (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad²⁵) que establecen medidas sustitutivas de la prisión preventiva (párr. 103).

073. Es necesario destacar que el principio de excepcionalidad genera obligaciones tanto para el legislador como para el juez. Al legislador lo obliga a regular medidas sustitutivas a la prisión preventiva, y al juez a aplicar en primer lugar las medidas menos lesivas y, excepcionalmente, el encarcelamiento preventivo.

074. El carácter excepcional de la detención procesal, además, está expresamente establecido en diversos instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el

cuenta de los objetivos de este principio, pareciera justificado concluir que el uso de la detención preventiva para (fines no procesales)... constituiría una *privación arbitraria de libertad*, violatoria de un derecho subjetivo universalmente reconocido" (p. 147, destacado agregado).

²³ MAGALHAES GOMES FILHO, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, ps. 63 y s. (destacado agregado).

²⁴ Maier, Derecho procesal penal, t. I, p. 522.

²⁵ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

artículo 9.3 dispone: "La prisión preventiva no debe ser la regla general".

075. En el mismo sentido, el principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión²⁶: "Excepto en casos especiales indicados por la ley, toda persona tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera del juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho".

076. El Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, en el párrafo 2 del principio 36, establece: "Sólo se procederá al arresto o detención, cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención".

077. En conclusión, el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo ha sido afirmado reiteradamente por la doctrina especializada, por los precedentes de la Comisión y de la Corte Interamericanas, y por diversos instrumentos. Ello implica que la vigencia de este principio resulta hoy indiscutible. Segunda Parte

 $^{^{26}}$ A.G. res. 43/173, anexo, 43 U.N. GAOR Supp. (n° 49) p. 298, ONU Doc. A/43/49 (1988).

1. Introducción

078. Antes de continuar nuestro análisis se torna imprescindible poner en claro el contenido y alcance del principio *pro homine* que, si bien es aplicable como principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos, será especialmente útil para interpretar las cuestiones que abordaremos en los puntos siguientes. En este sentido, ABREGÚ señala:

"la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de todo un nuevo *corpus* normativo, presenta una serie de desafíos diversos que hacen a su aplicación por los tribunales... El desafío de la compatibilización de la totalidad de las normas que hoy forman parte del ordenamiento jurídico argentino, entonces, obliga a agudizar los mecanismos de interpretación, con el fin de asegurar la vigencia armónica de toda la normativa".

079. A ello agrega que la nueva jerarquía constitucional atribuida a los tratados y declaraciones de derechos humanos enumerados en el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional:

"no significa únicamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de su protección, sino que también

ABREGÚ, La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción, ps. 18 y siguiente.

significa la incorporación de aquellos principios que, vinculados con la irrestricta vigencia de los derechos humanos, dispone el DIDH... [El principio pro homine] exige estar siempre a la interpretación que más favorece a la vigencia de los derechos... [y se debe señalar que] no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación a cada hecho particular"² (destacado agregado).

080. La frase final del texto citado es especialmente importante. Como veremos al analizar los dos nuevos criterios del sistema interamericano referidos a la razonabilidad del plazo de detención, debe utilizarse aquel que, en el caso concreto, resulte más beneficioso para el imputado. Este análisis no debe realizarse en abstracto, ya que siempre se debe aplicar la solución que posea mayor poder protector de la libertad de la persona no condenada bajo las circunstancias del caso. Este criterio de interpretación es específico del derecho internacional de los derechos humanos, dadas sus particularidades:

"En un ordenamiento jurídico como el hoy vigente en la Argentina se plantea la coexistencia de múltiples normas referidas a derechos humanos, que presentan, las más de las veces, contenidos parecidos, mas no necesariamente exactos o iguales. La pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos obliga a una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado.

Se impone, por lo tanto, recurrir a una serie de principios generales del derecho internacional y de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos que permitan brindar pautas claras de interpretación. Resulta necesario encontrar criterios que posibiliten optar entre la aplicación de una u otra norma o entre una u otra interpretación posible de éstas.

Estas pautas son particularmente importantes cuando en un mismo ámbito coexisten normas internacionales de distinto alcance. En este sentido, no se encuentran discrepancias en que la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio *pro homine*, del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin"³.

081. Por último, en lo que aquí interesa, debemos tener en cuenta que la aplicación del principio *pro homine* no trae aparejadas declaraciones de inconstitucionalidad. En este aspecto, se explica:

"Una de las formas es aplicar la regla de interpretación pro homine cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes, eligiendo a aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos.

Similar a lo que existe en otras disciplinas, aquí se trata de que la norma de derechos humanos que mejor proteja a la persona, prevalezca sobre otra de igual, inferior o incluso de superior rango y sea aplicada en tanto más protectora del o de los derechos fundamentales del ser humano.

³ PINTO, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, p. 164.

² Ídem, p. 19.

Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía, cedería frente a la conveniencia de otra norma, aun de una jerarquía inferior, en caso que mejor proteja al ser humano.

Con esta regla no puede plantearse un problema de 'ilegalidad' al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior (tratados internacionales de derechos humanos ratificados) los que expresamente permiten la aplicación de aquella otra norma, en tanto más protectora. Esto puede darse entre dos normas de fuente internacional o una norma internacional con una nacional, en virtud de lo que consagran los propios tratados internacionales de derechos humanos. Indudablemente que si la norma de rango inferior consagra menor protección, el juzgador debe volver a aplicar la tradicional regla de la jerarquía y disponer el cumplimiento de la norma superior, ya sea una ley o sea un tratado en tanto conceda mayores reaseguros a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos-. Son las reglas de la norma más protectora y la jerarquía las que operan en este proceso de interpretación y aplicación del derecho.

Es importante subrayar que aquí no está en juego un problema de derogación ni abrogación, sino de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango. Todo ello sin perjuicio de los tradicionales problemas técnicos que apareja calificar a una norma como más protectora de los derechos humanos, al momento de compararla con otra"4.

082. En síntesis, el principio pro homine es un principio interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos, que debe ser utilizado por los tribunales locales, y que permite aplicar la solución normativa más favorable al caso sin impugnar otras normas de posible aplicación, y aun cuando éstas sean de mayor jerarquía normativa.

II. Provisionalidad

II. 1. Contenido y alcance

083. Uno de los principios limitadores de la coerción cautelar durante el procedimiento penal al cual se prestó especial atención en el Informe 35/07 es, sin duda, el principio de provisionalidad. Éste requiere que todos los presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento preventivo subsistan mientras dure la privación de libertad. La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima transforma a la continuación de esa detención tan ilegítima como a una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal.

084. El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad inicial de ordenar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva, al extenderse en el tiempo, sólo es legítima en la medida en que continúen existiendo todos sus presupuestos. En este punto, el Informe de la Comisión es contundente:

"105. Otra condición del carácter cautelar de la prisión preventiva es que está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (provisionalidad).

(...)

108. El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar".

085. La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima torna a la continuación de esa detención tan ilegítima como una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal.

⁴ Henderson, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine, ps. 59 y siguiente.

086. La Corte Interamericana en el caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, sostuvo:

"229. Al respecto, este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla⁵. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos" (destacado agregado).

087. Con anterioridad, en el caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, había establecido:

"77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el 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" (destacado agregado).

088. Posteriormente, la Corte, en el caso López Álvarez dispuso:

"73. El tribunal de la causa no evaluó oportunamente la contradicción probatoria conforme a los parámetros de la legislación interna y de la Convención Americana, a fin de precisar

⁵ Si bien la Corte IDH hace mención en la frase previa al plazo razonable de detención, en la siguiente se refiere, de modo inequívoco, al principio de provisionalidad.

si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva del señor López Álvarez".

"69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia" [nota omitida].

089. Las Reglas de Tokio reconocen este principio en la regla 6.2, que dispone:

"Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1".

090. El Informe, de modo expreso, establece pautas operativas para garantizar el cumplimiento de estas exigencias:

"107. De ella [se refiere a la Regla 6.2] surge la obligación de disponer métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia del imputado y la obligación, también, de ir sustituyéndolas a medida que las circunstancias del caso así lo impongan".

091. El principio de provisionalidad podría ser considerado como una consecuencia de la aplicación dinámica –en sentido cronológico– del principio de excepcionalidad, pues cuando desaparece un presupuesto de la detención obliga a sustituir, si fuera necesario, la medida privativa de libertad por la medida cautelar menos lesiva que resulte adecuada a la nueva situación.

II. 2. Control judicial

092. Tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH como en la de la Comisión, en numerosas oportunidades se ha establecido la necesidad de un control judicial posterior al dictado de la prisión preventiva, con el objeto de garantizar el respeto del principio de provisionalidad. Sin embargo, en este Informe, la Comisión avanzó un poco más en la definición del alcance que este deber de control representa para los Estados parte.

093. Como consecuencia del carácter provisional de toda medida de coerción, el control de la subsistencia de todos y cada uno de sus fundamentos se impone como única manera de garantizar que la medida cautelar continúa ajustándose a derecho.

094. El párrafo del Informe 35/07 que con mayor rigor y precisión manifiesta el contenido y alcance de los deberes que impone el derecho internacional con relación al cumplimiento efectivo del principio de provisionalidad dispone:

"104. Por ello, el juzgador deberá revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten. En tal exposición, se deberán expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persisté el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el imputado en libertad. Este deber encuentra fundamento en la necesidad de que el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales" (destacado agregado).

095. La Comisión señaló, en este aspecto: "87. Asimismo, la Corte Interamericana también ha establecido que los tribunales nacionales deben evaluar oportunamente todos los argumentos a fin de precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva"*.

096. Sintetizando esta idea, se expresó: "108. El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar".

097. En este punto, la Corte IDH dijo en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005:

"198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención".

098. El Tribunal Europeo se pronunció en similar sentido a la Comisión Interamericana en el caso Bezicheri, del 25 de oetubre de 1989:

"El Tribunal Europeo preconiza que, en caso de prisión preventiva (detención antes del juicio), el requisito del examen judicial de la necesidad de la detención incluye el requisito de examinar periódicamente la necesidad de dicha detención. En particular, estima que es razonable que un detenido recabe un segundo examen de su detención un mes después del primer examen".

^{* (}Nota en el texto citado) Véase, en ese sentido, Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C nº 141, párrs. 73, 78 y 81.

⁶ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Derechos humanos y prisión preventiva, p. 45.

099. Queda claro, entonces, que no basta con establecer el derecho de las partes de solicitar la revisión de la legalidad de la prolongación de la medida cautelar. Se exige, además, que el Estado cumpla con la obligación activa de controlar periódicamente los fundamentos que justifican la subsistencia del encarcelamiento preventivo. Por ello, la Comisión indicó:

"102. En este sentido, sobre el órgano a disposición del cual se encuentra detenido el individuo pesa la obligación de disponer la libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado. De lo contrario, se estaría legitimando una privación de la libertad que carece de fundamento".

100. En el principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, por otra parte, se establece que la misma autoridad facultada para ordenar la detención "mantendrá en examen la necesidad de la detención".

III. Proporcionalidad

III. 1. La doctrina tradicional

101. El principio de *proporcionalidad* es quizá el límite más aceptado en relación con el encarcelamiento preventivo del imputado⁷. Desde el punto de vista de la doctrina tradicional, se señala que resulta "racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor,

⁷ Sergi, Límites temporales a la prisión preventiva, p. 121.

irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena"8.

102. A ello se agrega que este criterio limitativo permite señalar "la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad"⁹. Desde este enfoque, se trata de impedir que la situación del individuo aún inocente sea peor¹⁰ que la de la persona condenada, es decir, de prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena.

103. En consecuencia, conforme a la doctrina tradicional, no se autoriza el encarcelamiento procesal cuando, en el caso concreto, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo y, en los casos en que se admite la privación anticipada de libertad, ésta no puede ser mayor que la pena eventualmente aplicable al caso concreto. Si no fuera así, se sostiene, el inocente se hallaría en peor situación que el condenado.

III. 2. Redefinición del principio de proporcionalidad

104. Sin embargo, resulta necesario redefinir el contenido del principio de proporcionalidad. En esta tarea, debemos alejarnos del concepto de la "prohibición de exceso" que actualmente se defiende de modo extendido. En este sentido, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene de

⁸ Maier, Derecho procesal penal, t. I, p. 526.

⁹ Ídem, p. 528.

¹⁰ Es importante tener en cuenta que la postulación tradicional del principio admite que la situación del inocente sea igual a la del condenado.

¹¹ Cf. Sánchez Romero, La prisión preventiva en un Estado de derecho, p. 67.

manera unánime que "la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser *mayor* que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión" ¹².

105. En uno de los trabajos que en nuestro medio ha innovado en relación con el tema de la vinculación entre principio de inocencia y limitación temporal del encarcelamiento preventivo, Natalia SERGI ha destacado la centralidad del *principio de proporcionalidad* redefinido para dar un adecuado tratamiento al principio de inocencia¹³. La autora ha puesto de manifiesto las graves consecuencias que derivan de la interpretación del principio de proporcionalidad como sinónimo de equivalencia entre medidas de coerción procesal y coerción sustantiva, esto es, entendido sólo como "prohibición de exceso", y ha propuesto un concepto de proporcionalidad *en términos de inequivalencia* entre coerción cautelar y sustantiva.

106. Otra interpretación en términos de equivalencia entre coerción procesal y penal derivada del principio de proporcionalidad tal como lo entiende la doctrina tradicional produce graves consecuencias. En primer lugar, resulta esencial destacar que el principio citado entendido como "prohibición de exceso" permite que se realice, precisamente, aquello que el principio de inocencia prohíbe: que se

dé a quien goza del estado jurídico de inocencia el mismo -o incluso peor- trato que a un condenado.

107. En este contexto, el principio de proporcionalidad carece de todo poder limitador. En consecuencia, resulta necesario atribuirle un nuevo contenido, para que pueda operar como una exigencia adecuada al servicio de la protección de los derechos de las personas inocentes. Y en esto, precisamente, consiste el gran aporte del Informe 35/07, ya que sin contradecir ningún precedente del sistema interamericano, le da un contenido mucho más preciso al principio y adopta, en lo esencial, el enfoque mencionado en último término.

108. En dicho Informe, en primer lugar, la Comisión -con cità de una sentencia de la Corte IDH- pone en claro la jerarquía que se le concede al principio de proporcionalidad, dado que lo analiza como principio autónomo:

"95. Por su parte, la Corte, en el caso 'López Álvarez vs. Honduras'*, destacó:

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal"**

109. Así, la Comisión instrumentó el principio de proporcionalidad desarrollado por la Corte en los siguientes términos:

¹² BINDER, Introducción al derecho procesal penal, p. 200.

¹³ Cf. Sergi, Límites temporales a la prisión preventiva, especialmente el punto III. 2, Límite temporal derivado del principio de proporcionalidad, donde desarrolla su ingenioso y original "principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva", ps. 136 y ss. Un mayor desarrrollo en Sergi, Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo, ps. 471 y siguientes.

^{* (}Nota en el texto citado) Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 106.

^{** (}Nota en el texto citado) Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C. No. 141, párrafo 67.

"109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza" (destacado agregado).

110. Queda claro, entonces, que la Comisión adoptó la idea de la Corte de esta autonomía del principio de proporcionalidad expresado en términos de desigualdad. Esta desigualdad, en opinión de la Comisión, no sólo opera con relación a la duración temporal de la privación de libertad, sino también, respecto a las condiciones en que se cumple. En síntesis, el Informe establece:

"La relación entre la restricción del derecho y fin precautorio de la medida no debe igualar a la pena. Esa relación debe ser lo suficientemente desequilibrada como para que no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia (artículo 8(2), primera parte)" (párr. 176).

III. 3. Carácter cautelar del encarcelamiento preventivo

110. Veamos ahora cuándo se puede dictar el encarcelamiento preventivo y qué criterios pueden ser considerados. En primer término, debemos tener en cuenta el carácter cautelar del encarcelamiento preventivo. Como hemos visto, esta circunstancia surge de manera reiterada tanto de los precedentes de la Comisión como de la Corte Interamericanas: "La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva*" (Corte IDH, caso López Álvarez, párr. 69).

111. Dado este carácter cautelar –esto es, instrumental—de la medida de coerción, no se puede tener en cuenta, como fundamento para justificar su aplicación a un caso concreto, ni el tipo de delito que se imputa al individuo, ni el hecho de que se trate de una figura de extrema gravedad, ni la posibilidad de reincidencia, ni la repercusión social del hecho, ni la peligrosidad del supuesto imputado. Es por ello que la Comisión sintetiza esta doctrina del siguiente modo:

"90. Por su parte, la Corte ha sido más categórica al enfatizar [en el caso López Álvarez] 'la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo' [nota omitida]" (Comisión, Informe 35/07, destacado agregado).

112. En cuanto a la "peligrosidad" del imputado y a la gravedad del hecho punible, también se pronunció la Corte Interamericana en el caso López Álvarez: "Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva" (párr. 69, destacado agregado).

^{* (}Nota en el texto citado) Cfr. Caso García Asto y Ramírez Rojas, supra nota 7, párr. 106; Caso Acosta Calderón, *supra* nota 18, párr. 75, y Caso Tibi, *supra* nota 80, párr. 180. En idéntico sentido, Comisión Interamericana, Inf. 35/07, párr. 101: "pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva".

114. Finalmente, el Informe 35/07 menciona:

"Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la *peligrosidad del imputado*, la *posibilidad de que cometa delitos en el futuro* o la *repercusión social del hecho*, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva" (párr. 84, destacado agregado).

115. En síntesis, como surge del párrafo 141 del Informe 35/07:

"141. En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como 'alarma social', 'repercusión social', 'peligrosidad' o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad".

116. Como consecuencia de los estándares fijados tanto por la Comisión como por la Corte IDH, la imposición de la prisión preventiva jamás puede fundarse en criterios distintos a aquellos relacionados con el fin cautelar de la medida.

117. Ningún tipo de presunción relacionada con el monto de la pena con la que se encuentra conminado el delito, tal como la prevista en el artículo 316 del CPP Nación, puede ser

utilizada como criterio para disponer el encarcelamiento preventivo en sí misma o de manera absoluta. Esta interpretación surge de lo dicho por la Corte Interamericana en el caso López Álvarez en los párrafos 69 y 81¹⁴.

118. Del mismo modo, la Comisión, en el Informe 35/07, no sólo coincide con la opinión de la Corte en el caso citado sino que, además, remite al criterio establecido en otro de sus propios informes. En efecto, en el Informe 12/96, la Comisión había sostenido que tanto la gravedad del hecho como la severidad de la pena en expectativa podrían ser tomadas en cuenta para evaluar la existencia del peligro de fuga, aclarando que estos dos criterios, en sí mismos, no resultaban suficientes para fundar este peligro.

119. En el caso López Álvarez, la Corte ya había definido el principio de proporcionalidad en términos de desigualdad entre la pena y la medida cautelar: "Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido

^{14 &}quot;81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que '[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente', el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que 'no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años'. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo".

establecida. Esto equivale a *anticipar la pena* [nota omitida]" (párr. 69, destacado agregado).

120. Ello significa que *si la medida cautelar es similar a la pena*, la prisión preventiva opera como un anticipo de pena y, por lo tanto, *se infringe la Convención Americana*. Resulta claro que éste es el único sentido que se puede dar a esta oración, ya que sólo puede hablarse de "anticipo" de pena, si la medida cautelar es igual, mayor o similar a la pena aplicable al caso concreto.

121. En el Informe 35/07, la Comisión tomó el criterio de proporcionalidad definido por la Corte y estableció una pauta objetiva para instrumentar la inequivalencia o la desigualdad entre medida cautelar y pena. En este sentido, la Comisión Interamericana, para que se instrumenten de manera efectiva los límites delineados por la Corte IDH y por cuestiones de seguridad jurídica¹⁵, fijó un estándar objetivo para aquellos casos en los cuales se podría llegar a tener en cuenta la gravedad de la pena, al analizar la posible existencia del peligro de fuga.

122. No debemos olvidar que, según los precedentes analizados, la consideración de la variable "gravedad de la pena" no resulta de valoración necesaria y, más allá de ello, dicha gravedad no puede ser utilizada como circunstancia que determine la necesidad de encarcelar preventivamente al imputado.

123. Así, en este Informe se estableció que, en caso de tomarse en cuenta el monto de la pena para dictar la medi-

15 Parece claro que la Comisión, al optar por esta solución al instrumentar la decisión de la Corte, evitó utilizar un criterio abierto que, aplicado erróneamente o de mala fe, permitiría mantener el estado de cosas actual. Esto debe ser tomado en cuenta por los tribunales locales a la hora de tomar cada decisión referida a la eventual aplicación de una medida cautelar.

da cautelar, los Estados se encuentran obligados a tomar en consideración *el mínimo de la escala penal*. En caso de tener en cuenta un monto de pena que exceda el mínimo de la escala penal, ello resultaría contrario a la Convención¹⁶:

"91. Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio. La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido, lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso".

124. Seguidamente, se dispone en el Informe:

"111. A estos fines, como derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración 'en abstracto' de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del 'mínimo' legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que

¹⁶ Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema en su uniforme jurisprudencia. Ver, por ejemplo, Giroldi, Bramajo, Verbitsky, entre otros.

supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial".

125. Así, la Comisión sostiene claramente que en caso de considerarse el monto de pena con que se encuentra conminado el delito, sólo puede considerarse el mínimo, ya que cualquier otra consideración relativa a la expectativa de pena en concreto que realice el juzgador, resultaría violatoria de la garantía del juez imparcial. Apartarse del mínimo legal implicaría realizar un juicio –sin importar que sea provisorio o no– que obligaría al juzgador a tomar partido por una hipótesis determinada acerca de los hechos aún no probados, con lo cual se vería sensiblemente afectada, en consecuencia, su neutralidad. En síntesis:

"177. Por lo demás, la estimación de la pena que, en caso de condena, recaería de acuerdo a las circunstancias del caso constituye, además, una violación a la garantía a ser juzgado por un juez imparcial, al adelantar el magistrado el juicio acerca de la culpabilidad de los imputados (artículo 8(1)). En el presente caso, se ha puesto de manifiesto que, en el transcurso de las distintas instancias, se ha presupuesto que los imputados serían condenados y a una pena de penitenciaría elevada" (Informe 35/07).

126. En el ámbito interno, en el artículo 316 del CPP Nación, el legislador objetivó un monto de pena que consideró lo suficientemente grave como para generar una presunción sobre un pronóstico de fuga. Cuando el tipo delictivo que se imputa tiene previsto un máximo de pena privativa de libertad superior a los ochos años, la imputación es grave a los fines del pronóstico de una probable fuga. En este sentido, en un obiter dictum en el caso Nápoli, nuestra Corte Suprema manifestó que los límites establecidos para denegar la excarcelación fundados en el

monto máximo de la pena considerado en abstracto representan una "presunción" legítima del legislador. El "criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción", se agregó, "se funda... en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación" (cons. 8 y 9).

127. Ahora bien, la Comisión ha dicho que el único monto de pena que podría ser legítimamente considerado a fin de realizar este pronóstico es el mínimo –y no el máximo– de la escala penal. La única manera, entonces, de dar significado al artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación para que su interpretación resulte conforme a los estándares del derecho internacional, consiste en considerar que éste no contiene la referencia al máximo de la pena privativa libértad superior a ocho años.

128. De no darle este significado al artículo 316 del CPP Nación, el juzgador violaría las exigencias de la Convención, tal como ésta ha sido interpretada por sus órganos de aplicación.

129. El artículo 316, CPP Nación, contiene un criterio objetivo para negar la excarcelación, fundado en el máximo de la escala penal aplicable para el delito de que se trate y, por otro lado, la Comisión estableció que sólo podría tenerse en cuenta para determinar la existencia del peligro de fuga, el mínimo de la escala penal. Por este motivo, y por aplicación del principio *pro homine*, no puede limitarse la libertad durante el proceso cuando el máximo de la escala penal resulte superior a ocho años de privación de libertad.

130. En conclusión, por aplicación del principio *pro homine*, se debe ignorar la decisión legislativa de tener en cuenta la gravedad del hecho que se imputa cuando el máximo previsto en el texto legal supere los ocho años.

131. Esta interpretación no permite, en modo alguno, sostener que se ha eliminado un supuesto de excarcelación

y que, por lo tanto, ésta sólo resultaría posible en caso de proceder la condenación condicional. De interpretarse de este modo la regla analizada, se estaría utilizando la Convención Americana, la interpretación de sus órganos de aplicación y el principio *pro homine* para restringir el derecho a la libertad ambulatoria, y no para protegerlo¹⁷.

132. Por supuesto que la gravedad de la pena es sólo un elemento más que puede ser analizado únicamente cuando se encuentren verificados los requisitos restantes, y jamás puede ser el criterio determinante. A ello hay que agregarle lo dicho por la Corte Interamericana en López Álvarez, por su parte, que quita, prácticamente, todo valor indiciario al monto de la pena respecto de la determinación de la existencia de los peligros procesales¹⁸.

133. Finalmente, más allá de que la aplicación de estos estándares implican un avance en materia de protección de las libertades, se debe reconocer que el criterio referido al mínimo de la escala penal es, en verdad, un criterio sustantivista, en tanto también vincula la procedencia de la aplicación de la medida cautelar con la gravedad de la pena con la que se encuentra conminado el delito. Sin embargo, creemos que el uso efectivo de este criterio significará una

17 Como bien explica MAIER, es absolutamente aberrante la práctica de la Corte Suprema y de otros tribunales de interpretar e invocar las garantías y derechos individuales –como el derecho de defensa– para beneficiar la posición del Estado, reconociéndolo como titular de dichas garantías –que sólo protegen a los particulares– y en perjuicio del imputado. El autor cita el fallo de la CSJN, Jofré, Hilda N. y otra, del 24/3/94, en el cual la Corte Suprema anula una sentencia absolutoria por violación de la garantía de "defensa en juicio" y la "garantía constitucional del debido proceso" que, según esta interpretación, le corresponde también al ministerio público (MAIER, Derecho procesal penal, t. I., ps. 710 y ss.).

considerable limitación a la aplicación de la medida cautelar, en tanto la Comisión ha establecido claramente que sólo podrá considerarse el mínimo de la pena a la hora de analizar la presencia de uno de los peligros procesales. En este sentido, compárese en abstracto los resultados de la aplicación del nuevo criterio propuesto a los del encarcelamiento prácticamente automático dispuesto por el artículo 316, CPP Nación.

IV. Plazo razonable

IV. 1. Vencimiento del plazo como causal de cese de la detención

134. El artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso", en términos idénticos el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...". El límite temporal del encarcelamiento preventivo, en este sentido, reconoce el derecho del imputado a ser puesto en libertad si no es juzgado y condenado por sentencia firme en un plazo razonable.

135. Ello significa que el imputado privado de su libertad tiene derecho a que su caso sea llevado a juicio en un "plazo razonable" y, en caso contrario, a recuperar su libertad. En consecuencia, las disposiciones analizadas, contenidas en los tratados internacionales citados —CADH y PIDCyP—, consagran el derecho de todo imputado preventivamente privado de su libertad a obtener un tratamiento

¹⁸ Ver, sobre este punto, II. 2. a., Primera Parte, de este trabajo.

prioritario de su caso dentro de un plazo razonable o cuando esto no es posible, a gozar del derecho a la libertad ambulatoria durante el resto del procedimiento penal seguido en su contra.

derecho del imputado a gozar de la libertad durante el procedimiento penal hasta que se le imponga una sentencia condenatoria firme. Este derecho puede ser restringido a través del encarcelamiento preventivo bajo determinadas circunstancias y requisitos. Pero tal restricción tiene un límite temporal, lo que significa que el Estado cuenta con un período limitado para proteger los fines del proceso mediante la coerción cautelar. Si el Estado no puede obtener la sentencia condenatoria firme en un plazo razonable, se extingue su facultad de restringir la libertad ambulatoria del imputado, y debe dejarlo en libertad.

137. El problema central en torno al plazo razonable consiste, justamente, en determinar cuándo el plazo es razonable. En este sentido, el Informe 35/07 de la Comisión realiza un aporte trascendente que corrige los errores de sus decisiones anteriores.

138. La Comisión señaló que el principio de proporcionalidad –entendido en términos de desigualdad entre pena y medida cautelar – impone a los Estados la obligación de establecer un límite temporal a la duración del encarcelamiento preventivo: "124. El principio de proporcionalidad impone, además de establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, determinar un límite superado el cual la consecuencia ineludible será sustituirla por una menos lesiva o, directamente, disponer la libertad del imputado".

139. Superado este límite temporal, el encarcelamiento preventivo debe cesar, es decir, debe disponerse la libertad del imputado. En algunos casos el encarcelamiento pre-

ventivo puede ser sustituido por una medida menos lesiva. Es evidente que en estos supuestos, el riesgo procesal aún subsiste, ya que de haber desaparecido, la medida no podría haber continuado en virtud del principio de provisionalidad.

140. Ello pues se supone que al momento de solicitar la libertad por agotamiento del "plazo razonable" mencionado en la Convención Americana subsiste la presencia de peligro procesal, pues de lo contrario la medida cautelar no sería legítima por ausencia de alguno de sus presupuestos (existencia concreta de algún peligro procesal –v. gr., peligro de fuga–), y debería haber sido cancelada con anterioridad¹⁹. Es decir que, en verdad, todo caso de limitación temporal presupone *necesariamente* la subsistencia del peligro procesal que ha dado fundamento a la medida cautelar privativa de libertad, pues si no, no habría sido necesario acudir a la estrategia de agotamiento del plazo para obtener la libertad del imputado.

* 141. Por este motivo, una vez concedida la libertad, no resulta posible ordenar nuevamente la detención del imputado, pues el Estado ya ha agotado integramente su facultad de encarcelar a esa persona, jurídicamente inocente, sin haber obtenido una sentencia condenatoria firme en su contra. Por ello, aun cuando existan razones imperiosas que, desde el punto de vista estatal, tornen absolutamente imprescindible la detención, el Estado carece de la facultad de recurrir a ella nuevamente para garantizar los fines del proceso penal. En este sentido, resulta sumamente ilustra-

¹⁹ El principio de provisionalidad del encarcelamiento preventivo exige, en este sentido, el cese del encarcelamiento en cuanto no se mantengan todos los requisitos, condiciones y exigencias que autorizan la utilización del encarcelamiento cautelar.

tiva la opinión de Cafferata Nores: "Si el peligro de burla a la acción de la justicia impide la libertad durante el plazo y la sigue impidiendo después de vencido el plazo: ¿para qué sirve el plazo?"²⁰.

142. Criticando la decisión de la Corte Suprema en el caso Bramajo, el mismo autor señaló:

"Es que siendo el peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga el argumento para imponer y mantener en el tiempo el encarcelamiento procesal, a cuya duración la ley le impone un término máximo, no puede volver a reinvocarse como argumento para prolongar la duración del encierro que aquel plazo quiere limitar... En verdad la Corte ha desconocido al transcurso del tiempo como causal de cese de la prisión preventiva, al condicionar la libertad a que desaparezca el riesgo de fuga o entorpecimiento, porque esta desaparición, con término fijado en la ley o sin él, ocurrida antes (o incluso después de su agotamiento), deberá determinar el inmediato cese de la prisión preventiva, al dejarla privada de todo fundamento y no sólo de su razenabilidad temporal, exigida por el estado jurídico de inocencia que el derecho le reconoce a quien está privado de su libertad sin haber sido condenado"21.

143. En esos supuestos, la única detención posible es la que tiene por objeto lograr la comparecencia coactiva del imputado para la realización de un acto procesal –v. gr., ser trasladado al juicio–, que debe cesar tan pronto se concluve con el acto²².

144. En este sentido, en el Informe se sostuvo:

"134. Una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir; aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar. Porque la necesidad de establecer un plazo razonable responde, precisamente, a la necesidad de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar, en aquellos casos en los que aún subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar. De no ser así, la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento".

145. De lo que se trata claramente es de establecer un límite temporal absoluto que restrinja la posibilidad del Estado de privar de libertad a personas que, si bien se hallan sometidas a persecución penal, son jurídicamente inocentes. Lo cierto es que las disposiciones de los instrumentos internacionales citadas tienen la finalidad de establecer un límite temporal insalvable a la facultad estatal de detener preventivamente a personas inocentes. Ello implica que el Estado sólo cuenta con la posibilidad de encarcelar a inocentes durante cierto tiempo, más allá del cual se ve obligado a ordenar la libertad, aun cuando subsista el peligro procesal que ha fundado la medida de coerción aplicada.

146. El establecimiento del límite temporal, en consecuencia, exige la concesión de la libertad una vez agotado el plazo considerado "razonable", sin importar las conse-

²⁰ Cafferata Nores, Limitación temporal a la prisión preventiva, p. 198.

²¹ Ídem, ps. 197 y siguiente.

²² Sobre las importantes diferencias entre la cesación del encarcelamiento y la excarcelación, cf. Paston, Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo, ps. 289 y ss.; Cafferata Nores, Limitación temporal a la prisión preventiva, ps. 196 y siguientes.

cuencias que esa decisión acarree respecto de la posibilidad de realización de los intereses del Estado en la persecución penal. No se trata, entonces, de un motivo de excarcelación tradicional, supeditado a la verificación de la existencia de la necesidad efectiva de neutralizar peligros procesales, sino de un motivo de *cese de la detención*, que implica la exigencia de otorgar la libertad por el solo transcurso del plazo, resignando –en verdad, relativizándolos– los intereses estatales, y la imposibilidad de ordenar una nueva privación de libertad cautelar en el futuro.

IV. 2. Determinación de la razonabilidad del plazo

147. El tema de la determinación de la razonabilidad del plazo fue tratado especialmente en el Informe 35/07. Por un lado, la Comisión cambió su criterio respecto al carácter vinculante de aquellas reglas del derecho interno que establecen un plazo determinado –v. gr., art. 1, ley 24.390—. Por otro lado, estableció un estándar objetivo respecto a cuándo el plazo de duración del encarcelamiento preventivo deja de ser razonable. Este estándar debe ser aplicado cuando los Estados parte no hayan fijado un límite legal objetivo o, en caso de haberlo hecho, en aquellos supuestos en los cuales el estándar fijado por la Comisión resulta más beneficioso.

148. La primera cuestión de relevancia que se decidió en el Informe fue la de determinar que, en aquellos Estados parte en los cuales la legislación interna establece un límite temporal determinado –como sucede con el art. 1, ley 24.390–, una vez vencido ese plazo el encarcelamiento debe cesar. En este punto, la Comisión corrige la errónea doctrina que, por ejemplo, aplicó en el caso Giménez²³.

149. En el Informe de ese caso, la Comisión consideró que no se podía "establecer en forma abstracta el 'plazo razonable' de prisión sin condena... No se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea 'razonable' per se, solamente basándose en lo que prescribe la ley" (párr. 67). En consecuencia, la Comisión señaló "que no es posible definir el concepto de 'plazo razonable'..." y que los Estados "no tienen la obligación de fijar un plazo fijo" (párr. 69).

150. La decisión de la CIDH no distinguió la diferente situación, entonces, entre aquellos países que tienen un plazo máximo de encarcelamiento procesal determinado legalmente y aquellos países que no lo tienen, pues la única función que asignó al establecimiento legal previo del plazo en el derecho interno consistió en la posibilidad de que cada Estado "determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*" (párr. 70).

151. Aquí la Comisión incurrió en un error grave. Con su interpretación permitió que una detención sea considerada *legítima* aun después de transcurrido el plazo que el propio Estado se había impuesto a través de una disposición legal.

152. En este contexto, no se puede tratar de igual manera a los países que no han regulado en su derecho interno el concepto de "plazo razonable" de la detención preventiva que a aquellos que, en cambio, sí han adoptado normas jurídicas que regulan expresamente este instituto. En este último caso, se trata de países que, como Estados parte de la Convención, han establecido y, por ende, reconocido de manera explícita, la máxima extensión del plazo. La única manera de aplicar la Convención en el supuesto de plazos máximos de privación de libertad previstos legalmente consiste en la obligación ineludible de ordenar la libertad del procesado en todos los casos en que dicho plazo se haya agotado, y en la imposibilidad absoluta de prorrogar ese plazo.

²³ Informe nº 12/96 (Argentina) Jorge Alberto Gimenez.

153. Sin embargo, la interpretación de la Comisión permitía considerar que la "detención puede ser razonable aún después de cumplido [el plazo legal]" (párr. 75). Al mismo tiempo, se afirmó que la "detención sin condena puede no ser razonable aunque no exceda [el plazo legal]" (párr. 72).

154. Esta decisión violó de modo manifiesto el principio pro homine, que no sólo es un principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos, sino que está reconocido expresamente en el artículo 29 de la Convención Americana²⁴. Ello pues se invocó la interpretación del artículo 7.5 de la Convención para no aplicar una ley vigente que resultaba más beneficiosa para el detenido.

155. Afortunadamente, en el Informe 35/07 la Comisión aplicó correctamente el principio *pro homine*:

"137. Sin perjuicio de ello, en aquellos Estados en los que se ha establecido un límite objetivo a la actividad procesal, si la legislación interna concede un mayor goce de los derechos que la Convención, se debe aplicar aquélla en virtud del principio pro homine (artículo 29(b) de la Convención).

138. En este sentido, cuando un Estado ha resuelto autolimitarse en el ejercicio de su poder cautelar en el marco de una investigación criminal, ha realizado una evaluación de costos y beneficios en términos de respeto a los derechos al imputado frente al poder coercitivo estatal y ha llegado a la conclusión de que superado ese límite temporal, el Estado se

habrá excedido más allá de lo tolerable en el uso de su poder de policía".

156. Resulta indiscutible que las reglas de la ley 24.390 instrumentan el derecho garantizado en el artículo 7.5 de la Convención. Es por ello que el actual artículo 10 de la ley 24.390, reformada por la ley 25.430, establece: "La presente ley es reglamentaria del artículo 7°, punto 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e integra el Código Procesal Penal de la Nación".

157. En este aspecto se ha corregido una errónea interpretación de las reglas de la Convención con relación al plazo razonable del encarcelamiento preventivo. En efecto, desde los primeros casos del sistema interamericano se aplicaron los estándares de la jurisprudencia europea —que se referían a países que no contaban con un plazo legal—.

158. La versión actual de la ley 24.390 —corregida y empeorada por la ley 25.430—, para fijar el plazo razonable de privación de libertad, sólo computa el plazo de detención desde el inicio del procedimiento hasta que se dicta la sentencia del tribunal de juicio, a pesar de que dicha sentencia no adquiera firmeza hasta agotar las vías recursivas²⁵. Esta circunstancia permite impugnar el régimen legal vigente en nuestro país, porque toda la jurisprudencia del sistema interamericano, al vincular el límite temporal de la detención con el principio de inocencia, no autoriza a admitir distinción alguna entre imputados juzgados o no juzgados.

159. Ante la falta de sentencia condenatoria firme, todos somos inocentes. Como dijera el juez Marshall de la Corte

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

^{24 &}quot;Artículo 29. Normas de Interpretación

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

²⁵ En el ámbito nacional, el recurso de casación y el recurso extraordinario federal; en el ámbito provincial, el recurso de casación, el recurso ante el superior tribunal local y el recurso extraordinario.

Suprema Federal de los Estados Unidos: "Nuestro principios fundamentales de justicia declaran que el imputado es tan inocente el día anterior al juicio, como lo es en la mañana siguiente a su absolución".

160. Esta manera de regular el plazo razonable de la detención ha sido duramente criticada por la propia Corte IDH, como sucedió en la sentencia de López Álvarez:

"129. El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva [nota omitidal. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito. 130. En el presente caso el primer acto de procedimiento se dio con la aprehensión del señor Alfredo López Álvarez ocurrida el 27 de abril de 1997, fecha a partir de la cual se debe apreciar el plazo, aún cuando en este punto se trate del plazo para la realización del proceso, no para la duración de la detención, en virtud de que aquella fue la primera diligencia de que se tiene noticia en el conjunto de los actos del procedimiento penal correspondiente al señor López Álvarez. Para determinar si el plazo fue razonable es preciso tomar en cuenta que el proceso concluye cuando se dicta sentencia firme; en este momento concluye el ejercicio de la jurisdicción de conocimiento [nota omitida]. En materia penal el plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse" (destacado agregado).

161. Si bien en los párrafos citados se hace referencia al plazo razonable del proceso, el texto pone de manifiesto que el mismo criterio ha sido establecido para el plazo del encarcelamiento preventivo.

162. En síntesis, en nuestro derecho, conforme la correcta doctrina del sistema interamericano, el plazo

razonable de la detención del artículo 7.5 es el plazo de dos años del artículo 1 de la ley 24.390 –computándose desde el primer acto del procedimiento hasta que la sentencia adquiere firmeza—.

163. En este sentido, en el Informe se sostuvo:

"139. Sin embargo, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre. Debajo de él, habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención es legítima" (en realidad, debió escribirse: "el no agotamiento del plazo, no hace presumir que la detención es legítima").

164. Armonizando el estándar fijado por la Comisión con nuestra legislación, resulta evidente que el plazo razonable de duración del encarcelamiento preventivo es el establecido en la ley 24.390, es decir, dos años²⁶.

165. Desde un punto de vista más general, la Comisión estableció, en el Informe 35/97, un criterio guía para la determinación del plazo razonable cuando éste no ha sido regulado legalmente. En este sentido, consideró que el límite temporal al encarcelamiento preventivo es el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo de la pena que corresponde al delito imputado.

26 Si bien el art. 1 de la ley 24.390 modificada por la ley 25.430 admite excepcionalmente la prórroga del plazo por un año más—esto es, hasta tres años—, la regla es, de manera cierta, el-límite de dos años. En este punto, no se puede utilizar como regla el plazo de tres años en abstracto, del mismo modo que no puede utilizarse el monto máximo de la escala penal.

166. Este marco temporal es un límite, esto es, representa el máximo tiempo que el Estado puede detener a un inocente. No implica, en modo alguno, una autorización para detener hasta agotar el plazo. La Comisión sostuvo en el Informe 35/07:

"136. Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente".

167. Una vez agotado el plazo razonable de duración del encarcelamiento preventivo, esa medida cautelar no puede ser dispuesta nuevamente, sólo puede volver a dictarse si no se ha agotado el plazo razonable, es decir, si no se ha alcanzado su límite temporal, por supuesto, cuando se encuentren presentes todos los requisitos para dictarla. El plazo de detención ya cumplido, obviamente, debe computarse como cumplimiento de pena en aquellos casos en los cuales se imponga una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo.

168. Sin embargo, cuando el nuevo estándar fijado por la Comisión –dos terceras partes del mínimo de la escala penal– resultara menor al plazo establecido en la ley 24.390, debe aplicarse aquel límite temporal, en virtud del principio *pro homine*.

169. Como veremos, los estándares del sistema interamericano en materia de determinación de la razonabilidad del plazo también comprenden otras cuestiones de relevancia para nuestro derecho. Así, por ejemplo, en el caso López Álvarez, la Corte IDH sostuvo que la duración del proceso es responsabilidad exclusiva del Estado:

"135. Las nulidades, que sirvieron al propósito de adecuar los procedimientos al debido proceso, fueron motivadas por la falta de diligencia en la actuación de las autoridades judiciales que conducían la causa. El juez interno, al realizar las actuaciones posteriormente anuladas, incumplió el deber de dirigir el proceso conforme a derecho. Esto determinó que la presunta víctima fuese obligada a esperar más de seis años para que el Estado administrara justicia".

170. En el Informe 35/07 se reafirmó el criterio de la Corte IDH, en cuanto a que se aclaró que son los Estados los que deben organizar el proceso de modo tal que sea tramitado con la celeridad necesaria:

"132. Es importante que los Estados pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la máxima premura y, así, evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada, violando la defensa en juicio y el principio de inocencia".

171. En cuanto a la posibilidad de considerar la actividad de la defensa, si es calificada en relación con el

cómputo del plazo razonable²⁷, la Comisión sostuvo en el Informe:

"130. ... las actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso.

131. Sin embargo, sí se podrá imputar la necesidad de mantener la prisión preventiva a la actividad del imputado si obstaculizó, deliberadamente, el accionar de la justicia, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse; no comparecer injustificadamente. Nunca, bajo ningún concepto, se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Éstos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido, han sido regulados para su plena utilización".

172. Como se puede apreciar, la ley 24,390 vigente, en la gran mayoría de sus disposiciones, resulta incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.

Tercera Parte

²⁷ Una excelente sistematización del tema se puede leer en Albanese, El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales

1. Preliminares

173. Como ya adelantáramos en la Introducción de este breve trabajo, no se trata de una obra teórica, en el sentido de teoría que pretende satisfacer el tratamiento de todos y cada uno de los temas del objeto de análisis aquí presentados en el marco del aula universitaria: estándares del derecho internacional de los derechos humanos –más precisamente, del sistema interamericano– desarrollados por los órganos de protección en materia de encarcelamiento preventivo.

174. Por el contrario, hemos tratado de describir dichos estándares no con el objeto de determinar cuál es la doctrina de los órganos de protección en esta materia, sino para individualizar aquellos desarrollos que presentan un potencial razonable como herramientas de litigio para impugnar el uso y el abuso de la privación de libertad "cautelar" de personas inocentes.

175. Pasemos ahora, entonces, a proponer los desarrollos analizados como herramientas de litigio.

II. Presupuestos de los planteos

176. Más allá de los principios de interpretación propios de los derechos humanos –v. gr., pro homine, pacta sunt servanda, buena fe, etc.–, es importante destacar en cada escrito en el que se impugne el encarcelamiento preventivo y las condiciones en que éste se cumple, al menos dos cuestiones.

177. Una es la opinión sobre el funcionamiento real y cotidiano de la institución carcelaria señalada no por un criminólogo crítico, sino por el entonces Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"10. ... El proceso y las prisiones han sido, son y tal vez serán —ojalá que no fuera así— escenarios de las más reiteradas, graves y notorias violaciones de los derechos humanos. Es hora de que se vuelva la mirada hacia estos escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos radicalmente.

12. Por eso es precisamente ahí, en los dominios de la justicia penal, donde resulta más necesario 'trabajar' el tema de los derechos humanos...

43. El Poder Judicial se ha concebido, en esencia, para asegurar el imperio del derecho en las relaciones sociales: las que surgen entre particulares y las que se desenvuelven entre el poder político y los ciudadanos. Es el 'poder garantizador' por excelencia. De ahí que se exijan tantas calidades, e incluso virtudes, a quien ejerce la función judicial spor encima de las que se suelen requerir de los depositarios de otras potestades, entre ellas las representativas-, y de ahí que se prometa a los particulares el acceso a la justicia por medio de tribunales independientes, imparciales y competentes. La inmediación judicial es prenda de esta promesa. El juez instructor, el juez de garantías, el juez de conocimiento tienen, en sustancia, esa función. Así lo espera el justiciable, pendiente de que las manos de la policía o del acusador oficial no sean las únicas que conduzcan su suerte a partir del momento en que surge la controversia penal.

44. Sin embargo, muchas circunstancias militan en contra del cumplimiento de esa promesa inherente al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica de los ciudadanos, que creen estar al amparo de éste" (voto razonado de Sergio García Ramírez, en el caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004).

178. Sobre este carácter "garantizador" de los derechos individuales del poder judicial –nos referimos exclusivamente a los órganos judiciales; excluimos al ministerio público, aun en aquellas jurisdicciones en las cuales éste integra el poder judicial¹, como sucede, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires–, hay que insistir hasta el cansancio, con el objeto de transformar las pautas culturales de fuerte naturaleza inquisitiva de nuestra práctica judicial. En este sentido, hay que erradicar la percepción generalizada sobre el papel del poder judicial en materia penal que, en sistemas de enjuiciamientos tales como el del CPP Nación, abandona su deber garantizador al asumir como propias una numerosa variedad de facultades requirentes o persecutorias.

179. A ello se debe sumar una cláusula constitucional que establece desde 1853 un modelo político-criminal acerca de las prisiones. El reconocimiento normativo del principio de legalidad material y de los derechos fundamentales que se invocan actualmente para justificar la necesidad de dotar de legalidad a la institución carcelaria no es reciente; data, por lo menos, del siglo XIX. Lo único reciente es la variación del *sentido* y del *alcance* que la práctica jurídica reconoce a esos principios en relación con las personas privadas de libertad. El texto constitucional argentino estableció, ya en 1853, una especial protección para las

¹ Hacemos referencia a la función material del poder judicial y del ministerio público. En este sentido, sin importar a qué rama del gobierno corresponde –o si, como en el sistema nacional, es un ministerio público fiscal autista-, el contenido sustancial de la actividad investigativa, persecutoria y requirente es esencialmente una función propia del poder ejecutivo y no del poder judicial. Ver Bovino, *Ministerio público y poder ejecutivo*.

personas en prisión. El artículo 18 de la Constitución Nacional, en este sentido, establece en su última frase:

"Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

180. La cláusula citada impone desde el siglo XIX todo un programa sobre la institución carcelaria. No sólo establece límites insalvables para la injerencia estatal sobre las personas privadas de libertad sino que, además, dispone la obligación de que toda medida restrictiva de derechos sea resuelta judicialmente. La mayor fuerza de contención del maltrato intrínseco de la institución carcelaria proviene, con seguridad, de que ésta es una de las pocas cláusulas de nuestra Constitución Nacional -sino la única- que atribuye responsabilidad personal y directa a los jueces por el incumplimiento de sus deberes normativos, como garantes de los derechos fundamentales de todas las personas sometidas a la jurisdicción de nuestro país. A pesar de las posibilidades que el texto constitucional brindaba -y aún brinda-, ni los legisladores ni los tribunales argentinos extrajeron de él consecuencia alguna. La disparidad del tratamiento jurisprudencial entre la protección de derechos constitucionales de personas en libertad y de personas encarceladas ha sido tremenda. El desarrollo jurisprudencial de la protección de la propiedad privada y la creación pretoriana del instituto del amparo, en este sentido, demuestran esta inmensa disparidad².

181. A continuación enunciaremos una serie de casos en los cuales resulta posible impugnar ciertas normas o doctrinas jurisprudenciales vigentes en nuestro derecho interno a partir de los estándares del sistema interamericano que hemos analizado.

182. La estructura del próximo apartado es la siguiente:

a) descripción de un caso que refleja prácticas más o menos arraigadas de nuestros tribunales de justicia penal;

b) descripción del problema que el caso plantea desde el punto de vista de las exigencias internacionales; y

c) planteo y desarrollo de los argumentos necesarios para justificar la incompatibilidad del caso con los estándares del sistema interamericano en materia de encarcelamiento preventivo.

183. Este último punto será redactado con cierta extensión en unos pocos casos y a título de ejemplo. En el resto, se remitirá a los párrafos aplicables que fueron desarrollados con anterioridad.

III. Casos problemáticos a la luz de los estándares analizados

Caso 01

El tribunal toma la decisión de ordenar el encarcelamiento preventivo atendiendo exclusivamente al mérito sustantivo. En este caso pueden darse dos tipos de supuestos: a) aquellos que frontalmente sostienen que

² Los fallos Siri (Fallos 239:459, 27/12'57) y Kot (Fallos 241:291, 5/9/58) de la Corte Suprema argentina crearon la acción de amparo con-

tra actos del Estado y de particulares. Estas sentencias fueron calificadas como "un acontecimiento extraordinario en el mundo del derecho: la creación judicial de un nuevo procedimiento que permite una defensa oportuna de los derechos constitucionales en circunstancias que los remedios legales ordinarios resultan ineficaces" (MILLER, GELLI, y CAYUSO, Constitución y poder político, t. 1, p. 526).

los indicios de culpabilidad justifican la detención, y b) aquellos supuestos como el del voto de RIGGI en Chabán, que transforman la detención preventiva en una medida punitiva³.

a) Problema

Se deja de lado que la sospecha sustantiva de responsabilidad penal personal del imputado es sólo un *presupuesto* de la privación de libertad de quien goza del estado de inocencia –en verdad, es un presupuesto de la persecución penal–, que de ningún modo puede justificar el dictado de la medida restrictiva de la libertad ambulatoria de quien goza del derecho constitucional de permanecer el proceso en libertad. Ver Primera Parte, punto II. 1, párrs. 034 a 040.

b) Planteo y argumentos

Para que la prisión preventiva sea legítima debe verificarse –como *presupuesto* fundamental para dictarla– el mérito sustantivo, es decir, deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar (párr. 77). En verdad, la existencia del mérito sustantivo es un *presupuesto* de la persecución penal, no de la medida cautelar.

Ello significa que debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no se determina que existe una probabilidad de participación personal del imputado en un acto delictivo, la medida de coerción procesal pierde todo sustento –y la

³ Sobre este tema ver Bovino, Un voto cínico. A propósito del voto de Riggi en el caso Chabán.

misma persecución penal—. En consecuencia, para poder privar anticipadamente de libertad al imputado, el órgano acusador estatal debe contar con elementos de prueba que indiquen que existe una gran probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible⁴.

Según el Convenio Europeo, sólo se puede privar de la libertad a una persona cuando existen indicios racionales –es decir, elementos probatorios– de que se ha cometido un delito (art. 5.1)⁵. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado esta exigencia definiendo los indicios racionales "como la existencia de hechos o de informaciones que convencerían a un observador objetivo de que dicha persona puede haber cometido el delito"⁶.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana, al áfirmar:

⁴ La exigencia de comprobacion del mérito sustantivo de la imputación deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias. El art. 9.1, del Pacto Internacional establece: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias". La Convención Americana, por su parte, dispone en su art. 7.3: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

⁵ Otros instrumentos internacionales también contienen referencias acerca de la necesidad de comprobar el mérito sustantivo de la imputación. El art. 5 del Proyecto de Principios sobre el Derecho a no ser Arbitrariamente Detenido o Preso, por ejemplo, exige la verificación de "motivos racionalmente suficientes" que funden la eventual responsabilidad del imputado. La Resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, inc. b, establece que sólo se podrá imponer prisión preventiva "cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito...".

⁶ TEDH, Caso Fox, Campbell y Hartley, decisión del 30/8/90, citado en Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 12.

"105. Quedó probado que el 4 de octubre de 1995 el Juez Primero de lo Penal del Guayas dictó auto cabeza del proceso y ordenó la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, quien permaneció detenido casi 28 meses (*supra* párr. 90.18). El Código de Procedimiento Penal establecía que '[e]l juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: 1. Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y 2. Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso (...)" (artículo 177).

107. El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención" (destacado agregado).

En idéntico sentido resolvió en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005:

"198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite

⁷ Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador.

la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención" (destacado agregado).

El criterio quedó expresamente reafirmado en el caso López Álvarez, donde la Corte Interamericana señaló:

"74. No fue sino hasta el 13 de enero de 2003, casi cinco años después de aparecer el problema probatorio el 4 de mayo de 1998, cuando el Juzgado de Letras Seccional de Tela se manifestó sobre la contradicción de la prueba y dictó sentencia absolutoria a favor del señor Alfredo López Álvarez con fundamento en que 'exist[ieron ...] dos dictámenes toxicológicos con resultados distintos y tratándose (...) de la misma evidencia no qued[ó ...] comprobado el cuerpo del delito' (supra párr. 54.40). Dicho fallo fue confirmado el 29 de mayo de 2003 (supra párr. 54.41) por sentencia de la Corte de Apelaciones de la Ceiba...

(...)

75. Al mantener a la presunta víctima bajo prisión preventiva en tales condiciones, se violó su derecho a no ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario e ilegal"⁸.

⁸ Tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han sido muy confusas en los pronunciamientos referidos a detenciones ilegales y arbitrarias. En ocasiones se ha utilizado el término "detención arbitraria" en supuestos de detenciones ilegales y clandestinas cometidas por miembros de las fuerzas de seguridad (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 155). En otras ocasiones, como sucede en este caso, considera ilegal y arbitraria la detención, sin que quede claro cuáles son los motivos. Por último, en otros casos ha distinguido y aplicado ambos supuestos de manera más acertada, como sucedió en el caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47. Sobre este tema, ver Bovino, *La libertad personal en el sistema interamericano*, especialmente ps. 353 y siguientes.

Caso 02

El tribunal justifica la imposición de la medida privativa de la libertad en algo diferente al fin cautelar (repercusión social del hecho, peligro de reincidencia, peligrosidad del autor).

a) Problema

No se respeta la justificación exclusivamente cautelar que tiene el encarcelamiento preventivo. Al tratarse de una medida cautelar, sólo puede tener como objetivo la neutralización de los peligros procesales (peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la averiguación de la verdad). Ver Primera Parte, II. 2, párrs. 041 a 056, y Segunda Parte, punto III. 3, párrs. 110 a 117.

b) Planteo y argumentos

La Comisión –en el Informe 35/07– afirma una vez más la exigencia de que se constate la existencia de riesgos procesales en el caso concreto para disponer la medida cautelar. Sólo la verificación de la presencia de algunos de estos peligros (que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o que intente obstaculizar la investigación judicial), autoriza la imposición del encarcelamiento preventivo. Ningún otro fundamento puede legitimar la medida (párr. 81).

Se descarta expresamente la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como la "alarma social" o la "repercusión social del hecho"; la "peligrosidad" del imputado o el peligro de reincidencia (párrs. 84 y 141). En palabras de la Comisión, "esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad" (párr. 141). Es decir que la utili-

zación de estos criterios para fundar el encarcelamiento preventivo resulta violatoria del principio de inocencia y, también, del principio de igualdad, en tanto instaura un tratamiento distinto fundado en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinado tipo de delitos.

En este Informe se insiste en la necesidad de que el riesgo o peligro procesal invocado para dictar la medida cautelar esté fundado en circunstancias objetivas en tanto "la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito" (párr. 85).

Ello exige que el encarcelamiento preventivo tenga una exclusiva finalidad procesal, esto es, que sólo se aplique para garantizar la realización de los fines que el proceso penal persigue, y no para alcanzar una finalidad que sólo pueda ser atribuida a la coerción material o sustantiva (la pena). En consecuencia, sólo se puede permitir la privación de libertad de un imputado si se verifican todos sus requisitos y, además, si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso (y nada más que ellos)⁹.

En este sentido, tanto el texto de la Convención Americana 10 como el del Pacto Internacional 11 son claros al asignar el único propósito legítimo al encarcelamiento de personas jurídicamente inocentes.

⁹ Cf. Solimine, Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, ps. 20 y siguientes.

^{10 &}quot;... Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" (art. 7.5).

^{11 &}quot;... su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo" (art. 9.3).

Así lo determinó firmemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello pues la segunda exigencia fundamental que la Corte derivó del principio de inocencia en el caso Suárez Rosero¹² consistió en el *fin exclusivamente procesal* atribuido a la coerción cautelar como presupuesto de su legitimidad. La Corte determinó, en este sentido, que del "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"¹³.

En el ámbito interno, tanto la doctrina CAFFERATA NORES, LEDESMA, MAIER, SERGI, SALT, SOLIMINE, PASTOR-como la jurisprudencia –v. gr., Nápoli (CSJN); Macchieraldo", CNCP– reafirman esta exigencia, con lo cual de acuerdo con este abrumador cuadro teórico y jurisprudencial, la decisión de fundar el encarcelamiento cautelar en cualquier otro criterio viola las normas legales, las normas constitucionales y las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Caso 03

Cuando la justificación de la prisión es sólo aparente (detención arbitraria). Suele suceder cuando algún fuero o tribunal se pone al servicio del Poder Ejecutivo, y se dicta un auto de encarcelamiento preventivo. Otro caso paradigmático es aquel en el cual la verda-

¹² Corte IDH, Caso Suárez Rosero (Ecuador), Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

a) Problema

En estos casos, estamos ante un supuesto de detención dictada arbitrariamente. Ello pues, si bien el auto de encarcelamiento es dictado o confirmado por el superior dentro de los criterios legítimos de nuestro ordenamiento jurídico, el motivo real de la decisión –no mencionado– constituye un abuso de poder.

b) Planteo y argumentos

Toda privación de la libertad física de una persona, para resultar legítima, debe ser una detención "legal", en el sentido del artículo 7.2 de la Convención Americana. Además de legal, la detención no debe ser arbitraria. En el caso Gangaram Panday, la Corte Interamericana estableció que el concepto de arbitrariedad contenido en el artículo 7.3 prohíbe detenciones "por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad" 14.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por otra parte, entre esas "otras cosas" ha considerado arbitrarias las detenciones injustas, inadecuadas o realizadas violando el debido proceso¹⁵.

¹³ Caso Suárez Rosero, párr. 77 (destacado agregado).

¹⁴ Corte IDH, Caso Gangaram Panday, párr. 47.

¹⁵ Véase Cassel, El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva, pág. 42.

Así, es evidente que el concepto de "detención arbitraria" no es un concepto cerrado, sino, por el contrario, es un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la Convención Americana. Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a requisitos lícitos, sino a cualquier otra razón ilegítima –por ejemplo, persecución del adversario político–¹⁶.

El Comité de Derechos Humanos ha considerado que la necesidad ineludible de ordenar el encarcelamiento de una persona inocente constituye un presupuesto cuya ausencia determina la *arbitrariedad* de la detención (artículo 7.3, CADH)¹⁷. De todas maneras, se podría arribar a la misma

16 Algunos motivos de arbitrariedad, en este aspecto, podrían ser asimilados a los conceptos de persecución selectiva (selective prosecution) y de persecución vindicativa (vindictive prosecution) del derecho procesal penal estadounidense. La posibilidad de controlar una persecución selectiva se funda en la cláusula constitucional de igualdad ante la ley (equal protection of the laws clause). La Corte Suprema federal, en el caso Wayte v. United States, 448 US 598 (1985), estableció que la persecución es selectiva si se demuestra, en primer lugar, que el imputado ha sido tratado de manera diferente a otras personas en similares circunstancias, y en segundo término, que la decisión concreta acerca de su persecución se fundó en circunstancias ilegítimas, tales como la raza, la religión o las creencias políticas. La posibilidad de controlar judicialmente una persecución vindicativa se funda en la cláusula constitucional del debido proceso (due process clause). La persecución es vindicativa si el fiscal utiliza la decisión de iniciar la persecución para castigar a quien ha ejercido sus legítimos derechos constitucionales o legales. Véase los casos Blackledge v. Perry, 417 US 21 (1974); Bordenkircher v. Hayes, 434 US 357 (1978); United States v. Goodwin, 102 S. Ct. 2485 (1982).

17 Así lo ha considerado el Comité de Derechos Humanos, que afirmó que, en todos los casos, la detención debe ser *necesaria*, caso Mukong", párr. 9.8, citado por Cassel, *El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva*, p. 42.

conclusión, respecto a la ilegitimidad de la detención, a partir del principio de inocencia (artículo 8.2, CADH), sin necesidad de invocar la prohibición de detener arbitrariamente.

La dificultad de este supuesto consiste en demostrar el motivo que torna arbitraria la detención. Utilizaremos como ejemplo algunos comentarios críticos que se hicieran a los votos de RIGGI y TRAGANT en el caso Chabán.

"Para no quedarse atrás en sus llamativos argumentos, Tragant también se preocupó por *declarar culpable* a Omar Chabán antes de que se demostrara su culpabilidad, quebrando así su estado jurídico de inocencia. En este sentido, Tragant afirmó:

Se pondrá fin así, a la grotesca consecuencia derivada de la decisión bajo inspección, consistente en que quien se encuentra enfrentando la firme imputación de ser autor de graves delitos, esté disfrutando de una 'libertad diferenciada' para la que se están destinando decenas de custodios de las fuerzas de seguridad para preservarlo de supuestos ataques o agresiones de terceros, sustrayendo ese personal de las específicas y numerosas tareas que ordinariamente deberían cumplir. No es fácilmente explicable que cuanto mayor sea la magnitud del daño causado y la cantidad de afectados (varios cientos) por los delitos, también mayor sea la protección que la propia sociedad deba brindarle (destacado agregado).

De modo claro, al hacer referencia a la 'magnitud del daño causado', no concedió a Chabán ni siquiera el beneficio de la duda. Además, expresó su molestia por el hecho de que se le atribuyera una custodia como si eso fuera culpa del propio Chabán—, opinión personal ajena al objeto de la decisión y a su función jurisdiccional, y, además, formuló una distinción entre quienes resultan procesados por hechos graves —jurídicamente inocentes— y las demás personas, en relación a su derecho a que el Estado les garantice la protección de su vida o, por lo menos, de su integridad física; distinción que no tiene

fundamento jurídico alguno más que la opinión personal que a Tragant le merece Chabán, a quien ya declaró culpable con el grado de certeza para condenar" 18.

En el comentario citado, en verdad, se hace un análisis mucho más exhaustivo –al que remitimos– de las razones invocadas por RIGGI para ocultar el único fundamento de su voto: la necesidad de dar respuesta al clamor público.

De todos modos, debe quedar claro que no hay ningún "modelo correcto", ni para formular planteos en general, y mucho menos para desarrollar los argumentos para impugnar las circunstancias del caso particular.

• Caso 04

Cuando se dispone el encarcelamiento preventivo por peligro de entorpecimiento de la averiguación de la verdad y se neutraliza el peligro en las primeras etapas de la investigación.

a) Problema

Como hemos visto, la justificación de la privación de libertad depende del cumplimiento de varios requisitos, que se deben mantener en el tiempo mientras dura la privación de libertad. Si una vez dictada la prisión preventiva observando estrictamente el cumplimiento de todas estas exigencias, una o más de ellas desaparecen, el encarcelamiento preventivo debe cesar. Ver Segunda Parte, puntos II. 1 y II. 2, párrs. 083 a 091, y 092 a 100.

b) Plantco y argumentos

La impugnación de un supuesto como éste se puede fundar en los párrafos citados en el punto anterior, y en numerosas opiniones doctrinarias. De los argumentos ya desarrollados aquí, transcribiremos los que expresan en mejor medida el sentido y alcance del principio de provisionalidad.

"083. Uno de los principios limitadores de la coerción cautelar durante el procedimiento penal al cual se prestó especial atención en el Informe 35/07 es, sin duda, el principio de provisionalidad. Éste requiere que todos los presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento preventivo subsistan mientras dure la privación de libertad. La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima transforma a la continuación de esa detención tan ilegítima como a una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal.

084. El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten *todas y cada una* de las circunstancias que fundaron la necesidad inicial de ordenar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva, al extenderse en el tiempo, sólo es legítima en la medida en que continúen existiendo todos sus presupuestos. En este punto, el Informe de la Comisión es contundente:

'105. Otra condición del carácter cautelar de la prisión preventiva es que está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (provisionalidad).

108. El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar'.

085. La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima torna a la continuación de esa detención tan ilegítima como una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal.

¹⁸ Bovino, Un voto cínico. A próposito del voto de Riggi en el caso Chabán", p. 129. El trabajo también se puede consultar en la red (www.pensamientopenal.com.ar, Sección Doctrina).

En cuanto a la doctrina, Pastor señala que:

"... [la] privación de libertad durante el proceso deberá finalizar no bien cesen las causas que la justificaron. El imputado recuperará su libertad inmediatamente después de que desaparezca el peligro de fuga o se haya asegurado la prueba o pruebas cuya adquisición podía ser perturbada por él" 19.

En el mismo sentido, se afirma:

"Todos los requisitos, presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento anticipado carecerían de sentido si sólo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así fuera una detención inicialmente legítima podría tornarse arbitraria sin que pudiera remediarse tal situación. Por este motivo, se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva. El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva sólo es legítima en la medida en que continúen existiendo *todos* sus presupuestos"²⁰.

• Caso 05

Cuando se dicta el encarcelamiento preventivo con el control judicial de las exigencias sustantivas requeridas por los estándares del derecho interno e internacional y, sin embargo, no se regulan mecanismos para el control judicial posterior que permite el respeto efectivo del principio de provisionalidad.

a) Problema

Es un requisito ineludible para mantener la privación de libertad del imputado el efectivo control de las exigencias que la justifican mientras se mantenga el encarcelamiento. Ello requiere el cumplimiento de dos deberes: a) la posibilidad de que el imputado privado de su libertad impugne la subsistencia del encarcelamiento con posterioridad a su dictado inicial, y b) la obligación de los tribunales de revisar periódicamente y de oficio las circunstancias que dieron justificación al dictado de la privación de libertad. Ver Segunda Parte, punto II. 2, párrs. 092 a 100.

b) Planteo y argumentos

La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima determina, a partir de ese momento, la ilegitimidad de esa detención. Tal ilegitimidad, por lo demás, no se diferencia en nada de aquella que afecta a una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal. En ambos casos, por lo tanto, se impone la misma solución: la obligación judicial de hacer cesar el encarcelamiento y de ordenar la libertad.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) reconocen este principio en la regla 6.2, que dispone:

"Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1...".

En el principio 39 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, por otra parte, se establece que la misma autoridad facultada para ordenar la deten-

¹⁹ PASTOR, El encarcelamiento preventivo, p. 51.

BOVINO, El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos, ps. 463 y siguiente.

ción "mantendrá en examen la necesidad de la detención". En este sentido, la CIDH ha establecido la exigencia de que los jueces penales asuman su *deber* de "examinar a fondo" la duración del encarcelamiento cautelar y manifestado que corresponde a la Comisión "decidir si los criterios elegidos por los tribunales internos 'son pertinentes y suficientes' para justificar la duración del período de privación de libertad anterior a la sentencia"²¹.

Como medida práctica para tornar efectivo el principio de provisionalidad del encarcelamiento preventivo se ha sugerido que los "gobiernos deberían estudiar la posibilidad de desarrollar un programa en cuyo marco las autoridades responsables del lugar de reclusión se reunirían periódicamente con el fiscal, un juez, los investigadores de la policía y otros funcionarios gubernamentales (como por ejemplo los asistentes sociales y los guardianes de la prisión) para ayudar a determinar a qué personas no es necesario ya seguir manteniendo en reclusión"²².

Los ordenamientos procesales penales más modernos también contienen diversas disposiciones tendientes a lograr el respeto efectivo del principio de provisionalidad del encarcelamiento preventivo. En este sentido, el nuevo CPP Costa Rica es un buen ejemplo de regulación del principio de provisionalidad. Su art. 257, inc. 1, establece como motivo de cesación de la prisión preventiva, aplicable en cualquier momento del proceso, el supuesto en el que "nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los

motivos que la fundaron...". En el mismo sentido, el CPP Guatemala ordena el cese de la detención en la medida en que se demuestre que no subsisten "los motivos que la fundaron" (art. 268, inc. 1).

Para lograr la aplicación efectiva de este motivo de cesación de la detención preventiva, la legislación costarricense prevé dos mecanismos distintos. En primer lugar, faculta y obliga al tribunal a revisar los presupuestos que justifican la necesidad de mantener la detención. Para ello, se dispone, por un lado, que durante los primeros tres meses "su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó" (art. 253, párr. I). Por el otro, se ordena que luego de este plazo el tribunal examine de oficio, "por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso", que ordene "su continuación, modificación, o sustitución por otra medida o la libertad del imputado" (art. 253, párr. II). En segundo término, se autoriza al imputado a solicitar por su propia voluntad la revisión de la medida cautelar. Transcurridos tres meses de detención, "el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó" (art. 253, párr. III).

En síntesis, se permite que sea el propio interesado en el cese de la detención quien solicite la revisión y demuestre que no subsisten los presupuestos que fundaron la imposición de la medida cautelar.

El principio de provisionalidad podría ser considerado, hasta cierto punto, como una consecuencia de la aplicación dinámica –en sentido cronológico– del principio de excepcionalidad. Ello pues al desaparecer alguno de los presupuestos materiales de la detención surge la obligación de ordenar la libertad e imponer la medida cautelar no privativa de libertad disponible menos lesiva o, en su caso, pres-

²¹ CIDH, Informe Nº 12/96, Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 45.

²² Centro de Derechos Humanos, Derechos humanos y prisión preventiva, p. 19.

cindir de toda medida de coerción, según las circunstancias de la nueva situación.

∘ Caso 06

Cuando se dicta el encarcelamiento preventivo invocando el carácter objetivo de la gravedad del delito teniendo en cuenta la gravedad de la escala penal en abstracto. Esto es, la imposición automática de la privación de libertad cautelar por el monto de la pena, los delitos llamados "no excarcelables".

a) Problema

Es un requisito ineludible para mantener la privación de libertad del imputado el efectivo control de las exigencias que la justifican mientras se mantenga la privación de libertad. Ello no sucede, por ejemplo, cuando sólo se invoca el carácter inexcarcelable del delito. Este supuesto ha dado lugar a grandes discusiones, siempre divididas y contradictorias, pero la doctrina establecida por la Corte IDH en el caso López Álvarez ha dado fin a esta discusión.

b) Planteo y argumentos

I. Los casos Barbará y Chabán: En ambos casos, se sostuvo que el art. 316 del CPP Nación, al hacer referencia a una escala penal cuyo máximo es superior a ocho años de privación de libertad, establece una presunción *iuris tantum*.

"IV. En síntesis: el criterio general es el que surge del art. 280 y las reglas de los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN debe interpretarse armónicamente con el principio de presunción de inocencia, es decir: dichas reglas son siempre *iuris tantum*. A su vez, toda pauta que utilice criterios sustantivos también debe ser descartada. Tal interpretación considero que es la

única posible para poder sostener la constitucionalidad de lo dispuesto en los arts.316, 317 y concordantes del CPPN" (voto del juez Bruzzone, Barbará, Rodrigo Ruy s/exención de prisión, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, 10/11/2003).

Y en el indescriptible voto de RIGGI en el caso Chabán:

"Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido también que por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto del caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos 249:425; 250:17; 263:460).

De esta manera, la presunción legal que indica que en aquellos casos en que los imputados se enfrenten a la posibilidad de una severa pena privativa de la libertad habrán de intentar profugarse debe ser tenida en cuenta al momento de decidir sobre su excarcelación; y sólo corresponderá apartarse de la referida disposición legal cuando concurran elementos de juicio objetivos y comprobables que demuestren el desacierto disfuncional o irracional— de lo que la ley presume. Justamente por ello—porque admite prueba en contrario—, es que la referida presunción es *iuris tantum*. Y no está de más señalar que tal prueba (la que confronte con la solución legal) debe existir y ser constatable, pues de lo contrario la presunción mantiene todo su valor y efecto.

Así este Tribunal, en reiteradas oportunidades, ha entendido que la confluencia de elementos de juicio que confrontaban con la presunción legal que el imputado habría de eludir la acción de la justicia, determinaban conceder el beneficio de transitar el proceso en libertad. Tal es el caso de las causas nº 5450 caratulada 'Ruere, Edgardo Angel s/recurso de casación' (reg. 836/04, del 22/12/04), nº 5474 caratulada 'Macchieraldo, Susana Raquel s/recurso de casación' (reg. nº 838/04, del

22/12/04), n° 5868 caratulada 'Macchieraldo, Roberto Aquiles s/recurso de casación' (reg. 839/04, del 22/12/04), n° 5470 caratulada 'Macchieraldo, Graciela María s/recurso de casación' (reg. 840/04, del 22/12/04), n° 5472 caratulada 'Macchieraldo, Ana María Luisa s/recurso de casación' (reg. 841/04, del 22/12/04)²³, n° 5466 caratulada 'Macchieraldo, Horacio Anselmo s/recurso de casación' (reg. 842/04, del 22/12/04), n° 5473 caratulada 'Macchieraldo, Aquiles Alberto s/recurso de casación' (reg. 843/04, del 22/12/04), n° 5555 caratulada 'Rivero, Jorge Horacio s/recurso de casación' (reg. 269/05, del 14/4/05), y n° 5739 caratulada 'Real de Azúa, Enrique s/recurso de casación' (reg. 481/05, del 15/6/05)" ("Chabán, Omar Emir s/rec. de casación", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 24/11/2005, voto de Riggi).

Queda claro que al hablar de una presunción *iuris tantum* corresponde, como surge claramente del voto de Riggi, que el imputado destruya la presunción y no, como ha sostenido la doctrina interamericana pacíficamente, que es deber del Estado probar con elementos objetivos la existencia de la necesidad de neutralizar el peligro procesal con la privación de la libertad (ver Primera Parte, punto II. 2. b).

II. El caso Nápoli: La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó la doctrina del caso Suárez Rosero en una decisión de 1998, en la que destacó especialmente la exclusiva finalidad procesal del encarcelamiento preventivo. Así, el 22/12/98 se pronunció por la inconstitucionalidad del artículo 316, párr. II, in fine, del CPP Nación, en el caso Nápoli²⁴.

En el caso, la defensa interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había revocado la decisión del juez de menores que concedía la excarcelación a la imputada, a quien se atribuía calidad de partícipe secundaria en el delito previsto en el art. 139 bis del Código Penal. La Cámara revocó la excarcelación pues "consideró que el art. 316, segundo párrafo in fine, del Código Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410) restringía su concesión a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal..." (caso Nápoli", cons. 2, del voto de la mayoría). La defensa planteó la inconstitucionalidad de la norma procesal por resultar violatoria de los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes. El art. 316, párr. II, del CPP Nación establece:

"El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal".

 $^{^{23}}$ No es cierto que en el voto de Ángela Ledesma se haya adoptado la doctrina que Riggi invoca en este caso.

²⁴ CSJN, Caso Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", N° 284.XXXII, del 22/12/98. El voto de la mayoría fue sus-

cripto por Belluscio, Boggiano, López y Vázquez. Fayt se pronunció por su voto, mientras que Petracchi y Bossert redactaron sus respectivas disidencias. El primero consideró que el recurso no cumplía con los recaudos de fundamentación previstos en el art. 15 de la ley 48, al no justificar por qué se había omitido recurrir ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Bossert, por su parte, desestimó el recurso por no dirigirse a impugnar una "resolución dictada por el tribunal superior de la causa".

La Corte Suprema revocó la sentencia impugnada y declaró la inconstitucionalidad de la regla procesal que impedía otorgar la excarcelación. La decisión de la mayoría hizo referencia a diversas cuestiones, de las cuales mencionaremos las más importantes.

- 1) Destacó que el artículo 18, CN, "dispone categóricamente que ningún habitante de la nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada inocente y tratada como inocente (...) hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme", invocó un viejo precedente de 1871 en el cual se sostuvo que es "un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario (Fallos 10:338)", y mencionó un caso de 1905 (Fallos 102:219) en el cual se acuñó la definición de "presunción de inculpabilidad" (cons. 5).
- 2) Reafirmó el rango constitucional del derecho a gozar de la libertad durante el proceso (cons. 6), y señaló que la amplia potestad legislativa para establecer "regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto está orientada a que la prisión preventiva –como medida de corrección [sic] procesal– conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia (...) esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones" (cons. 7).
- 3) En la parte más cuestionable de la decisión, se manifestó que los límites establecidos para denegar la excarcelación fundados en el monto máximo de la pena considerados en abstracto representan una "presunción" del legislador. El "criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción", se agregó, "se funda (...) en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación" (cons. 8 y 9).

En este punto, el argumento de la mayoría resulta insos-

tenible. Dado que en esos supuestos el encarcelamiento preventivo es automático, éste no depende, en modo alguno, de que tal posibilidad exista o no en el caso concreto. Si la existencia cierta de la posibilidad mencionada resulta completamente irrelevante en todos los casos, parece difícil que pueda sostenerse la opinión de la Corte.

Si bien, como veremos, RIGGI sostiene que la presunción legal es una presunción *iuris tantum*, en la práctica termina por convertirla en una presunción *de iure*. Por otra parte, tampoco es cierto que la finalidad perseguida por el legislador consista, como se afirmó, en neutralizar el peligro procesal "en las primeras etapas de la investigación", pues el encarcelamiento preventivo, en esos supuestos, jamás se limita a ese período temporal²⁵.

4) La ley 24.410, se destacó, calificó ciertas conductas como delictivas, entre ellas la prevista en el art. 139 *bis* del Código Penal, y las excluyó del régimen general de excarcelación "al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esas hipótesis" (cons. 11). Así, se "excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación (...) exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula" (cons. 12). Luego de desarrollar los criterios

²⁵ Si por "primeras etapas de la investigación" se entiende el plazo que dura el encarcelamiento hasta que se agotan los límites temporales establecidos en la ley 24.390, el argumento tampoco es válido. En primer lugar, por el carácter excesivamente prolongado de los límites temporales regulados en la ley. En segundo término, debido a que el legislador aprobó el CPP Nación *antes* de dictar la ley 24.390, y la prisión preventiva obligatoria establecida para quienes son imputados por delitos con pena privativa de libertad superior a ocho años estaba prevista en la versión original de la ley 23.984.

²⁶ Al respecto, se agregó: "... tal como se desprende de sus antecedentes parlamentarios, que justifican la detención cautelar consagrada

que deben regular el principio de igualdad ante la ley, se afirmó que al dictar la ley 24.410, el legislador se apartó de tales criterios, pues "recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva" (cons. 15). La misma idea fue reexpresada en los términos siguientes:

"... la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas —por más aberrantes que puedan ser— como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos (...) desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad" (cons. 16).

5) Se arribó a la conclusión de que la exclusión del régimen general de excarcelación establecida por la ley 24.410 resultaba violatoria del derecho a la igualdad ante la ley de la imputada (art. 16, CN). No se mencionó, sin embargo, el principio de inocencia (cons. 17). A pesar de ello, se afirmó que la solución adoptada resultaba coincidente con "los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual 'jerarquía constitucional'", y se invocó la doctrina del caso Suárez Rosero", en el sentido de que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el

principio de inocencia, debía revestir carácter cautelar –no punitivo– y excepcional. También se citó otro criterio establecido en Suárez Rosero", éste sí referido al principio de igualdad, que consideraba contrario a tal principio "una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados" (cons. 18).

6) La Corte, finalmente, reconoció expresamente la exigencia derivada del principio de excepcionalidad de aplicar, en todos los casos, la medida de coerción menos lesiva, invocando uno de sus propios precedentes. Así, destacó el rango constitucional del derecho a la libertad durante el proceso y el fin del encarcelamiento cautelar, sólo limitado a asegurar la aplicación del derecho penal sustantivo. A ello agregó:

"(...) y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (Fallos 102:219, citado en cons. 19)".

A ello agregar lo dicho en Primera Parte, II. 2. a (párrafos 046 a 050). También resulta claro que la presunción legislativa, aun *iuris tantum*, representa una intromisión indebida del legislador en competencias exclusivas del poder judicial, esto es, una vulneración del principio de división de poderes.

La Corte Interamericana ha manifestado que esta exigencia implica que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun califica-

en esos casos '... en la protección que merece el bien jurídico tutelado' (conf. Cámara de Senadores, fundamentos del dictamen del miembro informante –senador Augusto Alasino–, sesión del 30 de junio de 1993)" (cons. 12).

dos de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad"²⁷. Si bien es un concepto de difícil definición, es posible afirmar que, en sentido genérico, será arbitraria aquella detención que, a pesar de ajustarse formalmente a las pautas de legalidad, no cumpla, en el caso concreto, con criterios de razonabilidad sustantiva. Así lo ha sostenido expresamente la Comisión Interamericana:

"Aún respecto de la libertad personal, cuya suspensión temporal es posible en circunstancias excepcionales, el hábeas corpus permitirá al juez comprobar si la orden de arresto se apoya en un *criterio de razonabilidad...*" 28.

En una opinión consultiva referida específicamente a la vigencia y aplicación del hábeas corpus durante los estados de excepción (art. 27, CADH), la Corte estableció criterios que resultan claramente aplicables al control de la arbitrariedad del art. 7.3. En esa oportunidad, la Corte consideró que en tanto la suspensión de garantías autorizada por la Convención no puede exceder el ámbito de lo estrictamente necesario para atender la emergencia que le da funda-

mento, resultaría ilegitima toda medida que exceda tales límites. Así, las medidas que afecten derechos suspendidos resultarían ilegítimas si "violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder"²⁹. En consecuencia, la Corte determinó:

"(...) es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza" 30.

En conclusión, la detención será arbitraria, entre otras razones, si no resulta razonable, necesaria, previsible, proporcional o, también, si fuera producto de una desviación o abuso de poder. En estos supuestos, la arbitrariedad de la detención proviene de las circunstancias de hecho particulares de una medida concreta. Por este motivo, en el control judicial de la arbitrariedad el análisis del tribunal debe determinar si, según las particulares circunstancias y características del caso concreto, la restricción de la libertad formalmente adecuada a las exigencias normativas resulta, además, materialmente razonable.

Se trata, en consecuencia, de una función estrictamente judicial, pues el juicio de arbitrariedad requiere determinar las consecuencias de la aplicación de ciertas reglas jurídi-

²⁷ Corte IDH, Caso Gangaram Panday", párr. 47.

²⁸ Corte IDH, OC-8/87, párr. 12 (destacado agregado). A continuación, la Comisión agregó: "Sostener lo contrario, esto es que el Poder Ejecutivo no se encontraría obligado a fundamentar una detención o a prolongar ésta indefinidamente durante situaciones de emergencia, sin someter al detenido a la autoridad de un juez... importaría, en concepto de la Comisión, atribuirle al Poder Ejecutivo las funciones específicas del Poder Judicial, con lo cual se estaría conspirando contra la separación de los poderes públicos que es una de las características básicas del estado de derecho y de los sistemas democráticos" (párr. 12, destacado agregado).

²⁹ Corte IDH, OC-8/87, párr. 39.

³⁰ Corte IDH, OC-8/87, párr. 40.

cas a un caso concreto. Ese juicio, por lo tanto, sólo puede estar a cargo de un órgano del poder judicial. Como se ha señalado correctamente, el papel de los jueces en un Estado de derecho "incluye necesariamente tener la última palabra en la determinación de los hechos (lo que excluye las presunciones fácticas *iuris et de iure* hechas por el legislador) y en la aplicación de las normas del sistema jurídico a tales hechos"³¹.

Finalmente, se admite otro supuesto de arbitrariedad, estrictamente normativo. En un caso en que la Comisión había solicitado se declare la arbitrariedad de la detención de una persona, la Corte resolvió que le resultaba imposible determinar si la privación de la libertad de la víctima había sido realizada según los requisitos establecidos "por la Constitución Política de dicho Estado o por leyes dictadas conforme a ella, o si tal Constitución o leyes eran compatibles con las ideas de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad que deben caracterizar a toda detención o retención legal a fin de que no se les considere arbitrarias"32.

En este caso, entonces, se reconoce que el juicio de razonabilidad no sólo se refiere a las circunstancias de hecho en que la medida restrictiva de la libertad es impuesta sino, también, a las normas jurídicas –constitucionales o legales– que organizan el régimen de toda detención. En conclusión, la verificación de la eventual arbitrariedad de una detención requiere que los jueces desempeñen dos tareas estrictamente judiciales, que sólo a ellos les corresponden:

la determinación de los hechos y la decisión sobre el derecho aplicable, decisión que comprende, necesariamente, la adecuación de las reglas del ordenamiento jurídico interno con las exigencias de la Convención. En este sentido, se afirma:

"Por cierto, carecería de sentido la proscripción de que los otros poderes del Estado ejerzan funciones judiciales, si no existiera algún concepto material de aquello en lo que consiste la función de un juez, más allá del solo hecho (formal) de que se le llame 'sentencia' o 'ley' a aquello que resulte decidir el caso.

Esto requiere definir tal contenido material de la función judicial. Ese contenido puede ser definido sencillamente de este modo:

A los jueces les está reservado de manera excluyente fijar los hechos y declarar el derecho aplicable. Ello significa:

- a) la determinación conclusiva de los hechos que motivan una controversia;
- b) la calificación jurídica de esos hechos;
- c) el decidir acerca de la validez de las leyes"33.

• Caso 07

Vencido el plazo legal –con prórroga o sin ella– máximo para mantener a una persona inocente privada de su libertad, el defensor solicita la cesación del encarcelamiento preventivo, y el tribunal rechaza el pedido por aplicación de la doctrina del caso Giménez".

a) Problema

La ley nacional 24.390 establece límites absolutos al plazo máximo durante el cual el imputado puede ser dete-

³¹ Nino, Fundamentos de derecho constitucional, p. 657.

³² Corte IDH, Caso Gangaram Panday", párr. 48 (destacado agregado).

³³ Sancinetti, Derechos humanos en la Argentina postdictatorial, p. 131.

nido preventivamente. Además, de manera expresa, esta ley admite que la regulación de tales plazos representa la regulación del concepto de "plazo razonable" del art. 7.5 de la Convención Americana.

Sin embargo, la vieja doctrina sentada por la Comisión Interamericana y aplicada actualmente por nuestros tribunales admite que el imputado pueda permanecer detenido preventivamente aun después de vencido el plazo legal. Ver Segunda Parte, punto IV. 2, párrs. 147 a 157.

b) Planteo y argumentos

El Informe nº 12/96 (Argentina) se refiere a la dentincia presentada a favor de Jorge Alberto Giménez que alegaba la imposición de la privación de libertad cautelar por un término que excedía el plazo razonable previsto en la Convención Americana. Giménez fue detenido el 29/9/89. El 14/3/95 fue condenado a 9 años de prisión.

En las "Consideraciones de fondo" contenidas en el capítulo VI del Informe, la Comisión "considera que no se puede establecer en forma abstracta el 'plazo razonable' de prisión sin condena (...) No se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea 'razonable' *per se*, solamente basándose en lo que prescribe la ley" (párr. 67). En consecuencia, la Comisión señaló "que no es posible definir el concepto de 'plazo razonable'..." y que los Estados "no tienen la obligación de fijar un plazo fijo" (párr. 69).

La decisión de la CIDH no distinguió de manera sustantiva, entonces, entre aquellos países que tienen un plazo máximo de encarcelamiento procesal determinado legalmente y aquellos países que no lo tienen, pues la única función que asignó al establecimiento legal previo del plazo en el derecho interno consistió en la posibilidad de que cada Estado "determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*" (párr. 70).

Con su interpretación, la Comisión permitió que una detención sea considerada *legítima* aun después de transcurrido el plazo que el propio Estado se ha impuesto a través de una disposición legal, error que ha sido repetido aun por nuestra Corte Suprema en el caso Bramajo", entre otros. La interpretación de la Comisión permite considerar que la "detención puede ser razonable aún después de cumplido [el plazo legal]" (párr. 75). Al mismo tiempo, se afirmó que la "detención sin condena puede no ser razonable aunque no exceda [el plazo legal]" (párr. 72).

De este modo, la decisión de la Comisión, de hecho, eliminó toda la influencia significativa que pudiera tener la existencia de un plazo razonable establecido legalmente en el derecho interno. Ello pues el transcurso efectivo del plazo legal establecido en el caso concreto no producía consecuencias necesarias sobre la decisión de la Comisión acerca de la razonabilidad del plazo, pues la decisión dependía de variables independientes de la extensión de ese plazo, del mismo modo que cuando se trata de países que no han regulado internamente la extensión de ese plazo.

El mismo error fue reiterado por la Comisión en el Informe 2/97, también contra Argentina, en el cual la Comisión acumuló 23 peticiones por violaciones al plazo razonable de detención. Al entrar al análisis sobre el fondo, la Comisión afirmó lo siguiente:

"El plazo razonable de la Convención no puede ser establecido en abstracto y no es el plazo legal de la ley 24.390" (párr. 18).

Tanto en este Informe como en el 12/96, la Comisión cometió varios errores. En primer lugar, ignoró lo dispuesto en el art. 29 de la Convención:

"Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados..." (destacado agregado).

De modo obvio, la Comisión desatendió la norma transcripta pues invocó el art. 7.5 de la Convención para limitar el ejercicio de un derecho reconocido en las leyes del Estado parte y, además, dejó de lado que, según el art. 7.2, las detenciones deben adecuarse al orden jurídico de los Estados parte³⁴.

Por otra parte, como ha señalado Pastor, la Comisión, tanto en el caso Firmenich como en los siguientes, siguió, erróneamente, los precedentes del TEDH que "corresponde[n] a casos de Austria donde en el derecho interno no se ha establecido un plazo concreto que ponga límites a la duración de la prisión preventiva"³⁵.

Esta situación ha variado sustancialmente luego del Informe 35/07:

"148. La primera cuestión de relevancia que se decidió en el Informe fue la de determinar que, en aquellos Estados parte en los cuales la legislación interna establece un límite temporal determinado –como sucede con el art. 1 de la ley 24.390–, una vez vencido ese plazo el encarcelamiento debe cesar. En este

34 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

35 SERGI, Límites temporales a la prisión preventiva, p. 134.

punto, la Comisión corrige la errónea doctrina que, por ejemplo, aplicó en el caso Giménez"³⁶ (ver Segunda Parte, destacado agregado).

Caso 08

Vencido el plazo legal máximo para mantener a una persona inocente privada de su libertad, el defensor solicita la cesación del encarcelamiento preventivo. El tribunal ordena que se ponga en libertad al imputado pero dicta una caución real tan alta que el imputado permanece encarcelado a pesar de que la orden del juez ordenaba su libertad.

a) Problema

El transcurso y agotamiento del plazo razonable regulado en la ley 24.390 –con todos los defectos que ella poseeno es un supuesto de excarcelación sino una causal de cesación del encarcelamiento preventivo, quien no sólo debe recuperar su libertad sino que no podrá ser enviado nuevamente a la cárcel por motivos vinculados con los fines procesales. La ley nacional 24.390 establece límites absolutos al plazo máximo durante el cual el imputado puede ser detenido preventivamente. Además, de manera expresa, esta ley admite que la regulación de tales plazos representa la regulación del concepto de "plazo razonable" del art. 7.5 de la Convención Americana.

Sin embargo, la vieja doctrina sentada por la Comisión Interamericana y aplicada actualmente por nuestros tribunales admite que el imputado pueda permanecer detenido preventivamente aun después de vencido el plazo legal. Ver Segunda Parte, punto IV. 2, párrs. 147 a 157.

³⁶ Informe nº 12/96 (Argentina) Jorge Alberto Giménez.

b) Planteo y argumentos

El Informe 35/07 establece de manera indiscutible que el plazo razonable del art. 7.5, una vez agotado, requiere de modo ineludible la inmediata puesta en libertad del detenido, pues se trata de una causal de cesación del encarcelamiento y no de un supuesto de excarcelación. Ver Segunda Parte, punto IV. 1, párrs. 134 a 146.

En efecto, si vemos cómo está regulado el plazo razonable máximo de detención de las personas sin sentencia condenatoria firme en la Convención Americana:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

(...

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Es evidente que —más allá de la eventual dificultad de establecer cuál es el "plazo razonable" en un caso concreto—, una vez que el Estado agota dicho plazo, no tiene más opción que conceder la libertad, más allá de que podría imponer, en caso de que resulte absolutamente necesario, una medida de coerción distinta a la privación de libertad.

Es por este motivo que no resulta posible que el Estado imponga una medida cautelar no privativa de libertad de imposible cumplimiento pues, de ese modo, frustraría el sentido limitador de la cláusula del plazo razonable.

Caso 09

A pesar de que no se dan las exigencias legales del CPP Nación para dictar el encarcelamiento preventivo, esto es, en un caso en el cual correspondería condenación condicional y se imputara un delito con una escala de un mes a dos años de prisión, por aplicación del art. 319, se ordena la privación de libertad.

a) Problema

La persona jurídicamente inocente es privada de libertad en violación al principio de proporcionalidad definido como "prohibición de exceso". La persona detenida, en este caso, se encontrará en peor situación mientras conserva su estado jurídico de inocente que si ya estuviera condenado. Ver Segunda Parte, punto II. 1, párrs. 101 a 103.

b) Argumentos

En un supuesto así, el juez habrá aplicado el artículo 319 del CPP Nación, que dispone:

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

Más allá del eufemismo del legislador que ha proclamado "respetándose el principio de inocencia y el artículo 2º de este Código...", lo cierto es que esta frase carece de valor alguno para determinar si la aplicación de la regla vulnera o no el principio de inocencia.

En este sentido, resulta claro que se viola abiertamente el principio de proporcionalidad, pues el inocente sufrirá consecuencias más gravosas que el condenado. Así, está claro que la sola supuesta existencia del peligro procesal no puede justificar-el encarcelamiento si no se cumplen las demás exigencias. En este supuesto, por otra parte, no sólo se afecta el principio de proporcionalidad sino que, además, entra en juego un límite distinto.

Si atendemos a las circunstancias que permiten aplicar la prisión cautelar en el art. 319, éstas son "la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores".

En el primer caso, se violaría el principio de inocencia pues se establecería que el mérito sustantivo de un delito grave, por sí mismo, permitiría encarcelar preventivamente a todo imputado por un delito cuyas características serían definidas por un juez.

Este problema se ve agravado en los supuestos en los cuales se aplican los criterios restantes pues, como se ha reconocido de modo expreso en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala", de la Corte Interamericana;

94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir,

agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.

96. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.

En consecuencia, es doctrina de la Corte Interamericana que los conceptos utilizados para decidir sobre el juicio de peligrosidad en el art. 319 en el CPP Nación es derecho [procesal] penal de autor y, por lo tanto inválido³⁷.

• Caso 10

Luego de que el imputado Pérez ha cumplido los dos años que dispone la ley 24.390 en su art. 1, primera frase sin haber sido llevado a juicio, su defensor solicita la libertad de su representado, y el tribunal la concede sujeta a las siguientes condiciones: a) la imposi-

¹⁰⁻³⁷ Si bien la Corte IDH hace referencia la derecho penal de autor, y lo califica como violatorio del principio de legalidad para aplicar una pena por cualidades que definen a una persona por lo que es y no por lo que ha hecho, con mucha mayor razón resulta inadmisible cualquier manifestación de "derecho procesal penal de autor", pues ello implicaría aplicar una medida sustancialemnte idéntica a una pena a una persona inocente por lo que esa persona es y no por lo que ha hecho.

ción de la caución que el tribunal considera adecuada; b) que fije un domicilio; y c) la fijación de las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado conforme las previsiones del art. 27 bis del Código Penal y que resultaren compatibles con su situación procesal. El tribunal podría revocar la libertad de PÉREZ tanto si no se presenta, como si incumple con las reglas de conducta del art. 27 bis del Código Penal.

a) Problema

El caso presenta varios problemas. En primer término, dado que, según nuestro derecho vigente, jamás el imputado podría haber sido encarcelado preventivamente nuevamente, una vez agotado el plazo razonable, no se comprende cómo puede ser privado de su libertad por el incumplimiento de reglas de conducta que no le pueden ser aplicadas.

En efecto, dado que al momento del vencimiento del plazo razonable subsiste el peligro procesal, se podrá aplicar una medida de coerción procesal no privativa de libertad, pero nada más que eso.

Tampoco es legítimo, en el esquema de nuestro bloque de constitucionalidad y conforme a los estándares del sistema interamericano, que se apliquen medidas tales como las reglas de conducta del artículo 27 *bis*, que cumplen claramente una función penal sustantiva y no una función de aseguramiento de los fines del proceso. Ver Segunda Parte, Punto III. 3, párrs. 110 a 133.

b) Argumentos

El caso es bien problemático pero su solución es inequívoca. En primer término, el plazo del estado de inocencia está mal contado, pues éste sólo es destruido por sentencia condenatoria firme, y no por la sentencia del juicio. Por lo tanto, por ningún motivo contemplado en la ley vigente, la persona podría retornar a la privación de libertad, ya que, haga lo que haga, el Estado ya ha agotado su facultad de tener detenido al imputado. Ver Segunda Parte, punto IV. 1, párrs. 134 a 146. Mucho menos por el incumplimiento de una obligación inválida a una persona que goza del estado jurídico de inocencia³⁸.

Caso 11

Luego de que el imputado Kutro ha cumplido los dos años que dispone la ley 24.390 en su art. 1, primera frase, sin haber sido llevado a juicio, su defensor solicita la libertad de su representado. Sin embargo, el fiscal se opone a la concesión de la libertad invocando las siguientes circunstancias: a) la especial gravedad del delito; b) concurren alguna de las circunstancias del art. 319 del CPP Nación; o c) porque existieron articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa. Por último, el fiscal agrega que la imputación se trata del delito previsto en el art. 7 de la ley 23.737 o de los delitos a los que resulta aplicable la agravante del art. 11 de la misma ley.

a) Problema

Este caso también presenta varios problemas. En primer término, aquí ni siquiera se trata de un supuesto de prórroga del plazo legal, sino de la oposición discrecional del ministerio público teniendo en cuentas diversas variables, todas ellas ilegítimas.

³⁸ Este caso es diferente al de las reglas que se aplican también a un inocente, pues en este último supuesto éste ha consentido a cumplir con las reglas de conducta.

Como ya hemos visto, la especial gravedad del delito no es una circunstancia que justifique la continuación *sine die* de la detención de personas inocentes. Ver Segunda Parte, punto II. 3, párrs. 110 a 133.

Pero lo más importante en los desarrollos más recientes es que no permiten que se invoque el segundo supuesto –art. 319, CPP Nación–. En este sentido ya hemos dicho:

139. Superado este límite temporal, el encarcelamiento preventivo debe cesar, es decir, debe disponerse la libertad del imputado. En algunos casos, el encarcelamiento preventivo puede ser sustituido por una medida menos lesiva. Es evidente que en estos supuestos, el riesgo procesal aún subsiste, ya que de haber desaparecido, la medida no podría haber continuado en virtud del principio de provisionalidad.

140. Ello pues se supone que al momento de solicitar la libertad por agotamiento del "plazo razonable" mencionado en la Convención Americana subsiste la presencia de peligro procesal, pues de lo contrario la medida cautelar no sería legítima por ausencia de alguno de sus presupuestos (existencia concreta de algún peligro procesal –v. gr., peligro de fuga–), y debería haber sido cancelada con anterioridad³⁹. Es decir que, en verdad, todo caso de limitación temporal presuponenecesariamente la subsistencia del peligro procesal que ha dado fundamento a la medida cautelar privativa de libertad, pues si no, no habría sido necesario acudir a la estrategia de agotamiento del plazo para obtener la libertad del imputado.

141. Por este motivo, una vez concedida la libertad, no resulta posible ordenar nuevamente la detención del imputado, pues el Estado ya ha agotado integramente su facultad de encarcelar a esa persona, jurídicamente inocente, sin haber obtenido una sentencia condenatoria firme en su contra. Por ello, aun

cuando existan razones imperiosas que, desde el punto de vista estatal, tornen absolutamente imprescindible la detención, el Estado carece de la facultad de recurrir a ella nuevamente para garantizar los fines del proceso penal. En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la opinión de Cafferata Nores: "Si el peligro de burla a la acción de la justicia impide la libertad durante el plazo y la sigue impidiendo después de vencido el plazo: ¿para qué sirve el plazo?"40.

142. Criticando la decisión de la Corte Suprema en el caso Bramajo, el mismo autor señaló:

"Es que siendo el peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga el argumento para imponer y mantener en el tiempo el encarcelamiento procesal, a cuya duración la ley le impone un término máximo, no puede volver a reinvocarse como argumento para prolongar la duración del encierro que aquel plazo quiere limitar (...) En verdad la Corte ha desconocido al transcurso del tiempo como causal de cese de la prisión preventiva, al condicionar la libertad a que desaparezca el riesgo de fuga o entorpecimiento, porque esta desaparición, con término fijado en la ley o sin él, ocurrida antes (o incluso después de su agotamiento), deberá determinar el inmediato cese de la prisión preventiva, al dejarla privada de todo fundamento y no sólo de su razonabilidad temporal, exigida por el estado jurídico de inocencia que el derecho le reconoce a quien está privado de su libertad sin haber sido condenado"⁴¹.

143. En esos supuestos, la única detención posible es la que tiene por objeto lograr la comparecencia coactiva del imputado para la realización de un acto procesal –v. gr., ser trasladado al juicio–, que debe cesar tan pronto se concluye con el acto⁴².

³⁹ El principio de provisionalidad del encarcelamiento preventivo exige, en este sentido, el cese del encarcelamiento en cuanto no se mantengan todos los requisitos, condiciones y exigencias que autorizan la utilización del encarcelamiento cautelar.

⁴⁰ Cafferata Nores, Limitación temporal a la prisión preventiva, p. 198.

⁴¹ Cafferata Nores, *Limitación temporal a la prisión preventiva*, ps. 197 y siguiente.

⁴² Sobre las importantes diferencias entre la cesación del encarcelamiento y la excarcelación, cf. Pastor, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, ps. 289 y ss.; Cafferata Nores, *Limitación temporal a la prisión preventiva*

144. En este sentido, en el Informe se sostuvo:

"134. Una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir; aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar. Porque la necesidad de establecer un plazo razonable responde, precisamente, a la necesidad de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar, en aquellos casos en los que aún subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar. De no ser así, la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento".

145. De lo que se trata claramente es de establecer un *límite temporal absoluto* que restrinja la posibilidad del Estado de privar de libertad a personas que, si bien se hallan sometidas a persecución penal, son jurídicamente inocentes. Lo cierto es que las disposiciones de los instrumentos internacionales citadas tienen la finalidad de establecer un límite temporal insalvable a la facultad estatal de detener preventivamente a personas inocentes. Ello implica que el Estado sólo cuenta con la posibilidad de encarcelar a inocentes durante cierto tiempo, más allá del cual se ve obligado a ordenar la libertad, aun cuando subsista el peligro procesal que ha fundado la medida de coerción aplicada.

146. El establecimiento del límite temporal, en consecuencia, exige la concesión de la libertad una vez agotado el plazo considerado "razonable", sin importar las consecuencias que esa decisión acarree respecto de la posibilidad de realización de

los intereses del Estado en la persecución penal. No se trata, entonces, de un motivo de excarcelación tradicional, supeditado a la verificación de la existencia de la necesidad efectiva de neutralizar peligros procesales, sino de un motivo de *cese de la detención*, que implica la exigencia de otorgar la libertad por el solo transcurso del plazo, resignando –en verdad, relativizándolos– los intereses estatales, y la imposibilidad de ordenar una nueva privación de libertad cautelar en el futuro.

IV. Consideraciones finales

Hasta aquí algunos de los casos que hemos tratado de desarrollar como casos que comprenden cuestiones diversas y variadas para luchar contra el abuso y el uso de la privación de la libertad de personas inocentes que, por años, son abandonadas en los centros carcelarios generando, paradójicamente, aún más negligencia y más desincentivos para que los órganos de la administración de justicia penal desempeñen sus tareas persecutorias y represivas sin violar sistemáticamente los derechos fundamentales de personas inocentes.

Sólo una estrategia de litigio colectiva desde la defensa pública podrá convertirse en una estrategia capaz de alcanzar cierto grado de éxito no sólo cualitativamente sino, además y especialmente, cuantitativamente.

La finalidad de este breve trabajo consiste en facilitar herramientas argumentales y normativas para el litigio en defensa de la libertad de las personas. Es hora de que la justicia penal deje de detener para investigar y, en vez, comience a investigar para detener. Pero ello depende del compromiso de los defensores, pues el Estado no suele reconocer y respetar los derechos de las personas sino, como creemos que casi todos los defensores públicos lo tienen más que claro, es algo que hay que arrancarle.

Anexo

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OEA/Ser/L/V/II.127 Doc. 42 1º mayo 2007 Original: Español

INFORME Nº 35/07*
CASO 12.553
FONDO
JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Aprobado por la Comisión el 1º de mayo de 2007

SECRETARIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, WASHINGTON D.C. 20006 Internet: http://www.cidh.org

INFORME Nº 35/07
CASO 12.553
FONDO
JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
1º de mayo de 2007

 $^{* \ \} www.elderechodigital.com/dduweb/forms/newslettermain.aspx?file=Jurispru\ dencia/JUR15_01.html.$

I. RESUMEN

- 1. El 18 de octubre de 2004, y nuevamente el 30 de noviembre de 2004, los señores Carlos Varela Álvarez y Carlos H. de Casas presentaron una denuncia y una solicitud de medidas cautelares a favor de los señores Jorge, Dante y José Peirano Basso, tres hermanos de nacionalidad uruguaya, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo "la Comisión") contra la República Oriental del Uruguay (en lo sucesivo "el Estado"), por la presunta violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el derecho a la libertad durante el proceso judicial, el derecho a ser oído en condiciones que garanticen el debido proceso, el derecho a un juicio justo e imparcial y el derecho a la igualdad ante la ley, en violación de los articulas 5(1), en relación con el artículo 2, 7(1) y 7(3), 8(1), 9, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 2. En la denuncia se alega que los tres hermanos Peirano Basso se encuentran privados de su libertad desde el 8 de agosto de 2002, sin que hubieran sido formalmente acusados ni llevados a jurcio. Según los peticionarios, conforme al derecho interno en cuyo marco han sido imputados, la pena máxima que podía imponérseles era de cinco años de penitenciaría. En enero de 2005 se habrían cumplido los requisitos para su liberación, según los peticionarios, por haber cumplido dos años y medio privados de su libertad. El Estado les había imputado la violación a la ley 2.230 (1893), que sanciona a los directores de compañías en disolución que cometan fraude u otros delitos financieros. Según la denuncia, ese delito admite la libertad durante el proceso, a pesar de lo cual los señores Peirano Basso permanecieron privados de su libertad en virtud de la "alarma social" provocada por el colapso del sistema bancario uruguayo y su supuesta responsabilidad en él.
- 3. El 19 de octubre de 2006 el fiscal de la causa formuló acusación contra los señores Peirano Basso por considerarlos autores del delito de insolvencia societaria fraudulenta, previsto en el artículo 5º de la ley 14.095, en virtud de lo cual el fiscal solicitó que, al fallar, se imponga la pena de seis años de penitenciaría a Jorge y nueve años a José y a Dante Peirano Basso.
- 4. Con fecha 4 de diciembre de 2006, la defensa de los hermanos Peirano contestó la acusación.
- 5. Desde octubre de 2004 a la fecha, la defensa ha presentado, ante los tribunales uruguayos, siete solicitudes de liberación.
- 6. El 13 de diciembre de 2006, fueron concedidas salidas transitorias, por 48 horas, para los días 24 y 25 de diciembre y 31 de diciembre de 2006 y 1º de enero de 2007, y se dispuso un régimen de salidas de 48 horas semanales, en lo sucesivo.

- 7. En el Informe de Admisibilidad Nº 35/06 del 14 de marzo de 2006 se concluyó que los hechos denunciados, de ser probados, podrían configurar violaciones a los derechos protegidos por los artículos 7, 8, 9 y 25 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de los artículos 1(1) y 2.
- 8. Tras analizar los argumentos de las partes, los derechos consagrados en la convención y otras pruebas que obran en el expediente del caso, la Comisión concluye en el presente informe que el Estado es responsable por haber violado los derechos de Jorge, José y Dante Peirano previstos en los artículos 7(2), 3, 5 y 6, 8(1) y 2, y 25(1) y 2, en función de las obligaciones de los artículos 1(1) y 2, de la Convención Americana y, en consecuencia formula recomendaciones específicas.

II. PROCEDIMIENTOS SUBSIGUIENTES AL INFORME DE ADMISIBILIDAD Nº 35/06

- 9. La Comisión recibió la denuncia de autos el 18 de octubre de 2004. El 14 de marzo de 2006, durante su 124º período ordinario de sesiones, la Comisión adoptó el Informe Nº 35/06, sobre admisibilidad, y abrió el caso 12.553 en cuanto al aspecto que involucra los fundamentos y duřación de la prisión preventiva. El 22 de marzo de 2006, la Comisión transmitió al Estado y a los peticionarios el informe de admisibilidad.
- 10. El 26 de abril los peticionarios solicitaron la liberación de los hermanos Peirano ante la Suprema Corte, basándose en el informe de admisibilidad, la cual fue rechazada, sin fundamentos, el 12 de mayo siguiente, en el marco del supuesto previsto en el artículo 17 de la ley 17,726¹.
- 11. El 7 de mayo de 2006 los peticionarios presentaron sus observaciones sobre el informe de admisibilidad de la Comisión, que fueron transmitidas en debida forma al Estado el 9 de mayo de 2006.
- 12. El 15 de mayo de 2006 la Comisión preguntó específicamente a las partes si tenían interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa y les pidió que dieran a conocer su decisión a la Comisión dentro de un plazo de un mes. El 17 de mayo de 2006 el Estado informó a la Comisión que había recibido la nota el 16 de mayo de 2006, por la que

¹ Ley 17.726 (publicada el 7 de enero de 2004), artículo 17. En cualquier estado de la causa, a solicitud presentada por escrito por la defensa, la Suprema Corte de Justicia, previo informe del Instituto Técnico Forense, podrá conceder la excarcelación provisional por gracia, atendiendo a la preventiva ya sufrida o a la excesiva prolongación del proceso.

se le concedía un mes para informar a la Comisión si tenía interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa en el caso de autos e hizo saber a la Comisión que dicho plazo debía computarse a partir de esa fecha, y no del 15 de mayo.

- 13. El 22 de mayo la Embajada de los Estados Unidos en Montevideo, Uruguay, publicó un comunicado de prensa en que señala que la Oficina de Ejecución de Leyes de Inmigración y Aduanas de los Estados Unidos (ICE, en sus siglas en inglés), había arrestado en Coral Gables, Florida, a Juan Peirano Basso, el cuarto hermano, que había permanecido prófugo de la justicia. Se hizo saber que el Gobierno uruguayo había solicitado la extradición y que Juan Peirano Basso había sido arrestado en virtud de una orden de detención dictada por la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Medio de Tennessee.
- 14. El 29 de mayo, en entrevista radial² el fiscal hace mención a la complejidad de la causa pero atribuye la lentitud del proceso a "la demora en los trámites administrativos del propio juzgado para el diligenciamiento de pruebas" y cita la circunstancia de que, por no haber notificado la realización de una pericia a la defensa, motivó la declaración de nulidad de esa medida. Adelantó el posible cambio de calificación por un delito reprimido con una pena más severa.
- 15. El 8 de junio los peticionarios solicitan la medida cautelar 134-06, a la que se adjunta un escrito de amicus curiae suscripto por Alejandro Boulin, la cual fue rechazada el 21 de julio.
- 16. El 28 de junio de 2006 los peticionarios, junto con el Dr. Julio A. Barberis, presentaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de medidas provisionales. La Corte Interamericana, con fecha 5 de julio, les informó que conforme al artículo 63(2) de la Convención Americana y al 25(2) del Reglamento de la Corte, sólo es competente para considerar una solicitud de medidas provisionales en un caso que esté pendiente ante la Comisión si esta última lo solicita.
- 17. El 14 de julio el Estado respondió a las observaciones presentadas por los peticionarios al informe de admisibilidad de la Comisión, pero no hizo referencia a una posible solución amistosa.
- 18. El 28 de julio los peticionarios remitieron un informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por el cual se solicita al Gobierno uruguayo información sobre el caso, para poder emitir opinión al respecto.

- 19. El 23 de agosto nuevamente fue solicitada la libertad ante el juez de la causa, la cual fue rechazada el 30 de agosto.
- 20. El 7 de septiembre los peticionarios hicieron llegar sus observaciones a aquellas presentadas por el Estado, las cuales fueron transmitidas al Estado al día siguiente, para que presente observaciones adicionales en el plazo de dos meses.
- 21. El 21 de septiembre se hizo saber a las partes que la Comisión había decidido convocar a una audiencia, para el 24 de octubre siguiente, durante su 126º período ordinario de sesiones, para tratar cuestiones referentes al caso.
- 22. El 2 de octubre se recibió una presentación de amicus curiae elaborado por la Clínica Legal de Interés Público del Instituto Tecnológico Autónomo de México, el cual había sido presentado ante la Suprema Corte en oportunidad en que el caso estaba para su conocimiento.
- 23. El 24 de octubre; en el marco del 126º período ordinario de sesiones, se llevó a cabo la audiencia, en la que las partes presentaron alegatos sobre el fondo del asunto.
- 24. El 8 de noviembre el Estado presentó observaciones adicionales, las cuales fueron transmitidas a los peticionarios al día siguiente.
- 25. El 20 de noviembre se solicitó, una vez más, ante la Suprema Corte, la libertad de los señores Peirano Basso, la cual fue rechazada el 24 de noviembre.
- 26. El 13 de diciembre de 2006, los peticionarios presentaron la solicitud de medida cautelar 351-06, la cual fue rechazada el 22 de diciembre.
- 27. El 13 de diciembre, la jueza actualmente a cargo de la causa, dispuso autorizar salidas transitorias respecto de los imputados por el términos de 48 horas desde el 24 al 26 de diciembre y desde el 31 de diciembre de 2006 al 2 de enero de 2007 y, a partir del 1º de enero de 2007 estableció un régimen de salidas de 48 horas semanales, bajo declaración jurada.
- 28. Habida cuenta de que el Estado no expresó interés en mantener negociaciones tendientes a una solución amistosa, la Comisión ha decidido llevar adelante el presente informe sobre el fondo del asunto.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

A. Posición de los peticionarios

29. Los peticionarios alegan que el 8 de agosto de 2002 los tribunales judiciales uruguayos ordenaron la prisión preventiva de Jorge, José y

 $^{^{\}rm 2}$ "Las cosas en su sitio", Radio Sarandí, 690 AM, programa dirigido por Ignacio Álvarez.

Dante Peirano Basso, en relación con el colapso del Banco de Montevideo, en medía de la más grave crisis financiera que haya tenido lugar en la historia del Uruguay. El Banco de Montevideo era de propiedad de la familia Peirano, que había operado en el sector bancario en Uruguay durante más de 100 años. Los peticionarios alegaron que se habían violado los derechos de los hermanos Peirano Basso porque los tres permanecieron en prisión preventiva por más de cuatro años antes de ser formalmente acusados el 19 de octubre de 2006.

30. Sostienen que la crisis económica y financiera que se dio en Argentina a fines de 2001 llevó al gobierno de ese país a ordenar una congelación de depósitos bancarios conocida como "corralito"³. La congelación de los depósitos en Argentina suscitó una corrida en gran escala en los bancos del vecino Uruguay, en que aproximadamente el 35% de los depósitos bancarios pertenecen a no residentes, principalmente de nacionalidad argentina. Se vieron afectados todos los bancos: primero el Banco de Galicia, seguido por el Banco Comercial, los bancos del Estado y finalmente el Banco de Montevideo. Sostienen que, cuando en abril de 2002 el Banco Central del Uruguay intervino la administración del Banco de Montevideo y separó de sus cargos a sus autoridades, dejó a la institución a la deriva. Las acciones promovidas por el Banco Central contra los señores Peirano Basso fueron seguidas por demandas presentadas por los depositantes que no pudieron retirar los ahorros.

31. Los peticionarios señalan que, el 17 de marzo de 2005, 15 días después de que asumiera el cargo, el Presidente de la República Dr. Tabaré Vázquez –en cumplimiento de una de las promesas de su campaña electoral— anunció públicamente que había decidido masladar a los hermanos Peirano de la Cárcel Central al Complejo Carcelario de Santiago Vázquez (COMCAR), uno de los peores establecimientos de reclusión de Uruguay, cuya población de casi 3.000 reclusos supera en más de un 300% su capacidad. Los había descripto como "delincuentes que cometieron delitos que fueron muy graves para la sociedad y que implicaron mucho sufrimiento, sobre todo en los sectores más humildes". La defensa denunció públicamente la interferencia del Presidente como violación del principio de separación de poderes.

32. Los peticionarios sostienen que las palabras del Presidente fueron seguidas por otras –de tono aun más áspero– del Ministro del Interior y del Director Nacional de Cárceles. Los abogados de la defensa de los hermanos Peirano solicitaron a la Suprema Corte uruguaya que suspendiera la éjecución de la orden presidencial de traslado, basándose

 3 Es el nombre popular que se da a la decisión del gobierno argentino de prohibir retiros de depósitos bancarios, como respuesta a la corrida financiera en gran escala que se produjo.

en que era ilegal y violaba el principio de separación de poderes, pero la solicitud fue denegada. No obstante, el 22 de marzo de 2005 los hermanos Peirano fueron transferidos, no a COMCAR sino al Anexo de Seguridad y Disciplina de la Cárcel de Libertad (el único establecimiento de máxima seguridad del Uruguay), ubicado a 54 kilómetros de Montevideo. Desde el 16 de abril de 2005 los hermanos Peirano permanecen recluidos en La Tablada, jumo con otros 180 reclusos.

33. El argumento central de los peticionarios es que los señores Peirano Basso no habían sido objeto de acusación pese al hecho de que el 8 de agosto de 2006 habían completado cuatro años de prisión preventiva, y que tan largo período de detención previa al juicio viola normas internacionales sobre derechos humanos. Desde el 8 de agosto de 2002, fecha en que se dispuso el procesamiento con prisión de los tres hermanos, José, Jorge y Dante Peirano Basso, por la comisión del delito previsto en el artículo 5 de la ley 14.095 (de ilícitos económicos), respecto de José, y por el delito previsto en el artículo 76 de la ley 2.230 (ley que data de 1893 y que rige la responsabilidad de los directores y administradores de sociedades en caso de transacciones fraudulentas) a los otros dos y, respecto de los tres, por el delito de asociación para delinquir (imputación que fue dejada de lado por el Tribunal de Apelaciones), la defensa ha interpuesto siete solicitudes de excarcelación, todas las cuales han sido denegadas.

34. Las solicitudes de libertad se basaron, fundamentalmente, en argumentos que se pueden sintetizar en los siguientes: a) antes de la acusación, la prisión preventiva era excesiva en relación con el eventual pronóstico de pena porque habían cumplido las dos terceras partes del máximo legal previsto para el delito por el que se encontraban imputados b) el "plazo razonable" como limite a la detención durante el proceso está reconocido en los instrumentos internacionales reconocidos por Uruguay, c) se ha violado el principio de legalidad en relación con la imputación inicialmente empleada (artículo 76 de la ley 2.230) por la imprecisión de la conducta descripta y de la escala penal aplicable. d) los imputados han recibido un trato discriminatorio por la sanción de la llamada ley de descongestionamiento carcelario que los excluye de la posibilidad de recuperar la libertad debido, exclusivamente, a la calificación legal del delito imputado, en atención a que esas condiciones de la ley habían sido adelantadas públicamente por el Ministro del Interior, e) han sido degradados al ser exhibidos públicamente vestidos con mamelucos anaranjados, esposados y con grilletes en los pies, f) han sido traslados a un complejo carcelario de máxima seguridad de manera injustificada, como sanción adelantada, q) el artículo 17 de la lev 17.726 no otorga, a contrario de lo interpretado por los jueces intervinientes, competencia privativa a la Suprema Corte en materia de determinación de cuándo se ha cumplido el plazo razonable en prisión preventiva o en el proceso, por eso, la Suprema Corte, cuando le ha tocado intervenir, ha empleado el giro de excarcelación "por gracia", h) las demoras injustificadas en la tramitación de la causa responden a una negligente conducción del proceso, i) el artículo 7(5) de la Convención no puede ser considerado una norma programática y desconocerse la naturaleza obligatoria del derecho internacional y j) el fiscal modificó la imputación por una más gravosa, luego de cuatro años, a pesar de que no se han incorporado nuevas pruebas.

- 35. Los peticionarios alegan que "contrariamente a lo que sostiene el Estado uruguayo, está probado (...) que el proceso ha sido conducido con clara y evidente negligencia por parte del Juez de la causa, en contravención de las propias normas de la legislación interna que establecen plazos para la tramitación de las distintas etapas procesales, que han sido groseramente incumplidos".
- 36. El 28 de julio de 2006 los peticionarios informaron a la Comisión que el Fiscal, en el caso que se refiere a los gerentes del Banco, paralelo al de los hermanos Peirano Basso, había acusado formalmente a éstos de "insolvencia fraudulenta", y no de violación del artículo 76 de la ley 2.230; la pena máxima prevista para aquel delito es de diez años de penitenciaría. Los peticionarios temían que el Fiscal modificara la imputación contra los señores Peirano Basso a la de "insolvencia fraudulenta", lo que finalmente sucedió en la acusación formal del 19 de octubre de 2006. Este cambio de calificación, alegap, se debe a la necesidad de justificar la prolongada prisión preventiva ya que no han sido incorporadas nuevas pruebas.
- 37. Sostuvieron que la consecuencia de la prolongación indefinida de la prisión preventiva ha sido en eliminar la presunción de inocencia y, aunado a las recientes presiones políticas, prevén una inminente declaración de culpabilidad. Los peticionarios consideraron que se está ante una denegación de justicia y persecución que pone claramente de manifiesto que el Estado uruguayo no está en condiciones de hacer efectivas las garantías de imparcialidad, debido proceso y juicio justo.
- 38. Afirmaron que los imputados se habían sometido voluntariamente al proceso y que, por ello, no era de presumirse que intentarían eludir la acción de la justicia.
- 39. El 19 de septiembre de 2005 se publicó la ley 17.897, conocida también como "Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario" o "Ley de Descongestionamiento del Sistema Carcelario" o "Ley de Descongestionamiento del Sistema Carcelario". El gobierno había anunciado un programa de descongestionamiento carcelario que favorecía a los detenidos que hubieran permanecido en prisión durante cierto tiempo, que habría podido favorecer a los imputados de no haber sido expresamente excluido de los beneficios de la ley el delito por el cual se encontraban procesados. Esta circunstancia coincidiría con expresiones del Ministro del Interior anteriores a la sanción de la ley en el sentido de que no favorecería a los señores Peirano

Basso. En este sentido, los peticionarios sostienen que, al momento del dictado de la ley, las únicas personas que permanecían en prisión imputadas de esos delitos eran los hermanos Peirano Basso y un gerente que estaba siendo juzgado por cargos similares⁴.

- 40. Los peticionarios alegan haber sido discriminados tanto por el Poder Legislativo, a través de la sanción de la "Ley de Humanización del Sistema Carcelario" que entre las excepciones a ese régimen de libertad, incluye el delito por el cual los hermanos Peirano Basso, se encuentran imputados, como por el Poder Judicial quien liberó a dos coimputados (Sres. San Cristóbal y Ratti) en la misma causa y el Gerente General, Marcelo Guadalupe, quien fue liberado bajo fianza a fines de 2005 en una causa paralela.
- 41. Según los peticionarios la legislación procesal del Uruguay prevé un sistema inquisitivo y escrito en que el juez de instrucción también dicta la sentencia, siendo por lo tanto, juez de sus propios actos. Es él quien enuncia las hipótesis de hecho y recoge pruebas que respalden sus aseveraciones. A diferencia de la gran mayoría de las modernas leyes procesales, el código no establece sistemas de control que brinden garantías; no existe un procedimiento de hábeas corpus, y las leyes no se han armonizado con las pautas contenidas en tratados internacionales, como la Convención Americana, que Uruguay incorporó a su legislación interna sin reservas, por la menos en esos aspectos.
- 42. Consideran que la detención de los señores Peirano Basso sólo persigue tres cosas: imponer un castigo a quienes se juzga sin importar el

⁴ El artículo 1º de la Ley 17.897 dispone: "Esta disposición no será aplicable a los procesados y condenados que hayan cometido los siguientes delitos: a) El delito de homicidio cuando concurran las circunstancias agravantes previstas en los artículos 311 y 312 del Código Penal; b) Los delitos de lesiones gravísimas (artículo 318, Código Penal); c) Los delitos de violación y atentado violento al pudor (artículos 272 y 273, Código Penal); d) El delito de corrupción (artículo 274, Código Penal): e) El delito de rapiña agravado por la circunstancia agravante específica de uso de armas, o cuando la rapiña concurre con el delito de lesiones (artículos 344, numeral 1º del 341, 317 y 318, Código Penal); f) Los delitos de rapiña con privación de libertad -copamiento- y de extorsión (artículos 344 bis y 345, Código Penal); q) Los delitos de quiebra fraudulenta y culpable y de insolvencia fraudulenta (artículos 253, 254 y 255, Código Penal); h) El delito previsto en el artículo 76 de la Ley Nº 2.230, de 2 de junio de 1893; i) Los delitos previstos en al Ley Nº 8.080, de 27 de mayo de 1927, y sus modificativas; j) Los delitos previstos en la Ley Nº 14.095, de 17 de noviembre de 1972, y sus modificativas; k) Los delitos de cohecho y soborno transnacionales previstos por el artículo 29 de la Ley Nº 17.060, de 23 de diciembre de 1998, y el delito de blanqueo de activos previsto por el artículo 5º de la Ley Nº 17.016, de 22 de octubre de 1998; l) Los delitos previstos en los artículos 30 a 34 y 55 del Decreto-Ley Nº 14.294, de 31 de octubre de 1974, y leyes modificativas".

costo que puede tener violar el sistema jurídico interno e incumplir los tratados internacionales, dar un mensaje equivocado a los sectores económicos a través del temor de ser sometidos al mismo tipo de proceso y esconder la verdadera razón de la crisis financiera de Uruguay cuyo origen está en la histórica y consentida división del poder v riqueza entre los partidos tradicionales de ese país.

B. Posición del Estado

- 43. El Estado describió a los señores Peirano Basso como "los autores responsables de infracciones penales que motivaron su procesamiento y detención por la justicia independiente del Estado uruguayo". Alega que los nombrados han sido "los brazos ejecutores de la mayor estafa bancaria registrada en el Uruguay, en su carácter de representantes, directores, gerentes y administradores de empresas de intermediación financiera".
- 44. Afirma que los hermanos Peirano Basso son responsables de delitos penales que dieron lugar a su procesamiento y prisión. Están recluidos en un establecimiento carcelario reconocido y el Estado señala que los privilegios que les concedió el Gobierno anterior, en virtud de los cuales permanecían recluidos en condiciones especiales en la Jefatura de Policía de Montevideo, han sido revocados, como correspondía. La publicidad es inherente a estos casos, sostiene.
- 45. Considera que las actuaciones penales, iniciadas en 2002, han sido extremadamente complejas, por su magnitud y por las características de los delitos investigados.
- 46. El Estado detalla las pruebas incorporadas en el expediente a partir de 2004, que abonan el argumento de complejidad de la causa e ilustran la actitud de la defensa durante el proceso. El 28 de abril de 2004 el Ministerio Público solicitó ampliación de la prueba. Desde esa fecha hasta la acusación el 18 de octubre de 2006, se realizaron las siguientes diligencias: en 2004, se solicitó se agregaran dos expedientes en trámite por ante otros juzgados; en 2005 se solicitó dos informes al Banco Central de Uruguay sobre actuaciones irregulares del Banco de Montevideo; y en 2006, la defensa promovió incidente de nulidad de una prueba pericial en el cual intervino el Tribunal de Apelación, se recibió oficio con declaraciones de Juan Peirano Basso en Nueva York ante autoridades del Trade & Commerce Bank (Islas Caimán) y se solicitó la agregación de un expediente.
- 47. Ofreció las razones por las cuales, en su opinión, justifican el que los señores Peirano Basso permanezcan en prisión preventiva: a) en cuanto a la presunción de que han cometido el delito, "no existe ningún elemento que permita desvirtuar la citada presunción", b) se relaciona el peligro de fuga de los tres imputados con la situación de un cuarto

hermano que se encontraba prófego, c) se considera que, debido a sus vínculos en otros países el peligro de reincidencia es alto debido a que su situación económica se vio deteriorada, d) se alega la complejidad de las medidas de prueba y d) preservación del orden público por la amenaza que la liberación de los acusados podría ocasionar.

- 48. El Estado explica que durante el proceso penal la defensa ha ejercido su derecho de presentar los escritos y recursos pertinentes. Sostiene que las prácticas dilatorias de la defensa han contribuido a la demora de los procedimientos. A pesar de que la fiscalía había renunciado a determinadas medidas probatorias, la actuación de la defensa demoró la conclusión de la etapa presumarial. Según la opinión del Ministerio Público y de la Procuraduría General, el comportamiento procesal de los abogados de la otra parte es un factor capital para comprender por qué se demoró la acusación en el caso.
- 49. La acusación tuvo lugar el 19 de octubre de 2006, luego de que el expediente pudiera ser remitido a la Fiscalía, finalizado el trámite de una solicitud de nulidad articulada por la defensa. En cuanto a la calificación legal empleada, sostiene que desde el inicio de las actuaciones el Ministerio Público señaló la posibilidad de formular la acusación por el delito previsto en el artículo 5 de la ley 14.095 y que la complejidad del asunto determinó que esa tipificación fuera concretada con posterioridad.
- 50. Explica que la excarcelación y las medidas sustitutivas de la pena privativa de la libertad sólo se aplican a casos en los que no se prevea que pueda recaer pena de penitenciaría.
- 51. Sostiene que su posición corresponde exactamente a la que asumió la Comisión en el Informe Nº 17/89, Caso 10.037 (Firmenich c. Argentina), en que declaró que las partes de la Convención no están obligadas a establecer determinado plazo como criterio para ponderar la razonabilidad del plazo de detención preventiva independientemente de las circunstancias del caso.
- 52. Según el Estado, la jurisprudencia de la Comisión es clara en cuanto a establecer que la determinación de qué período es razonable para que una persona permanezca en prisión preventiva es competencia del juez de la causa. El Juez debe analizar todos los elementos pertinentes para establecer si existe una genuina necesidad de mantener la prisión preventiva y debe manifestarlo ciaramente en las sentencias que dicte frente a solicitudes de libertad provisional del acusado. La eficacia de las garantías judiciales deben ser tanto mayor cuanto más prolongada sea la prisión preventiva.
- 53. Concluye manifestando que se ha actuado con diligencia y se le ha dado prioridad al caso, y que comprende la importancia que supone

establecer plazos razonables para realizar actuaciones penales. Reitera que este caso ha sido el más resonante y complejo en la historia judicial uruguaya ya que se refiere a fraude cometido por directores de sociedades que han causado perjuicios irreversibles al mercado financiero y a la economía del Uruguay. Las características y la complejidad del delito y los múltiples inconvenientes que acarrea hicieron necesario disponer de un plazo singularmente prolongado para la tramitación del asunto, en que la principal prioridad es proteger los derechos de las víctimas y de los imputados, lo que, por lo tanto, justifica la permanencia en prisión de los imputados.

IV. HECHOS PROBADOS

54. Los señores José, Dante y Jorge Peirano Basso fueron procesados con fecha 8 de agosto de 2002 como autores de los delitos previstos en los artículos 5 de la ley 14.095⁵, el primero, y artículo 26 de la ley 2.230⁶ (se mató con el chablis), los otros dos, y todos, a su vez, como autores del delito de asociación para delinquir(7). En esa misma resolución, se dispuso su prisión "atento a la gravedad de los delitos imputados". Desde ese acto procesal, han permanecido privados de su libertad ininterrumpidamente. Con posterioridad, el Tribunal de Apelaciones revocó parcialmente aquella resolución y descartó la imputación relativa a la asociación para delinquir⁷.

55. La defensa solicitó la libertad de los señores Peirano Basso en siete oportunidades, todas las cuales fueron rechazadas.

56. La Suprema Corte, en acto de visita de cárceles en octubre de 2004, rechazó un primer pedido de libertad de los tres señores Peirano Basso.

⁵ Ley 14.095 (publicada el 17 de noviembre de 1972), artículo 5º (Insolvencia societaria fraudulenta): El que para procurarse un provecho injusto, para sí o para otro, ocultara, disimulara o hiciese desaparecer, parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa en perjuicio de un tercero, será castigado con pena de doce meses de prisión a diez años de penitenciaría.

⁶ Ley 2.230 (2 de junio de 1893), artículo 76: "Los directores y administradores de sociedades anónimas que cometan fraude, simulación, infracción de estatutos o de una ley cualquiera de orden público, sufrirán la pena señalada en los artículos 272 y 274 para los quebrados fraudulentos…".

⁷ Código Penal, artículo 150 (Asociación para delinquir): Los que se asociaren para cometer uno o más delitos, serán castigados, por el simple hecho de la asociación, con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría. 57. El 25 de febrero de 2005 la defensa solicitó la libertad de los detenidos, nuevamente, ante la Suprema Corte quien, el 30 de marzo de ese año; no hizo lugar a las excarcelaciones provisionales "por gracia" con base en la "gravedad ontológica" de los delitos imputados y su "repercusión social".

58. Con fecha 16 de agosto de 2005, frente a una solicitud del 8 de agosto anterior, el juez a cargo de la investigación rechazó la libertad provisional debido a "la entidad del hecho que se incrimina" y a "la escasa preventiva cumplida". Esta resolución fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones quien, el 10 de marzo de 2006, sostuvo: a) que el artículo 27 de la Constitución de la República sólo admite la libertad provisional cuando, las circunstancias de la causa, admitan prever una individualización de la pena que no sea de penitenciaría, b) la especial complejidad de la causa justificaba la demora en el trámite, c) que la pena que prima facie habría de recaer sería de cinco años, máximo legal para el delito imputado a esa altura del proceso, d) admitió que las dos terceras partes del máximo de la pena, que los imputados habrían permanecido en detención para la fecha de la resolución, era indudablemente extenso, pero que la gravedad de los hechos hacían presumir la imposición de una pena cercana al máximo legal, e) que el articulo 7(5) de la Convención es una norma programática y que es extraño a la función judicial la determinación del plazo razonable, f) la "gravedad inusitada" de los hechos ameritan una pena "severizada" que no admite la libertad durante el proceso, y g) la consideración de la razonabilidad de la extensión de la prisión preventiva corresponde a la Suprema Corte (artículo 17 de la lev 17.726.

59. El 6 de diciembre de 2005, en el marco de un acto de visita de cárceles, la Suprema Corte rechazó un nuevo pedido de libertad.

60. El 26 de abril de 2006 se presentó un pedido de libertad "por gracia" ante la Suprema Corte, la cual fue rechazada el 12 de mayo siguiente con la sola invocación del artículo 17 de la ley 17.726⁸.

61. Con fecha 23 de agosto de 2006 la defensa volvió a solicitar la libertad de los señores Peirano Basso. El 30 de agosto, la jueza en ese momento a cargo de la investigación se declaró incompetente para entender en la "excesiva duración del proceso" a pesar de lo cual rechazó la solicitud al considerar que la cuestión no podía ser resuelta con

⁸ Ley 17.726, artículo 17: "En cualquier estado de la causa, a solicitud presentada por escrito por la defensa, la Suprema Corte de Justicia, previo informe del Instituto Técnico Forense, podrá conceder la excarcelación provisional por gracia, atendiendo a la preventiva ya sufrida o a la excesiva prolongación del proceso".

base en lo establecido en los artículos 27 de la Constitución⁹ y 138 del Código Procesal Penal¹⁰.

- 62. El 24 de noviembre de 2006, ante una solicitud de la defensa del 20 de noviembre anterior, la Suprema Corte rechazó, una vez más, la excarcelación "por gracia" (artículo 17 de la ley 17.726), sin fundamentación alguna.
- 63. El 19 de octubre de 2006 el fiscal acusó a los señores José, Dante y Jorge Peirano Basso como autores del delito de insolvencia societaria fraudulenta (artículo 5 ley 14.095) y solicitó su condena a la pena de nueve años de penitenciaría, los primeros dos, y seis años de penitenciaría, el último, por su intervención en el vaciamiento del Banco de Montevideo, por medio de múltiples transferencias de dinero operadas desde ese Banco hacia el Trade & Commerce Bank (TCB), ambos propiedad de los señores Peirano Basso, y a otras empresas del Grupo también de su propiedad, así como a otros accionistas del Grupo.
- 64. La familia Peirano era propietaria de un grupo económico integrado por entidades financieras y otras empresas, que operaban en Uruguay y también en otros países como Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraquay, Perú y las Islas Caimán,
- 65. Los hechos imputados sucedieron en el marco de la crisis económica en la que se vio envuelta la Argentina, a fines de 2001, lo que derivó en la implementación del llamado "corralito"11 que generó que los depositantes argentinos intentaran recuperar sus ahorros fuera del sistema financiero de ese país, afectando, así, a instituciones financieras uruguayas cuyos depósitos estaban compuestos en gran parte por fondos provenientes de Argentina. A su vez, esta actitud de los ahorristas extranjeros, habría provocado desconfianza en el sistema financiero uruguayo por parte de los residentes locales, lo cual habría dado lugar a la crisis financiera que padeció Uruguay a principios de 2002.
- 66. Un tramo del proceso contra los imputados tuvo lugar en un contexto político electoral, en cuyo marco el actual Presidente Tabaré Váz-

⁹ Constitución Nacional, artículo 27: "En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley."

 $^{
m 10}$ Código Procesal Penal, artículo 138 (Admisibilidad genérica): Puede concederse la excarcelación del procesado que se encuentre en prisión preventiva, en cualquier estado de la causa, salvo que la ley reprima el delito atribuido con mínimo de penitenciaría, o cuando se estime 'prima facie' que la pena a recaer en definitiva será de penitenciaria (artículo 27 de la Constitución de la República)".

¹¹ Cf. nota 3.

quez habría realizado la promesa electoral de trasladar a los señores Peirano al complejo carcelario Santiago Vázguez, en medio de declaraciones sobre la culpabilidad de éstos. A su vez, el Ministro del Interior y el Director Nacional de Cárceles habrían hecho manifestaciones de igual tenor. El 22 de marzo de 2005, los imputados no fueron trasladados a aquel establecimiento sino al Anexo Seguridad y Disciplina del Penal de Libertad, un establecimiento de máxima seguridad.

67. El 13 de diciembre, de 2006, les fueron concedidas salidas transitorias, por 48 horas, para los días 24 y 25 de diciembre y 31 de diciembre de 2006 y 1º de enero de 2007, y se dispuso un régimen de salidas de 48 horas semanales, en lo sucesivo, bajo declaración jurada. fundado en la buena conducta de los detenidos, su falta de antecedentes y que "la salida temporaria del establecimiento de reclusión no pone en riesgo el desarrollo del proceso, atendiendo a la etapa en que éste se encuentra ni a la sociedad, pues no cabe pensar que los tres imputados vavan a cometer un nuevo delito mientras se encuentran fuera del establecimiento de reclusión" (artículo 4 de la lev 16.928¹²).

V. CONSIDERACIONES GENERALES

68. El artículo 7 de la Convención Americana, en su punto 5, dice: Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio 13.

12 Lev 16.928 (publicada el 22 de abril de 1998), artículo 4º: "Sustitúvese el artículo 63 del Decreto-Ley Nº 14.470, de 2 de diciembre de 1975, en la redacción dada por el artículo 30 de la Ley Nº 16.707, de 12 de julio de 1995 (Ley de Seguridad Ciudadana), por el siguiente: 'Artículo 63. En ningún caso podrá autorizarse la salida transitoria de un recluso que no haya cumplido, como mínimo, una preventiva de noventa días. Tratándose de personas procesadas o condenadas por un delito cuya pena mínima, prevista legalmente, sea de penitenciaría. Ja salida transitoria no podrá concederse hasta tanto no se haya cumplido una tercera parte de dicha pena. Asimismo, en dichos casos, será preceptivo, como requisito para poder conceder la respectiva autorización, el informe del Instituto Nacional de Criminología o, en su defecto, de los abogados regionales dependientes del Ministerio del Interior que, por razones de jurisdicción corresponda el que deberá ser recabado por la auto. del carcelaria y evacuado, dentro del plazo de que ésta dispone, conforme a lo previsto en el artículo anterior'."

13 El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, Convención Europea de Derechos Humanos), en su artículo 5.3, establece una regla idéntica: "Toda persona detenida preventivamente (...) deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de

A su vez, el artículo 8(2), expresa: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad ...

- 69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.
- 70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada¹⁴).
- 71. En este sentido, la Comisión ha afirmado que, al establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva, "en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual"15.
- 72. Como derivación del principio de inocencia se exige un límite temporal "razonable" a la prisión preventiva en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario.
- 73. Aquí se presenta un conflicto entre la garantía de no ser privado de la libertad personal hasta el dictado de una sentencia que imponga una pena en función de la culpabilidad por el hecho cometido y los deberes del Estado de respetar esos derechos y de que el proceso no se vea frustrado en su ejecución por la incomparecencia del imputado o en la obtención de la prueba.
- 74. La Corte Interamericana, en el caso "Velásquez Rodríguez", sostuvo: ... por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que pue-

otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio".

dan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercer sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana¹⁶.

- 75. Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada.
- 76. Por ello, es necesario priorizar los procesos judiciales en los cuales los imputados se encuentran privados de su libertad para así reducir, a su mínima expresión, la necesidad de adoptar medidas restrictivas de los derechos¹⁷. De lo contrario, se corre el riesgo de que el juzgador tenga una tendencia a inclinarse por la condena y por la imposición de una pena al menos equivalente al tiempo de prisión preventiva, en un intento por legitimarla.
- 77. Como presupuesto para disponer la privación de la libertad de una persona en el marco de un proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, es lo que distingue al imputado –inocente– contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna –igualmente inocentes–.
- 78. Este presupuesto está reconocido expresamente en la Convención Europea¹⁸ al disponer que se puede privar de la libertad a una perso-

¹⁴ Véase Corte IDH, Caso López Álvarez, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141, párrafo 69; Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137, párrafo 106; Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párrpárrafo 75; Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párrafo 180; y Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 77.

¹⁵ CIDH, informe 2/97 (11 de marzo de 1997), párrafo 25.

¹⁶ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez , Sentencia 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 154.

 $^{^{17}}$ Véase ECHR, E.M.K. v. Bulgaria, sentencia del 18 de enero de 2005, párrafo 124; y ECHR, Wemhoff v. Alemania, sentencia del 27 de junio de 1968, párrafo 17.

¹⁸ Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 5.1.c: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad,

na cuando existen indicios racionales, es decir, elementos de prueba que habrían satisfecho a un observador objetivo de que ella ha cometido un delito (artículo 5.1.c)¹⁹.

- 79. En este sentido, la Corte Europea sostuvo que, si bien la sospecha razonable de que la persona detenida ha cometido un delito es una condición sine qua non, transcurrido cierto lapso ello ya no es suficiente²⁰.
- 80. Una vez establecida esta relación entre el hecho investigado y el imputado, presente en toda medida de coerción, corresponde fijar los fundamentos por los cuales se podrá disponer la privación de la libertad durante un proceso penal.
- 81. la Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): "Toda persona detenida o retenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.
- 82. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido: 7. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia²¹.

83. Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²², en su artículo 9.3, dispone:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.

85. A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad. [En REALIDAD, NO ES UNA PRESUNCION TURIS TANTUM]

86. En apoyo a esas consideraciones, la Corte Europea ha sostenido que las autoridades judiciales deben, en virtud del principio de inocen-

salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) c) Si ha sido privado de libertad y detenido, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido".

¹⁹ ECHR, Fox, Campbell y Hartley v. UK, sentencia del 30 de agosto de 1990.

²⁰ Véase, inter alia, ECHR, Sulajoa v. Estonia, sentencia del 15 de febrero de 2005, párrafo 62; ECHR, Klyakhin v. Rusia, sentencia del 30 de noviembre de 2004, párrafo 61; ECHR, Nikolova v. Bulgaria, sentencia del 30 de septiembre de 2004, párrafo 61; ECHR, Sta?aitis v. Lituania, sentencia del 21 de marzo de 2002, párrafo 82; y ECHR, Trzaska v. Polonia, sentencia del 11 de julio de 2000, párrafo 63.

²¹ Véase Corte IDH, Caso López Álvarez, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrafo 69; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párrafo 198; Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párrafo 111; Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párrafo 180; y Corte IDH, Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párrafo 153.

²² Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la República Oriental del Uruguay el 1º de abril de 1970.

cia, examinar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales y asentarlo en sus decisiones relativas a las solicitudes de libertad 23 .

87. Asimismo, la Corte Interamericana también ha establecido que los tribunales nacionales deben evaluar oportunamente todos los argumentos a fin de precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva²⁴.

88. La obligación de verificar el peligro ha sido reconocida por la Comisión en otra oportunidad, al señalar:

Que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia²⁵.

89. La "seriedad de la infracción como [la] severidad de la pena" pueden ser tomadas en consideración al momento de analizar el riesgo de evasión pero con la advertencia sentada en el Informe Nº 12/96: Su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad²⁶.

Y, "además, la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena"27.

90. Por su parte, la Corte ha sido más categórica al enfatizar "la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión, pře-

23 Véase, en ese sentido, ECHR. Rokhlina v Rusia, sentencia del 7 de abril de 2005, párrafo 68; ECHR, Sulajoa v. Estonia, sentencia del 15 de febrero de 2005, párrafo 61; ECHR, E.M.K. v. Bulgaria, sentencia del 18 de enero de 2005, párrafo 121; ECHR, D.P. v. Polonia, sentencia del 20 de enero de 2004, párrafo 84; y ECHR, Stazaitis v. Lituania, sentencia del 21 de marzo de 2002, párrafo 82.

²⁴ Véase, en ese sentido, Corte IDH, *Caso López Álvarez*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrs. 73, 78 y 81.

²⁵ CIDH, informe 12/96 1° de marzo de 1996, párrafo 84.

²⁶ CIDH, informe 12/96 1° de marzo de 1996, párrafos 86 y 87.

²⁷ CIDH, informe 12/96, 1° de marzo de 1996, párrafo 88. Veáse ECHR, Klamecki v. Polonia (No. 2), Sentencia del 3 de abril de 2003, párrafo 122, y Klyakhin v. Rusia, sentencia del 30 de noviembre de 2004, párrafo 65.

ventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo"²⁸.

- 91. Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio. La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido. lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso.
- 92. Hasta aquí el análisis del presupuesto y los fundamentos de la prisión preventiva. Restan aún considerar los que constituyen principios limitadores del encarcelamiento preventivo a la hora de resolver un caso concreto.
- 93. El principio rector para establecer la legalidad de la prisión preventiva es el de "excepcionalidad", en virtud del cual se intenta evitar que la prisión preventiva se convierta en regla y, así, se desvirtúe su fin.
- 94. En este sentido, la Comisión ha sostenido, en el Informe Nº 12/96: ... se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa²⁹.

95. Por su parte, la Corte, en el caso "López Álvarez vs. Honduras"³⁰, destacó:

 $^{^{\}hbox{$28}}$ Corte IDH, Caso López Álvarez, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrafo 81.

 $^{^{29}}$ CIDH, informe 12/96 1° de marzo de 1996, párrafo 84.

 $^{^{30}}$ Corte IDH, *Caso Tibi*, Sentencia 7 de septiembre de 2004, Serie C Nro. 114, párrafo 106.

La prisión preventiva está limitada por tos principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal³¹.

- 96. Sobre esta cuestión, la Comisión no puede desconocer la importancia de los instrumentos internacionales vigentes como fuente de interpretación de la Convención.
- 97. En este sentido, el carácter excepcional de la detención procesal está expresamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3; que dispone:
- ... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general ...
- 98. A su vez, el principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, establece;

Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención³².

99. Este principio también está plasmada en la disposición 6.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio):

En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso ...

100. Las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos. La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.

101. En el caso "Suárez Rosero", la Corte afirmó:

... 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) ...³³.

- 102. En este sentido, sobre el órgano a disposición del cual se encuentra detenido el individuo pesa la obligación de disponer la libertad, aún de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado. De lo contrario, se estaría legitimando una privación de la libertad que carece de fundamento.
- 103. Sobre esta cuestión, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establecen:
- 2.3 ... el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas. Y, "6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible ...".
- 104. Por ello, el juzgador deberá, revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten. En tal exposición, se deberán expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el imputado en libertad. Este deber encuentra fundamento en la necesidad de que el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales.
- 105. Otra condición del carácter cautelar de la prisión preventiva es que está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (provisionalidad).

³¹ Corte IDH, Caso López Álvarez, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrafo 67.

 $^{^{32}}$ Adoptado por la Asamblea General NU en su resolución 43/173 (9 de diciembre de 1988).

 $^{^{33}}$ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 77.

- 106. La disposición 6.2 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establece:
- ... La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 (investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima) ...
- 107. De ella surge la obligación de disponer métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia del imputado y la obligación, también, de ir sustituyéndolas a medida que las circunstancias del caso así lo impongan.
- 108. El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar.
- 109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparagión de su naturaleza.
- 110. En ese sentido, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada.
- 111. A estos fines, como derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración "en abstracto" de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del "mínimo" legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial.
- 112. Asimismo, existen, requisitos que hacen al procedimiento, como la legalidad, la judicialidad y la recurribilidad.
- 113. El artículo 7(2) de la Convención establece:

- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- 114. Sobre esta cuestión, la Corte, en el caso "Suárez Rosero", ha sostenido que nadie puede ser privado de la libertad personal "sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal) (Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C Nº 16, párr. 47)"34.
- 115. La Convención, en el artículo 7(5), establece que, luego de ser aprehendida una persona, se debe dar intervención a un juez "u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales".
- 116. De allí surge la necesidad de la intervención de un funcionario judicial para ejercer el control de las razones que motivaron la detención o de las que justifican la prisión preventiva.
- 117. Ello se debe a que el juicio acerca del peligro procesal sólo puede estar a cargo del juez de la causa porque, como se señalara, éste es el único en condiciones de establecer si, en el caso concreto, se dan las condiciones analizadas para negar la libertad al imputado. Además, son las autoridades judiciales las encargadas de velar por los derechos que el ejercicio de los otros poderes del Estado o los particulares conculcan.
- 118. El control jurisdiccional no se refiere exclusivamente a las circunstancias de la detención sino también a la continuidad de la privación de la libertad –dictado, cese o continuidad de la prisión preventiva–, toda vez que corresponde al juzgador "garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia^{35/36}.

³⁴ Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 43.

³⁵ Cfr. Caso de los Hermanos *Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párrafo 96; *Caso Maritza Urrutia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 66; y *Caso Bulacio*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 129.

 $^{^{36}}$ Corte IDH, *Caso Tibi*, Sentencia 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párrafo 114.

- 119. En este ámbito, rigen la garantía de imparcialidad del juzgador y derecho a ser oído como presupuestos del debido proceso (artículo 8(1)).
- 120. Asimismo, la Convención establece que las legislaciones internas deberán prever recursos judiciales que amparen "contra actos que violen (los) derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" (artículo 25).
- 121. Por su parte, la disposición 6.3 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establece:

El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

- 122. Una vez justificada la prisión preventiva, cabrá analizar si su duración es razonable.
- 123. En este punto, la Convención, en el artículo 7(5) dispone: Toda persona detenida o retenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso ...
- 124. El principio de proporcionalidad impone, además de establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, determinar un límite superado el cual la consecuencia ineludible será sustituirla por una menos lesiva o, directamente, disponer la libertad del imputado.
- 125. En este sentido la Comisión ha dicho, en el Informe Nº 12/96, lo siguiente:

... El artículo 7, que comienza con la afirmación de que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, específica las situaciones y condiciones en que se puede permitir la derogación del principio. Es a la luz de esta presunción de libertad que los tribunales nacionales y posteriormente los órganos de la Convención deben determinar si la detención de un acusado antes de la sentencia final ha sido, en algún momento, superior al límite razonable.

El fundamento que respalda esta garantía es que ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluye la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia. Todas estas etapas deben cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado.

... El artículo 8.2 de la Convención establece el derecho a que se presuma la inocencia de toda persona acusada.

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Además, aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa al juicio es de duración no razonable. La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente, se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados. Otra consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa que garantiza el artículo 8.2.f de la Convención porque, en algunos casos, aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa. A medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos. También disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos³⁷.

126. Tanto el artículo 7(5) como el 8(1) de la Convención Americana persiguen el propósito de que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes.

127. En este sentido, en el informe citado la Comisión señaló: Aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable. Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso.

El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio.

El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la com-

³⁷ CIDH, informe 12/96 del 1º de marzo de 1996, párrafos 75, 76, 79, 80 y 81.

plejidad del caso ... y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal³⁸.

128. En efecto, si bien para establecer la extensión del "plazo razonable" en ambos supuestos se puede tomar en consideración la complejidad del caso y la diligencia en la investigación, en el caso de la prisión como medida cautelar la determinación debe ser mucho más estricta y limitada debido a la privación de la libertad que subyace³⁹.

129. La complejidad del caso se deber medir, especialmente, en relación con las características del hecho y su dificultad probatoria. Como contrapartida, la diligencia de las autoridades judiciales debe ser analizada a la luz de la complejidad del caso y de la actividad investigativa.

130. En este sentido, las actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso.

131. Sin embargo, sí se podrá imputar la necesidad de mantener la prisión preventiva a la actividad del imputado si obstaculizó, deliberadamente, el accionar de la justicia, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse; no comparecer injustificadamente. Nunca, bajo ningún concepto, se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Estos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido, han sido regulados para su plena utilización.

132. Es importante que los Estados pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la máxima premura y, así, evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no decla-

38 CIDH, informe 12/96 del 1º de marzo de 1996, párrafos 110 y 111.

rada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada, violando la defensa enjuicio y el principio de inocencia.

133. Esto fue sostenido por la Comisión en el Informe Nº 2/97: El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7.5. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del artículo 8.2 de la Convención Americana⁴⁰.

134. Una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir; aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar. Porque la necesidad de establecer un plazo razonable responde, precisamente, a la necesidad de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar, en aquellos casos en los que aún subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar. De no ser así, la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento.

135. El "plazo razonable" no puede ser establecido en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrán de ser determinados en cada caso⁴¹. En consecuencia, su fijación en las legislaciones internas no garantiza su consonancia con la Convención. Las particularidades de cada caso determinarán cuándo ese plazo se habrá cumplido, sin perjuicio de lo legalmente establecido.

136. Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo

³⁹ Véase, *inter alia*, ECHR, Rokhlina v Rusia, sentencia del 7 de abril de 2005, párrafo 63; ECHR, Sulajoa v. Estonia, sentencia del 15 de febrero de 2005, párrafo 62; ECHR, Mitev v. Bulgaria, sentencia del 22 de diciembre de 2004, párrafo 104; y ECHR, G.K. v. Polonia, sentencia del 20 de enero de 2004, párrafo 82.

⁴⁰ CIDH, informe 2/97 del 11 de marzo de 1997, párrafo 12.

⁴¹ Véase, *inter alia*, ECHR, Sulajoa v. Estonia, sentencia del 15 de febrero de 2005, párrafo 61; ECHR, Klamecki v. Polonia (No. 2), sentencia del 3 de abril de 2003, párrafo 118; ECHR, Klyakhin v. Rusia, sentencia del 30 de noviembre de 2004, párrafo 60; ECHR, Stazaitis v. Lituania, sentencia del 21 de marzo de 2002, párrafo 82; ECHR, Jablo*f*ski v. Poland, sentencia del 21 de diciembre de 2000, párrafo 79.

legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente.

- 137. Sin perjuicio de ello, en aquellos Estados en los que se ha establecido un límite objetivo a la actividad procesal, si la legislación interna concede un mayor goce de los derechos que la Convención, se debe aplicar aquélla en virtud del principio pro homine (artículo 29(b) de la Convención).
- 138. En este sentido, cuando un Estado ha resuelto autolimitarse en el ejercicio de su poder cautelar en el marco de una investigación criminal, ha realizado una evaluación de costos y beneficios en términos de respeto a los derechos al imputado frente al poder coercitivo estatal y ha llegado a la conclusión de que superado ese límite temporal, el Estado se habrá excedido más allá de lo tolerable en el uso de su poder de policía.
- 139. Sin embargo, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre. Debajo de él, habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención es legítima.
- 140. Si la privación de la libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos, entonces, la severidad de una eventual condena no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera.
- 141. En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legitimas de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como "alarma social", "repercusión social", "peligrosidad" o algún otro. Esos, juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad.

- 142. Ese tipo de clasificaciones violan el principio de igualdad ya que el distinto trato está fundado en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinado tipo de delitos, criterios que no pueden ser tenidos en cuenta para denegar la libertad durante el proceso. Algunas personas quedarán automáticamente excluidas del derecho a la libertad a pesar de estar imputadas de delitos reprimidos con penas más leves, en virtud de percepciones sociales que, además de indemostrables, son absolutamente ilegítimas a los fines de determinar la licitud de una prisión preventiva.
- 143. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que una ley que contenga una excepción que "despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (...) per se viola el articulo 2 de la Convención Americana, independiente de que haya sido aplicada (en el caso concreto)⁴².
- 144. Los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condiciones iuris et de iure, que no necesiten ser probadas en el caso y que sea suficiente su mera alegación. La Convención no admite que toda una categoría de imputados, por esa sola condición, quede excluida del derecho a permanecer en libertad durante el proceso.
- 145. Luego de dispuesta la libertad, únicamente se podrá privarla nuevamente si no se ha cumplido el plazo razonable en la detención previa, siempre que se vuelvan a reunir las condiciones para su procedencia.
- 146. En estos casos, para establecer el plazo razonable se debe tener en consideración la privación de libertad ya sufrida, por lo que el cómputo no se debe reanudar.

VI. ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO

A. Legislación aplicada en el caso

147. Constitución de la República

Artículo 27. En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley.

^{.42} Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 98. Véase, en el mismo sentido, Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párrafos 135 y 138.

148. Código Procesal Penal⁴³

Articulo 138. (Admisibilidad genérica). Puede concederse la excarcelación del procesado que se encuentre en prisión preventiva, en cualquier estado de la causa, salvo que la ley reprima el delito atribuido con mínimo de penitenciaría, o cuando se estime 'prima facie' que la pena a recaer en definitiva será de penitenciaria (Artículo 27 de la Constitución de la República).

Articulo 328. (Libertad anticipada). Los penados que se encontraren presos al quedar ejecutoriada la sentencia o que hubieran sido reintegrados luego de aquélla, podrán solicitar la libertad anticipada en los

siguientes casos:

1º) Si la condena es de penitenciaria y el penado ha cumplido la mitad de la pena impuesta

2º) Si la pena recaída es de prisión o multa, sea cual fuese el tiempo de reclusión sufrida.

3º) Si se ha aplicado una medida de seguridad eliminativa, cuando se havan cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta⁴⁴.

La petición debe formularse ante la Dirección del establecimiento carcelario donde se encuentra el penado.

La solicitud se elevará al Juez de la ejecución dentro de cinco días, con informe de la Dirección del establecimiento acerca de la calificación del solicitante como recluso.

Recibida la solicitud, el Juez recabará el informe del Instituto de Criminología.

Devueltos los autos, el Juez emitirá opinión fundada y se procederá de acuerdo con lo establecido en el cuarto inciso del artículo anterior."

149. Lev 17.897⁴⁵:

"Artículo 1º.- El régimen excepcional de libertad anticipada y provisional que se establece en la presente lev se aplicará, por única vez, a los procesados y penados que estaban privados de libertad al 1º de marzo de 2005.

Esta disposición no será aplicable a los procesados y condenados que havan cometido los siguientes delitos.

... H) El delito previsto en el artículo 76 de la Ley Nº 2.230, de 2 de iunio de 1893.

... J) Los delitos previstos en la Ley Nº 14.095, de 17 de noviembre de 1972, y sus modificativas ..."

Artículo 3º.- El Juez o Tribunal que esté conociendo en la causa otorgará de oficio y sin más trámite, la libertad provisional, bajo caución

43 Ley 15.032 (publicada el 18 de agosto de 1980).

juratoria a los procesados comprendidos en el artículo $1^{
m o}$ de esta ley, conforme al siguiente estado de su causa:

A) Si el proceso se encuentra en estado de sumario, cuando hayan cumplido las dos terceras partes del máximo de la pena establecida para el más grave de los delitos imputados, si éste superara el máximo de tres años. Si no superara dicho plazo, cuando hayan cumplido la mitad de la pena establecida para el más grave de los delitos imputados.

B) Si el proceso se encuentra en plenario cuando hayan cumplido las des terceras partes de la pena requerida por la acusación fiscal, si ésta superara el máximo de tres años, y cuando hayan cumplido la mitad de

la pena requerida si fuera menor a dicho plazo ..."

Artículo 11.- (Libertad anticipada).- Sustituyese el numeral 3) del artículo 328 del Código del Proceso Penal el que quedará redactado de la siguiente manera:

"3) Si el penado ha cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, la Suprema Corte de Justicia concederá la libertad anticipada. Sólo podrá negarla, por resolución fundada, en los casos en que los signos de rehabilitación del condenado no sean manifiestos."

150. Ley 17.726⁴⁶, artículo 17:

Articulo 17.- En cualquier estado de la causa, a solicitud presentada por escrito por la defensa, la Suprema Corte de Justicia, previo informe del Instituto Técnico Forense, podrá conceder la excarcelación provisional por gracia, atendiendo a la preventiva ya sufrida o a la excesiva prolongación del proceso.

B. Análisis del caso

- 151. En el presente, los señores Peirano Basso fueron privados de su libertad el 8 de agosto de 2002, permaneciendo en esa situación hasta la fecha, en forma ininterrumpida.
- 152. No existe en la legislación uruguaya norma que establezca un límite a la prisión preventiva cuyo cumplimiento corresponda corroborar, motivo por el cual la Comisión hará un análisis de los fundamentos brindados para rechazar las sucesivas solicitudes de libertad a la luz de las normas internas aplicadas y, a su vez, establecer su concordancia con la Convención.
- 153. La Comisión ha desarrollado dos aspectos para determinar si la prisión preventiva en un caso específico constituye una violación del derecho a la libertad personal y de las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana.

⁴⁴ Inciso 3º, luego sustituido por artículo 11 de la ley 17.897 (publicada el 19 de septiembre de 2005).

⁴⁵ Ley 17.897 (promulgada el 14 de septiembre de 2005).

⁴⁶ Ley 17.726 (publicada el 7 de enero de 2004).

- 154. En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la medida mencionada de acuerdo a alguno de los criterios establecidos por la Comisión.
- 155. Como se señalara, las autoridades judiciales uruguayas sólo en algunas oportunidades han brindado fundamentos de la privación de la libertad durante el proceso y, en esas oportunidades, no han dado respuesta a los argumentos de la defensa o la fundamentación ha sido sólo aparente, en violación al artículo 8(1).
- 156. Los jueces a cargo de la primera instancia resolvieron dos solicitudes de libertad. En una primera oportunidad la petición fue rechazada con base en "la entidad del hecho que se incrimina (y) la escasa preventiva cumplida". La segunda resolución de la primera instancia, a pesar de haber declarado la incompetencia en favor de la Suprema Corte, rechaza la libertad provisional, sin más.
- 157. La Suprema Corte tuvo oportunidad de expedirse en cinco oportunidades, en el marco de la competencia asignada en el artículo 17 de la ley 17.726 que la facultaría a otorgar una suerte de "perdón judicial" o "gracia". Únicamente en una de esas oportunidades dio explicaciones de su decisión. En esta oportunidad, sólo se limitó a afirmar la "gravedad ontológica de los delitos" imputados y su "repercusión dañosa en la economía y medio social".
- 158. Estas circunstancias, por sí mismas, resultan violatorias del derecho al debido proceso en virtud del cual, para que un imputado pueda ejercer debidamente los derechos reconocidos en la Convención, las resoluciones que establezcan limitaciones a esos derechos deben estar fundadas de manera de permitir el control por parte de la defensa e infringen, asimismo, la garantía del juez imparcial al dictar una resolución sin motivos atendibles, lo que evidencia un prejuicio, y, en consecuencia, el principio de inocencia (artículos 7(2), 3, 5 y 6, 8(1) y 8(2)(h), y 25(1) y 2(a) de la Convención).
- 159. En cuanto a la ley interna, los artículos 27 de la Constitución de la República y 138 del Código Procesal Penal establecen la facultad del juez de conocer la libertad durante el proceso cuando no haya de resultar pena de penitenciaría, con referencia a la pena en abstracto o en concreto.
- 160. Esta regla ha sido interpretada a contrario sensu, en el sentido de que impone una obligación al juez para que disponga la detención en los demás supuesto. Esa inteligencia omite considerar la concurrencia en el caso de los dos fundamentos legítimos de la prisión preventiva y contraria a los principios de excepcionalidad, provisionalidad, necesidad y proporcionalidad, expuestos en el presente informe. El juez, en cada caso, es quien debe establecer si esa presunción prima facie estableci-

- da por el legislador tiene fundamento en la necesidad de preservar los fines del proceso.
- 161. Por su parte, la ley 17.897 establece la posibilidad de recuperar la libertad para aquellos condenados que hayan cumplido dos terceras partes de la condena.
- 162. Si bien esta reglamentación se refiere a penados, el principio de proporcionalidad impone que, bajo ningún concepto, una persona detenida en prisión preventiva pueda estar sujeta a una medida cautelar que iguale o supere la expectativa de permanecer privado de su libertad con motivo de una condena. Por eso, si esta norma admitiera que los imputados, en caso de haber sido condenados, habrían recuperados su libertad, con mayor razón habrá de ser aplicada a la situación actual de los señores Peirano Basso.
- 163. En este sentido, como se señaló en las consideraciones generales, la predicción acerca de la pena que, en su caso, habrá de recaer debe formularse teniendo en consideración el mínimo legal aplicable al delito imputado. En este caso, tanto la pena prevista para el delito en virtud del cual fueron procesados como la calificación legal empleada en la acusación, habrían permitido que los imputados recuperasen la libertad en esta instancia.
- 164. Por otra parte, las autoridades judiciales uruguayas, no han demostrado que los señores Peirano Basso, de recuperar la libertad, se sustraerán de la autoridad judicial o interferirán en la preservación de la evidencia sino que han alegado, sin más, la gravedad del hecho.
- 165. En diferentes oportunidades fueron esgrimidos los argumentos de la "gravedad ontológica de los delitos que se imputan a los procesados", la "repercusión dañosa en la economía y medio social", que los hechos son "de gravedad inusitada que ... amerita una pena excepcionalmente severizada, en todo caso obstativa al beneficio en trámite y por ello no puede considerarse de flagrante injusticia la situación de los encausados" o "la entidad" del hecho incriminado.
- 166. De acuerdo a los criterios generales referidos en el presente informe, la gravedad del delito investigado no responde a los criterios de peligro procesal establecidos para fundamentar la prisión como medida cautelar. Por el contrario, constituye una respuesta fundada en un criterio material, no procesal, que contiene un claro carácter retributivo, que mira hacia el hecho investigado y no hacia el proceso de investigación. Ello contraviene el principio de inocencia enunciado en el artículo 8(2), primera parte, de la Convención.
- 167. De ser ciertas las referencias a la envergadura del hecho y su repercusión social, el Estado debió haber puesto a disposición de las

autoridades judiciales encargadas del caso los recursos necesarios que habrían permitido que la situación procesal y, en consecuencia, cautelar de los señores Peirano Basso fuera resuelta en un plazo razonable.

168. A su vez, cuando el juez de la primera instancia, el 16 de agosto de 2005, recurrió al argumento del escaso tiempo de detención, y lo relacionó con la gravedad del hecho imputado y la expectativa de pena, desvirtuó, nuevamente, el fundamento de la prisión preventiva: lo que subvace es que los imputados aún no habían cumplido la totalidad de la pena que el juzgador estimó podría ser impuesta en caso de condena. Para ese momento, los imputados habían permanecido privados de su libertad 3 años y algunos días. El delito por el cual habían sido procesados (artículo 76 de la ley 2.230) previa una pena máxima de cinco años de penitenciaría. El juez no expuso cuál era su pronóstico de pena pero evidentemente era superior al mínimo legal. Ello configura una violación a la presunción de inocencia y al debido proceso (artículos 8(2), primera parte, y 25(1) y 2(a)) en atención a que se ha recurrido, para justificar la medida cautelar, a criterios ajenos a su naturaleza. Por otra parte, en esa resolución, tampoco se valoraron circunstancias obietivas que habrían permitido relacionar la sola mención de "la entidad del hecho que se incrimina (y) la escasa preventiva cumplida" a los peligros procesales.

169. El 10 de marzo de 2006, el Tribunal de Apelaciones confirmó la resolución anterior acudiendo a un pronóstico de pena de cinco años (máximo legal previsto para el delito imputado en ese momento) y justificó la demora en el trámite de la causa en su especial complejidad, asimismo, negó operatividad al artículo 7(5) de la Convención y se consideró incompetente para tratar la razonabilidad de la extensión de la prisión preventiva por tratarse de una atribución exclusiva de la Suprema Corte (artículo 17 de la ley 17.726).

170. El Tribunal de Apelaciones reconoció que "(podía) considerarse un plazo de preventiva indudablemente extenso" la circunstancia de que, al momento de esa resolución, los imputados habían cumplido dos terceras partes de la pena máxima establecida para el delito por el que se encontraban procesados y en virtud del cual había sido dictada su prisión preventiva. Sin embargo, inmediatamente después se justifica la prisión preventiva en la gravedad de los hechos y la posibilidad de que, de recaer condena, se aplique la pena máxima, la que, según se afirma en la misma resolución, sería de cinco años. Para esa época, los imputados habían permanecido privados de su libertad por tres años y siete meses, sin embargo, en ninguna de las decisiones judiciales se hace referencia a la procedencia o no del régimen de libertad provisional o anticipada.

171. Frente al reconocimiento de la excesiva duración de la prisión preventiva, los argumentos que se dan para desvirtuarlo no responden a

los criterios establecidos por la Comisión como aceptables. La decisión de que los detenidos permanezcan en esa situación responde, únicamente, en la eventual "pena severizada", dos tercios de cuyo plazo ya habían sido "cumplidos" por los imputados al momento de resolver.

172. En lo referido a la alegación de la complejidad de la causa, no se ha hecho un relato circunstanciado de los obstáculos que el juez a cargo de la investigación habría debido enfrenta. Por otra parte, el fiscal de la causa, en entrevista radial⁴⁷, atribuyó la lentitud del proceso a "la demora en los trámites administrativos del propio juzgado para el diligenciamiento de pruebas" e hizo referencia a que la falta de notificación a la defensa de la realización de una pericia motivó la solicitud de su nulidad, cuyo trámite habría demorado, aun más, el proceso. A su vez, de lo informado por el Estado el 8 de noviembre de 2006 sobre las pruebas incorporadas, surge que las medidas adoptadas son escasas y que su carácter no justifica la demora procesal. Por lo demás, este argumento sólo podría ser tenido en consideración a los fines de establecer si las autoridades obraron con la diligencia debida, una vez admitido por la Comisión que la prisión preventiva ha sido fundada en argumentos pertinentes y suficientes. De las consideraciones previas, surge que no lo ha sido.

173. El 30 de agosto de 2006, cuando los imputados habían cumplido cuatro años y días en prisión preventiva, la jueza en ese momento a cargo de la investigación rechazó la libertad provisional, sin fundamento alguno, a pesar de que se había declarado incompetente en esa misma resolución.

174. La Suprema Corte se expidió en tres oportunidades más, todas rechazando la libertad, sin más, en el marco de las facultades atribuidas en el artículo 17 citado.

175. Recién el 19 de octubre de 2006 fueron formalmente acusados por el fiscal por considerarlos autores del delito de insolvencia societaria fraudulenta (artículo 5 ley 14.095), y se solicitó las penas de seis años de penitenciaría respecto de Jorge y nueve años de penitenciaria respecto de José y Dante. Para esa fecha, los imputados habían permanecido en prisión preventiva por cuatro años y dos meses, aproximadamente.

176. En cuanto a la relación entre la medida cautelar y el pronóstico de pena efectuado con anterioridad a la acusación formal, sin perjuicio de

 $^{^{47}\,\}mbox{``Las}$ cosas en su sitio", Radio Sarandí, 690 AM, programa dirigido por Ignacio Álvarez (29 de mayo de 2006).

que en el caso no se ha justificado debidamente la prisión preventiva, se ha violado el principio de proporcionalidad (artículo 7(5)). La relación entre la restricción del derecho y fin precautorio de la medida no debe igualar a la pena. Esa relación debe ser lo suficientemente desequilibrada como para que no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia (artículo 8(2), primera parte). En este caso, se ha superado ampliamente el límite razonable porque, a pesar de que los imputados han permanecido en detención un plazo que supera ampliamente las dos terceras partes de las penas mínimas previstas para los delitos por los que habían sido procesados o acusados formalmente, esa situación ha sido sostenida más allá de ese término sin una debida justificación.

177. Por lo demás, la estimación de la pena que, en caso de condena, recaería de acuerdo a las circunstancias del caso constituye, además, una violación a la garantía a ser juzgado por un juez imparcial, al adelantar el magistrado el juicio acerca de la culpabilidad de los imputados (artículo 8(1)). En el presente caso, se ha puesto de manifiesto que, en el transcurso de las distintas instancias, se ha presupuesto que los imputados serían condenados y a una pena de penitenciaría elevada.

178. Desde diciembre pasado los imputados gozan de salidas transitorias de 48 horas semanales, lo que pone de manifiesto que las autoridades han considerado que no existe fundamento que justifique la actual prisión preventiva de los imputados. Por un lado, las autoridades estimaron suficientes, para asegurar su retorno al establecimiento de reclusión, sus declaraciones juradas. Ello es indicativo de que consideraron que el peligro de fuga no es de tal magnitud que justificara una medida cautelar económica. A su vez, el peligro de obstrucción de la investigación fue descartado en atención al estadio procesal en que se encuentran las actuaciones.

179. En esa resolución, también se hace referencia al peligro para la sociedad y a la posibilidad de que los imputados cometan un nuevo delito, y se descartan ambos. Esas consideraciones suponen que los imputados han cometido el delito por el que se encuentran acusados y que, por ello, son peligrosos o que se sospecha podrán cometer "otro" hecho delictivo.

180. Estos argumentos ratifican lo señalado respecto de los anteriores pronunciamientos.

Se está deparando, a la prisión preventiva, un trato de pena anticipada, por medio de lo cual se vulnera el principio de inocencia y el derecho de defensa en juicio, ambos en cuanto a la pena anticipada que se aplica por el hecho investigado y a la que se aplica en virtud del supuesto hecho futuro.

181. Por último, la interpretación del artículo 7(5) en el sentido de que se trata de una norma programática que impide a los jueces determi-

nar un plazo no previsto legalmente no es aceptable. El artículo 7 reconoce el derecho a la libertad personal internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1(1), los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En cuanto ese derecho no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno, el Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar las medidas que fueran necesarias para garantizar su aplicación directa e inmediata.

182. Por ello, la Comisión concluye que las autoridades judiciales han fracasado en la aplicación de los estándares internacionales establecidos en el presente informe para justificar la prisión preventiva, no sólo en punto al contenido de sus escasos argumentos sino también debido a la nula justificación en algunos de los casos.

183. La Comisión no realizará el segundo análisis referido a la diligencia empleada por las autoridades judiciales a fin de que la duración de la medida no resulte irrazonable, debido a que se ha concluido en que los fundamentos de las autoridades uruguayas no han sido pertinentes ni suficientes.

C. Incompatibilidad de la llamada "ley de descongestionamiento del sistema carcelario" o "ley de humanización y modernización del sistema carcelario" con la Convención.

184. La ley 17.897 estipula un régimen especial de "libertad anticipada y provisional" para penados privados de su libertad al 1º de marzo de 2005, pero establece excepciones para aquellos que cometieron determinado tipo de delitos, motivadas en la repulsa social de ciertas conductas.

185. La Comisión ha tenido oportunidad de expedirse en un caso similar, en el que ha señalado que este tipo de limitación es otro elemento que puede ser utilizado para menoscabar la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las personas acusadas por determinados delitos, por esa sola circunstancia, son automáticamente excluidas de las restricciones que el Estado se ha impuesto en este tipo de medida cautelar 48.

186. La discriminación legal para negar la libertad durante el proceso, fundada en el carácter reprobable de determinados tipos de delitos, viola, asimismo, el principio de igualdad, en virtud del cual se debe deparar igual tratamiento a aquellas personas que se encuentran en

⁴⁸ CIDH, informe 2/97 del11 de marzo de 1997, párrafos 46 y ss.

una situación equivalente. Este tipo de distinción legal basada en el tipo de delito que se imputa a una persona no encuentra sustento en ninguno de los fundamentos procesales admisibles para justificar la prisión preventiva.

187. Respecto de una regulación legal similar, la Corte Interamericana, en el caso "Suárez Rosero", sostuvo que ese tipo de norma viola per se el artículo 2 de la Convención Americana⁴⁹.

188. En aquella oportunidad la Corte analizó una norma del Código Penal ecuatoriano que disponía el derecho de permanecer en libertad durante el proceso cuando se daban las condiciones allí indicadas, pero excluía de ese régimen a aquellos imputados de delitos "sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas".

189. En ese caso, la Corte determinó:

... La excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención⁵⁰.

190. Por ello, la Comisión concluye que, la sanción y posterior aplicación al caso de la ley 17.897, ha resultado en el incumplimiento del deber impuesto en el artículo 2 de la Convención por parte del Estado uruguayo.

VI. CONCLUSIONES

191. Que el Estado uruguayo es responsable de la irrazonable prolongación de la prisión preventiva de Jorge, José y Dante Peirano Basso, y que en consecuencia, el Estado uruguayo es responsable de la violación del derecho a la libertad personal (artículo 7(2), 3, 5 y 6), de las garantías del debido proceso (artículo 8(1) y 2) y del compromiso de garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos (artículo 25(1) y 2), en conjunción con las obligaciones genéricas del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos (artículo 1(1)9 y de adoptar medidas legislativas y de otro género que den la necesaria eficacia a esos derechos a nivel nacional (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

VII. RECOMENDACIONES

 Que el Estado uruguayo tome todas las medidas necesarias para que Jorge, José y Dante Peirano Basso sean puestos en libertad, mientras esté pendiente la sentencia, sin perjuicio de que continúe el proceso.
 Que el Estado produzca la modificación de las disposiciones legisla-

tivas o de otro carácter, a fin de hacerlas consistentes en un todo con las normas de la Convención Americana que garantizan el derecho a la

libertad personal.

Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al 1º día del mes de mayo de 2007 Paolo G. Carozza, Primer Vicepresidente; Víctor E. Abramovich, Segundo Vicepresidente; Evelio Fernández Arévalos, Clare K. Roberts y Paulo Sérgio Pinheiro, Miembros de la Comisión. Los comisionados Florentín Meléndez y Freddy Gutiérrez disintieron con la opinión de la mayoría. Se incluye a continuación del presente informe el voto razonado disidente del Comisionado Freddy Gutiérrez. El que suscribe, Santiago A. Canton, en su carácter de Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 47 del Reglamento de la Comisión, certifica que es copia fiel del original depositado en los archivos de la Secretaría de la CIDH.

Santiago A. Canton Secretario Ejecutivo

⁴⁹ Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 98. Véase, en el mismo sentido, Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párrafos 135 y 138.

 $^{^{50}}$ Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 3, párrafo 99.

Bibliografía

- ABREGÚ, Martín, La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción, en ABREGÚ, M.; y COURTIS, C., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Albanese, Susana, El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales, en AA.VV., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Bovino, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, en Abregú, M.; y Courtis, C., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Bovino, Alberto, *La libertad personal en el sistema interamericano*, en Martín, C.; Rodríguez-Pinzón, D.; y Guevara B., José (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. American University/Universidad Iberoamericana, México, 2004.
- BOVINO, Alberto, *Ministerio público y poder ejecutivo*, en *Justicia penal y derechos humanos*, en colaboración con HURTADO, Christian, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Bovino, Alberto, *Un voto cínico. A propósito del voto de Riggi en el caso Chabán*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2006/A.
- CAFFERATA NORES, José I., Limitación temporal a la prisión preventiva, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, 2ª edición.

- Cassel, Douglas, *El derecho internacional de los derechos huma*nos y la detención preventiva, en "Revista IIDH", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Derechos humanos y prisión preventiva, Ed. Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 1994.
- HENDERSON, Humberto, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine, en Revista "Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, vol. nº 39, 2005.
- MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio, Presunción de inocencia y prisión preventiva, Ed. Conosur, Santiago, 1995.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MILLER, Jonathan M.; GELLI, María A.; y CAYUSO, Susana, Constitución y poder político, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, t. 1.
- NINO, Carlos S., Fundamentos de derecho constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, 2ª edición.
- Pastor, Daniel R., El encarcelamiento preventivo, en AA.VV., El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- PASTOR, Daniel R., Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.
- PINTO, Mónica *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica* y pautas para la regulación de los derechos humanos, en ABREGÚ, M.; y COURTIS, C., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- San Martín Castro, César, Derecho procesal penal, Ed. Grijley, Lima, 1999.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, nº 14.