

Libertad Durante el Proceso Penal

Por Pablo M. Acosta.[\[1\]](#)

Sumario:

La elaboración del presente trabajo esencialmente tuvo como objeto el riguroso análisis cronológico de la libertad en el proceso judicial penal, precisamente en los códigos según ley 2.372, ley 23.984, hasta llegar al Código Procesal Penal Federal -ley 27.063 y mod-., cuya implementación se encuentra vigente en forma progresiva en las provincias de Salta y Jujuy desde el mes de junio del año 2019. A lo largo del abordaje además de detallar las particularidades de cada uno de los digestos, intentaré ponderar dos rasgos significativos que caracterizan las disposiciones relativas al encarcelamiento preventivo en la reforma, al acercamiento en tal materia a las disposiciones de nuestra ley fundamental del estado, la Constitución Nacional y finalmente se verá reflejado una clara distinción entre el tipo penal imputado y la eventual convicción en su participación por un lado, y los riesgos procesales por el otro, cuyo abordaje suele efectuarse en un mismo plano y resulta ser un error incisivo con significancia en la ejemplar tarea de administrar justicia.

I.- Introducción:

El derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico, cuya particularidad trascendental reside en muchos casos en la posibilidad de perder la libertad ambulatoria como consecuencia de la comisión de un delito, por tal motivo, toda variación en las regulaciones de la libertad durante un proceso judicial, invoca una insondable adecuación a tal modelo que permita una aplicación de la normativa de forma inmediata, precisa y fundamentada justamente sobre los criterios de la reforma plasmados en el digesto, todo ello a los fines de evitar arbitrariedad en los resolutorios y afirmar el proceso de legalidad en la tramitación de los expedientes.

En esta oportunidad y frente a la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal –ley 27.063, modificaciones de ley 27.482-, es dable afirmar que las reformas han sido notables en numerosos aspectos, desde ya el nuevo rol que ocupa el Ministerio Público Fiscal en la conducción de la pesquisa, la forma que debe interpretarse, evaluarse y ordenarse las medidas de coerción, como así también otras cuestiones que no serán desentrañadas por escapar al objeto de presente estudio.

Como adelanté, habré de señalar que la reforma trajo aparejado un cambio de paradigma, no en cuanto a la postura de última *ratio* para establecer la prisión preventiva de una persona, dado que tal criterio tiene sustento desde el código precedente, lo sustancial se verá reflejado en el método de aplicación de esta última.

Otro elemento de interés se verá plasmado en el acierto procesal de intentar diferenciar la imputación sobre un tipo delictivo –cuestión de fondo- y los riesgos procesales, cuya inexistencia claramente no significa sobreseimiento o fin de la instrucción, por el contrario, la sujeción al proceso se efectúa con medidas menos gravosas, evitando el encarcelamiento como pena anticipada, toda vez que el estado de inocencia de los justiciables permanece inalterable hasta la eventual condena.

Asimismo, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF, indicó que con motivo de la evolución favorable en cuanto a eficiencia y celeridad de los procesos judiciales aplicados en las provincias de Jujuy y Salta, con el nuevo sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, ordenó continuar con la implementación progresiva del mismo, más precisamente a las jurisdicciones de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza y de Rosario, lo que podría comenzar a regir en el transcurso de este año 2021, situaciones que resaltan la novedosa actualidad que reviste la temática elegida en esta oportunidad.

II.- Raigambre Constitucional:

Todo estudio riguroso, entusiasta, profundo, apasionado, nos invita a tomar una idea, un llamado de atención sobre algo que nos inquieta, nos da vueltas en búsqueda de la verdad como respuesta, o en su defecto cercano a ello, y todos esos caminos en definitiva finalizan en el origen, tal situación la atravesamos, por ejemplo al desentrañar un delito y remitirnos al bien jurídico protegido que se intentó tutelar, en esta oportunidad, debemos dirigirnos a nuestra carta magna, que resulta ser la ley fundamental de un estado, sobre la cual se constituyen los principios en los que se sustentará un gobierno, reglamentando el correspondiente ejercicio de sus potestades soberanas, determinando las instituciones y a quienes serán confiados esos poderes, como así también de qué forma.

Con sustento en lo expuesto, el intenso trabajo me remitió a aquellos orígenes, que serán subrayados para intentar demostrar que las reformas vinculadas con la libertad de un imputado -particularmente analizadas en casos concretos- nos acercan a los lineamientos que exhorta la Constitución Nacional cuya primacía se refleja en el art. 31, consagrando que *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1959”*^[2].

En tal dirección, la evolución de la ciencia, las técnicas de producción, la nueva criminalidad transnacional y el fenómeno de la globalización, motivó al constituyente a brindar un matiz diferente respecto al concepto de soberanía

tradicional que imperaba en el país y por ende al término “jurisdicción”, reformándose la constitución en el año 1994, que entre sus diferentes puntos se le otorgó similar jerarquía a diferentes instrumentos internacionales y de los posteriores tratados y convenciones que eventualmente pueda celebrar la nación con aprobación del congreso, formando lo que se denomina bloque de constitucionalidad.

A su vez, el inciso 24 del mismo artículo, agrega que otra de las funciones que le compete al Congreso de la Nación, es aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, con lo cual, se colige que un proceso no pueda agotarse en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o dirimir una controversia ante un tribunal internacional.

En lo particular, entre los órganos internacionales incorporados, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene atribuida la competencia para conocer en las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los estados partes de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos –Pacto de San José-.

Al respecto, habré de remarcar los diferentes articulados de la mencionada convención que resultan lineamientos con jerarquía constitucional al momento de evaluar la libertad ambulatoria de un imputado durante la sustanciación de un proceso judicial penal.

En primer lugar, es necesario resaltar que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos prescribió que *“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 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”*[3].

Al mismo tiempo, establece que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*. [4]

En tanto, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos, aprobados por el congreso nacional a través de las leyes 23.313 y 26.380; estableciendo el primero en su art. 9 *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en éstas”*[5].

III. Implementación y características de los códigos de predecesores: **Código de Procedimientos en Materia Penal -ley.2.372-:**

En el ámbito federal, rigió desde el año 1889 hasta el año 1992, el modelo inquisitivo casi puro, presentado por el Dr. Manuel Obarrio, circunstancias por las que comúnmente se denomina a tal redacción como Código Obarrio.

Como principal característica de éste digesto, resulta según el análisis de los arts. 376 a 380, que integraban el título XVIII de la Eximición de Prisión y Excarcelación, que el magistrado para el otorgamiento de dichos beneficios, no debía tener a la prisión del justiciable como medida excepcional y de última *ratio*, sino por el contrario, la libertad de este, dependía del cálculo aritmético efectuado entre la calificación correspondiente al hecho imputado –superior o no a los 8 años, y la posibilidad de aplicar una condena de ejecución condicional-, pues solo en esos casos podía acceder a tales institutos. Que a su vez, también podían ser denegados, ante la existencia de riesgos procesales.

23. Código Procesal Penal de la Nación -ley 23.984-:

El instituto de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), fue establecido por el legislador en los arts. 316 y 317 del CPPN, fijando determinados parámetros a tener en cuenta.

El art. 316, prescribe que *“Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentra y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entiende en aquella, su exención de prisión.*

El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional (...).”^[6]

Mientras que el art. 317, señala que *“La excarcelación podrá concederse: 1) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión (...).”*

De la simple lectura de los articulados, se advierte que existe una clara diferenciación de delitos, por un lado los excarcelables –como en el código anterior- que no superen en abstracto la pena de ocho años de prisión, o los que superando ese límite, permitiesen dejar en suspenso el cumplimiento de la condena conforme lo asentado en el art. 26 del CP. y por otro, los no excarcelables siendo aquellos que superen los ocho años de máxima en abstracto y que su pena mínima no admita dejar en suspenso el cumplimiento de la condena.

Sin perjuicio de lo preceptuado por los art. 316 y 317, no puede soslayarse lo sostenido en el art. 319, que señala: *“Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el art. 2° de éste 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”[7]

Como resultado de ello, se observa que los magistrados deben tomar las reglamentaciones de los art. 316 y 317, como presunciones *iuris tantum*, o sea, rebatibles por prueba en contrario, para ser valoradas con los demás elementos, que permitan evaluar la concesión o rechazo de la libertad.

En síntesis, la libertad del encausado o su restricción, dependerá del criterio que deberá elaborar el juez de la causa, para respaldar si el mismo podrá afrontar el proceso en libertad, encontrándose asegurado el descubrimiento de la verdad en los actuados, complementando el análisis de tales circunstancias con la escala penal que se le endilga.

Sobre tal lineamiento, es imprescindible destacar el referente jurisprudencial del plenario “**Díaz Bessone Ramón Genaro**”[8], de la Cámara Federal de Casación Penal, a través del cual, en materia de excarcelación o exención de prisión se estableció que no basta la imposibilidad de futura condena condicional, o que pudiese corresponderle al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros, subjetivos y particulares del imputado, tales como los plasmados en el art. 319 del CPPN, a los fines de determinar la existencia de riesgo o peligro procesal.

El trascendental fallo, quebró la presunción *iure et de iure* que establecía el CPPN según ley 2.372, como así también, la aplicación que sobre el tema se realizaba con el código ley 23.984; del riesgo procesal ante una escala penal mayor de 8 años de prisión en expectativa —los denominados delitos inexcusables— y luego lo hizo la CSJN en el referente Loyo Fraire[9], para marcar un nuevo rumbo en el análisis de la prisión preventiva.

27. Código Procesal Penal Federal (ley 27.063):

El nuevo código fue sancionado inicialmente como Código Procesal Penal de la Nación, a través de la ley 27.063, suspendido posteriormente por el decreto de necesidad y urgencia 257/2015 y luego modificado por ley 27.482, t. o . decreto 118/2019[10], que le dio el nombre de Código Procesal Penal Federal (CPPF). Este nuevo digesto modifica sustancialmente el trámite procesal penal, partiendo de la base que prevé un sistema de enjuiciamiento distinto, lo que conlleva un modelo procesal en idéntico norte.

La nueva sanción a nivel nacional posee manifiesta finalidad en cambiar los principios inquisitivos o mixtos que nutren al enjuiciamiento del Código Procesal Penal de la Nación de 1991, para establecer un sistema acusatorio o adversarial. En tal sentido, si bien algunos matices acusatorios fueron incorporados a la estructura del Código Levene, como por ejemplo: el requerimiento de instrucción para abrir una pesquisa y la delegación de la instrucción fiscal, lo cierto es que mantuvo el formato inquisitivo tradicional y la dinámica propia de la instrucción

judicial continuó de forma análoga a la utilizada por el código Obarrio vigente entre 1889 a 1992.

Entre los puntos de mayor relevancia que incorpora el nuevo modelo procesal, se distingue la clara separación entre jurisdicción y acusación, ya que la actividad persecutoria le corresponde exclusivamente al Ministerio Público Fiscal, el juez no puede realizarla de oficio; las partes (acusación y defensa) gozan de igualdad de derechos durante todo el procedimiento; el juez se convierte en un tercero imparcial y no participante, convirtiéndose en un juez de garantías, la fiscalía es autoridad profesional de acusación, siendo el proceso impulsado por el acusador y acusado (con su defensa) como partes confrontadas pero con iguales derechos ante un jurado que participa como espectador, que finalmente condena o absuelve en función de lo que ha advertido durante la sustanciación del proceso.

Es valioso lo señalado en cuanto a la nueva función de revisión o garantías que reviste el juez, por cuanto se distingue notoriamente del sistema anterior -todavía vigente mayoritariamente-, en el que el magistrado está a cargo de la pesquisa y puede delegarla en el fiscal en forma discrecional, a excepción de algunos delitos ej. Art. 170 del C.P., cuya instrucción es originaria del Ministerio Público Fiscal.

A la hora de adentrarme en la temática objeto del presente artículo, debe reconocerse que la aplicación del sistema acusatorio implica la formulación extrema del principio de jurisdiccionalidad en materia de medidas de coerción, que básicamente supone que un juez solo actúa a pedido de parte -fiscal o querrela- y que, además no está comprometido con el éxito de la pesquisa ya que no tiene a cargo la dirección. Así, la función del juez se ajusta a resolver sobre la procedencia de las medidas de coerción solicitadas por las partes, controlando la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolviendo fundadamente.

Una de las reformas distintivas, vinculada a la redacción concreta del código, se ve plasmada en la parte general del libro principios fundamentales, titulado *"Principios y Garantías Procesales"*, donde se establecieron pautas concretas para la restricción de la libertad durante el proceso, resumiéndose en los riesgos procesales denominados peligro de fuga o entorpecimiento de la pesquisa, haciéndose alusión a que la restricción de los derechos fundamentales debe ejercerse en base a principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

En efecto, el art. 16 prescribe que *"Las facultades que este Código reconoce para restringir o limitar el goce de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad"*.^[11]

Mientras que el art. 17, instituye que *"Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia de peligro real de fuga u obstaculización de la investigación. Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba*

suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de la libertad, conforme las reglas de este Código”[12].

La interpretación del artículo que antecede invoca una distinción particular con el Código Levene. Evidentemente se vislumbra un cambio radical sobre el enfoque “*iuris tantum*” que remarcaba oportunamente, para realizar un análisis más efectivo o real sobre los elementos de convicción disponibles para evaluar el peligro de fuga del que se ocupa el art. 221 y el peligro de entorpecimiento de la investigación, consagrado puntualmente en el art. 222, ambos artículos operan como indicadores de riesgo procesal exclusivos al momento de resolver sobre la libertad del encausado.

En este punto, corresponde señalar que si bien conforme fuera adelantado, el nuevo digesto no se encuentra vigente de forma completa, lo cierto es que conteste con lo resuelto en el art. 2 de la ley 27.150, el mismo entraría en vigencia en concordancia con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, tendiente a lograr una adecuada transición hacia la consolidación de la nueva redacción.

Siendo así, a través de la resolución 2/19, dicha Comisión, dispuso la implementación para todo el territorio nacional de los artículos 210, 221 y 222 del CPPF, entre otros, que regulan el instituto de la prisión preventiva.

Siguiendo con el peligro de fuga normado en el art. 221, el legislador estableció que deberá observarse lo siguiente:

1. Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y de las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
2. Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos;
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal.

Mientras que, en lo atinente al peligro de entorpecimiento de la pesquisa, normado en el art. 222, se estableció que deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la “*grave sospecha*” de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba
2. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución
3. hostigará o amenazará a la víctima o testigos

4. influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente
5. inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realicen.

Queda claro entonces, que el nuevo digesto prevé específicamente los puntos que deberán considerarse para fundamentar los riesgos procesales que, a su vez, deberán complementar invocando los motivos por los que entiende que las medidas de coerción dispuestas en el art. 210, previas a la prisión preventiva, no serían suficientes para lograr la sujeción del imputado al trámite.

Sobre tal punto el art. 210, detalla taxativamente las medidas de coerción, que puede disponer un juez con funciones de garantías si le hubieren sido solicitadas, para asegurar el comparendo del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, brindando un abanico de opciones, que de forma progresiva finalizan con la prisión preventiva del imputado, siempre y cuando las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los riesgos.

1. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación.
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se fijen.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que el designe.
4. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine.
5. La retención de documentos de viaje.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
7. el abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hecho de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado.
8. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez.
9. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física.
10. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga.
11. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

En concordancia con las opciones expuestas precedentemente, entiendo que la interpretación o elección del juez, debe obedecer a aplicar una de las medidas que prescribe el artículo 210, sobre la inteligencia de optar por aquella que sea la menos gravosa para neutralizar los riesgos procesales existentes, evaluando a su vez los criterios del art. 16 del CPPF.. Su finalidad, consiste puramente en cautelar

los fines del proceso, pues intentan evitar la fuga del imputado o que se entorpezca la investigación.

Como complemento podemos reseñar que el artículo referenciado prevé la posibilidad de combinar dos o más medidas del catálogo de restricciones.

Sobre esta idea debemos posicionarnos, ya que exhorta a recordar que la prisión preventiva, solo se orienta a lograr la sujeción del incurso al trámite de la causa e impedir su obstrucción, entendiéndose equívocamente que la misma podría presumirse como vinculante a la efectiva participación del imputado en el delito que se le atribuye, circunstancia que podría derivar en una clara pena anticipada.

Sobre el punto, Daniel Pastor tiene dicho que *“siguiendo la tendencia en la materia, se torna en serio el carácter subsidiario de la coerción procesal y, superando la rigidez del modelo derogado, permite un excelente abanico gradual de medidas combinables que, para asegurar los fines del proceso, son preferentes a la utilización de la privación de la libertad locomotiva. Esta (...) innovación de la nueva ley dispone como anteúltimo recurso el arresto del imputado en su propio domicilio y solo (...) corresponderá como ultima ratio la imposición de la prisión preventiva. La preferencia por las medidas de coerción del art. 210 menos agresivas tiene como reaseguro de su eficacia, según el art. 225, la amenaza de aplicación de la prisión preventiva si aquellas, incluso después de haber sido agravadas, no son cumplidas”*[13].

La nueva regulación que prevé el art. 210 del CPPF, merece una ponderación singular, toda vez que el código anterior no aportaba medidas intermedias eficaces para neutralizar los riesgos procesales, básicamente la elección del magistrado oscilaba entre la libertad y la prisión preventiva, escenario que claramente dificultaba la realización de un criterio proporcional.

Ahora bien, analizadas las nuevas disposiciones con sus especiales características, habré de realizar consideraciones que no pueden escaparse al momento de interpretar un caso de prisión preventiva, puesto que la hermenéutica del ordenamiento jurídico procesal es un conjunto concatenado de circunstancias que importan y se valoran en cada caso concreto. Desde el inicio del proceso, con las primeras actuaciones provocadas por la noticia de un hecho de apariencia delictiva hasta la resolución conclusiva, se transita un camino normativamente previsto que, a través de la incorporación de acreditaciones y discusiones sobre el hecho y el derecho, arriba a una decisión en orden a la responsabilidad penal de la persona juzgada y consecuencias de la misma. La tarea esencial del juzgador en materia penal es arribar a la verdad real, es decir, la correlación de la realidad de los hechos tal como efectivamente ocurrieron cuando se ha violado un bien jurídico tutelado o protegido, ponderando en debida forma las probanzas de la causa como requisito *sine qua non* del principio del debido proceso que regula la función punitiva del estado. Al mismo tiempo que operan las labores del juzgador,

se encuentra facultado el imputado para defenderse en el transcurso del sumario, aportando prueba para reforzar su defensa y esperar sentencias fundadas. Es pacífica la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, al sostener que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro^[14].

Siguiendo este razonamiento, es necesario resaltar que la coerción procesal se refiere a la aplicación de la fuerza pública que coarta, restringe, libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico, cuya finalidad, reside específicamente en el resguardo de los fines que persigue el proceso, esto es, averiguar la verdad y aplicar la ley sustantiva. Dentro de los medios de coerción procesal, a modo de ejemplo podemos mencionar el allanamiento, que afecta el derecho a la intimidad; embargo y secuestro, que afecta la libertad de disposición; y finalmente el encarcelamiento preventivo, que trasgrede la libertad física y ambulatoria.

La privación de la libertad ordenada en un proceso penal puede diferenciarse en tres, el arresto, la detención y la prisión preventiva. El arresto es una restricción provisoria de la libertad que acontece cuando se realizó un hecho delictivo y puede ser indagada para establecer tales extremos. La detención, la ordena el juez mediante orden escrita, contra una persona sobre la cual haya motivo para recibirle declaración, transformando su condición en imputado. Finalmente, tenemos la prisión preventiva, que es la más gravosa de las restricciones ya que puede persistir durante el trámite de la etapa instructoria, con el propósito de que el imputado no pueda darse a la fuga o entorpezca la investigación.

Entonces, la libertad ambulatoria durante el trámite de la causa no puede ceder irremediabilmente en atención la gravedad del delito, sino, como se detalló precedentemente únicamente podrá ejecutarse con fines procesales, recordando que es tan inocente antes de la sentencia firme el imputado por un delito leve como de uno severamente penado. Por tales argumentos, durante la sustanciación del proceso, toda medida que evoque anticipadamente a la pena, debe ser desplazada por aquellas que engendren la finalidad "instrumental o procesal", pero al mismo tiempo descarten los efectos de anticipo de condena.

En este sentido se expresó Maier^[15], al señalar que *"El derecho subjetivo de punir por parte del Estado debe materializarse por medio del único título que puede exhibir para desvirtuarlo legítimamente el derecho de un ciudadano a su libertad personal: la sentencia condenatoria. De ahí que exista una vinculación sustancial entre este principio y el nulla poena sine iudicio. El axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordena, decisión fruto de un procedimiento previo ajustado a la Constitución y a la ley, ha fundado, correctamente, la pretensión de que, durante el curso de ese procedimiento, el imputado no puede ser tratado como culpable (penado) o, lo que es lo mismo, que debe ser tratado como inocente"*.

En consonancia con ello, existe una clara vinculación entre la presunción de inocencia y el derecho a permanecer en libertad hasta tanto su culpabilidad sea

demostrada, lo que deriva en la obligación estatal de no restringir la libertad más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar el desarrollo eficiente de la investigación y que no se eludirá la acción de la justicia.

Lo señalado no debe confundirse con la imposibilidad de ordenar la prisión preventiva en la nueva reforma, sino que se ha intentado instruir con nuevas reglamentaciones su imposición, perfeccionando el carácter de última *ratio*, con herramientas específicas prescriptas en la nueva redacción, que además refuerza la fundamentación que debe tener un resolutorio de prisión preventiva, debiéndose argumentar los riesgos procesales que no podrán ser neutralizados con las medidas menos gravosas del art. 210.

Sustancialmente, mi análisis sobre las reformas me acerca a una reflexión sobre el debido proceso, y la debida fundamentación que debe tener la prisión evitándose así arbitrariedad en las causas.

Como otro elemento de reforma elemental del nuevo digesto, en el art. 218 se relucen los supuestos en los que nunca procederá el dictado de la prisión preventiva, entre los que se destaca lo prescripto en el inciso "a" al mencionar que *"si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional"*, elemento que claramente difiere con los digestos anteriores.

1. Pretensión Punitiva del Estado:

Conviene recordar aspectos sumamente importantes que inciden en la interpretación del encarcelamiento preventivo de un imputado, ellos son el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal.

Como consecuencia de la comisión de un hecho punible, se encuentra legitimado el estado para imponer una pena, pero previo a ello se deberá ejercer la pretensión punitiva, que da lugar a la realización de un proceso, cuyo objeto es juzgar el comportamiento del presunto responsable.

Es preciso remarcar la interdependencia entre el derecho penal sustantivo que prevé las conductas delictivas y las penas aplicables, y por otro lado el derecho procesal, que proporciona las reglas a través de las cuales debe ser investigado el delito y atribuida responsabilidad a una persona^[16].

El derecho procesal es instrumento del derecho penal de fondo, toda vez que prepara y organiza el escenario judicial, sin procedimiento no puede formalizarse el derecho penal, ya que la sentencia que es dictada luego del proceso finalmente puede ser restablecer el orden social alterado por el delito, mediante la imposición de una pena o medida de seguridad.

Ernest Beling afirma que *"El Derecho Penal no le toca al delincuente un solo pelo"*^[17]. Ante ello, podemos deducir que el derecho procesal penal es necesario para actuar en el derecho penal, ya que este último solo define el injusto penal y

las condiciones bajo las cuales amenaza una pena o medida de seguridad, mientras el Derecho Procesal Penal indica el camino o serie de actos necesarios para averiguar el contenido de verdad y en su caso, la reacción correspondiente, por eso también es conocido como “Derecho de Realización Penal”, único medio legítimo para la realización penal (*nulla poena sine iudicio*).

Así, el derecho procesal, regula las actividades persecutorias y jurisdiccionales del estado y en materia de encarcelamiento preventivo, no juzgan la efectiva participación en el delito (derecho sustantivo), sino los actos que se tienen al alcance para sujetar al imputado al proceso.

Estas apreciaciones entonces no pueden escapar al análisis que se efectúa en este trabajo en relación al actual Código Procesal Penal Federal, como así tampoco el digesto ley 23.984 y el anterior ley 2.372 , ya que en el último de ellos, la prisión preventiva se aplicaba inexorablemente en virtud de la escala penal del delito que se imputaba, lineamiento que permite también demostrar que los alcances de esta nueva redacción nos acercan a los principios generales que gobiernan la realización de la justicia penal, esto es el derecho sustantivo que implica la imputación de un delito específico y por otro lado, la realización del proceso para determinar la participación, en el cual, excepcionalmente podrá imponerse la prisión preventiva, pero con el único fin procesal de sujetarlo a ese camino judicial.

Conclusiones:

La recopilación de antecedentes constitucionales y el recorrido sobre el instituto en los anteriores digestos, puede ser tedioso para la lectura del presente, pero lo cierto es que para comprender el tema en trato y las diferentes aplicaciones a lo largo del tiempo en el país ha sido estrictamente necesario, recordando que la libertad de una persona durante la sustanciación de un trámite penal, merece un profundo estudio, conocimiento y convicción para aplicar el *ius puniendi* estatal. Asimismo, la circunstancia que puede advertirse en una causa penal en cuanto a la imputación de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, puede dar lugar a la restricción ambulatoria, pero no debe confundirse con la restricción como pena, sino como medida cautelar y en el nuevo CPPF, se observa un incuestionable intento por preservar los principios más elementales de nuestra constitución en materia de libertad durante el proceso, no solamente redoblando los esfuerzos para neutralizar los riesgos procesales con otras medidas menos gravosas, sino que además se ha reforzado el trámite de la causa colocando en un plano de igualdad al imputado y acusador, quienes se encuentran facultados para participar activamente en la causa, en tanto el imputado, podrá aportar las medidas probatorias que básicamente coadyuven con la averiguación de la verdad.

De igual modo, si bien entiendo sumamente relevante la discusión sobre la libertad de un imputado durante el trámite de la causa, ello debe orientarse a lograr el éxito

de la pesquisa, circunstancias que, ante los riesgos fundadamente advertidos, la medida de coerción más rigurosa también se empleará en este digesto, solo en última *ratio*.

En otro orden, sobre las reformas que trae aparejada el nuevo Código Procesal Penal Federal en materia de encarcelamiento preventivo, es dable reconocer que si bien se ha mejorado, no es perfecto. Por otro lado, seguramente a lo largo de la entrada en vigencia de los restantes articulados surgirán inconvenientes a revisar, pero de todos modos, debe reconocerse el acercamiento del tal instituto a nuestra ley fundamental, incorporando concretamente las circunstancias específicas en las que podría operar el encarcelamiento preventivo, el modo, reglamentando el tiempo de durabilidad y la importante revisión de tal medida para justificar su razonabilidad y eventualmente acreditar que la misma no se ha desnaturalizado.

Las particularidades de la reforma y mi vocación como funcionario judicial, en esta oportunidad me llevan a concluir que se han aportado herramientas procesales más claras que fortalecen el debido proceso, limitando la discrecionalidad de los jueces al momento de resolver acerca de la imposición de esta medida sumamente restrictiva, intentado evitar sentencias arbitrarias, toda vez que a la hora de resolver eligiendo una medida de coerción, deberá justificar adecuadamente su decisión con una doble valoración. En primer lugar, deberá exponer los fundamentos que impidieron la aplicación del resto de las medidas menos gravosas que no fueron elegidas para neutralizar los riesgos procesales, y en segundo lugar, detallar por qué entiende que existe alguno de los peligros expresados en los arts. 221 y 222 del CPPF.

Bibliografía consultada:

-RIGHI, Esteban, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Alberto Perrot, 2ª ed. 3ª reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2018.

-PESSOA, Nelson R., *Teoría de la Unidad y Pluralidad Delictiva*, 1ª ed, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2018.

-BORINSKY MARIANO HERNÁN, *El Delito de Contrabando*, 1ª ed. Santa Fe, 2017.

-CANO, Daniel F. *Estupefacientes y Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2016.

NAHIJHAN, Ernesto M., *Excarcelación y Exención de Prisión*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2016.

-BORINSKY MARIANO HERNÁN, *Sistema Acusatorio*, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed. Santa Fe, 2021.

-BERRUEZO, Rafael, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, ed. 1ª, Buenos Aires, Lerner, 2020.

-GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, ed. 5ª, La Ley, 2018.

-HERBEL, Gustavo A, *Investigación Penal Preparatoria*, ed. 1ª, Buenos Aires, hammurabi, 2017.

- [1] Abogado Especialista en la Función Judicial por la Universidad de Morón, Docente Universitario de la materia "Derecho Penal III" de la Universidad de Morón, secretario a cargo de la Secretaría N°10 del juzgado Federal N°3 de Morón.
- [2] CN. Art. 31
- [3] Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Capítulo II, artículo 7, punto 5.
- [4] Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Capítulo II, artículo 8, punto 2.
- [5] Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos, art. 9.
- [6] C.P.P.N, Art. 316.
- [7] C.P.P.N, Art. 319.
- [8] CFCP en pleno, 30/10/08, "Díaz Bessone, Ramón Genaro" JPBA, 141-438.
- [9] CSJN, L. 196. XLIX, Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/p.s.a estafa reiterada, causa N°161070.
- [10] Boletín Oficial:8-2-2019
- [11] CPPF, art. 16.
- [12] CPPF. art.17.
- [13] PASTOR, Daniel *"Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación Análisis Crítico"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 2ª ed.
- [14] CSJN, Argentina, *"Rodríguez Landivar, Blanca Sofía s/incidente de excarcelación"*, 06,08,1991.
- [15] MAIER, Julio B.J., *"Derecho Procesal Penal"*, ed. Editores del Puerto, 1996, pág. 510.
- [16] ROXIN, Claus. *"Derecho Procesal Penal"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1 y ss.
- [17] BELING, Ernest. *"Introducción en Derecho Procesal Penal"*, trad. De Roberto Goldschmidt y Ricardo Nuñez, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1943. p.2.