

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 454

CUIJ: 13-03815694-7()

HABEAS CORPUS CORRECTIVO Y COLECTIVO (PENITENCIARIA
DE MENDOZA)



Mendoza, 23 de Diciembre de 2015.

VISTO:

El llamado al acuerdo de fs. 453 y,

CONSIDERANDO:

I. La presentación de la acción de *habeas corpus* correctivo y colectivo a favor de la totalidad de las personas privadas de libertad de la provincia de Mendoza, alojadas en las dependencias del Servicio Penitenciario Provincial obedece, según los presentantes, a las numerosas vulneraciones de las garantías del debido proceso en cabeza de los órganos jurisdiccionales de la Provincia, lo que agrava de una manera absolutamente ilegítima las condiciones de detención de las personas privadas de libertad.

Luego de fundar el carácter colectivo de la acción, expresan que, de los poco más de 4000 detenidos que hoy tiene la provincia, 874 se encuentran privados de libertad por la autoridad que investiga su causa -y órgano acusador-, sin control judicial ni de ningún tipo y por lapsos que van de los pocos días hasta más de un año.

Indican que estas circunstancias inciden necesariamente en las actuales condiciones de sobrepoblación y hacinamiento que padecen las cárceles de la provincia de Mendoza, manifestando que la mitad de las personas privadas de libertad alojadas en los establecimientos penitenciarios de esta provincia son procesadas y se encuentran en cumplimiento de penas que aún no se dictan, en

lugares de encierro que no se encuentran preparados para ello. Agregan que todos los penales de la provincia se encuentran en las mismas condiciones.

Seguidamente, analizan las causas que -a su criterio- conducen a la sobrepoblación y hacinamiento aludidos. Entre ellas mencionan:

a) Justicia de Flagrancia: señalan que desde su puesta en marcha -año 2008- los índices de encarcelamiento y la población penal aumentaron en un 40 % en tan sólo 7 años. Que las características de este procedimiento especial impiden la acumulación de estos procesos con causas tramitadas en la justicia ordinaria, que los plazos previstos inicialmente se han desvirtuado, lo que genera consecuencias indeseables afectando derechos fundamentales de los imputados.

b) Detenciones del Ministerio Público: sostienen que, pese a las disposiciones legales que establecen que la detención no debe durar más de 10 días -conforme art. 348 del Código Procesal Penal según Ley 6.730 y concordantes- para la inmediata puesta a disposición del Juez de Garantías -a efectos de que disponga su libertad o dicte un auto de prisión preventiva-, en los hechos estas detenciones duran cuatro meses en promedio y, en muchos casos, más de 8 meses sin control de detención.

Asimismo, entienden que resulta necesario que la administración de justicia de los Estados ejerza cada vez más el control de convencionalidad a través de sus órganos y jueces. En ese orden de ideas, indican que existen resoluciones del Procurador General ante la Corte, tales como la Resolución N° 196/08 -mediante la cual se fijan pautas que deben ser consideradas por los fiscales al momento de analizar la detención del imputado en relación al art. 293 inc. 1 y 2 del C.P.P.-, que establece una serie de directivas cuya interpretación por parte de los Fiscales de Instrucción ha generado prácticas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Añaden, además, que los representantes del Ministerio Público cumplen con el plazo del art. 271 del código de rito sólo en cuanto a la imputación del delito. Sin embargo, hacen pesar sobre el imputado las

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

demoras de la administración en la obtención de los antecedentes nacionales, manteniendo privada de libertad a una persona sin orden de detención y en una situación jurídica indeterminada lo que, afirman, constituye una privación de libertad ilegal y arbitraria.

c) Controles jurisdiccionales: los presentantes entienden que existe falta de cumplimiento por parte de los jueces de garantías del plazo de veinticuatro horas previsto por el art. 345 del C.P.P. para la resolución de la petición de control jurisdiccional. Consideran que, en función de los derechos fundamentales en juego, el plazo de veinticuatro horas previsto en la norma debe comenzar a correr desde la presentación realizada ante la mesa de entradas del tribunal u hora de cargo, no pudiendo prorrogarse por ningún motivo.

d) No aplicación de los estándares internacionales relativos a la prisión preventiva: afirman que, una vez que el Ministerio Público decide darle intervención al Juez de Garantías, éste generalmente se limita a ratificar -sin control- el pedido de prisión preventiva. Que el criterio de la privación de libertad como *ultima ratio* que plantea el Código Procesal Penal (art. 293) pasa a segundo plano y los controles sobre el llamado “riesgo procesal” pasan a una cuestión meramente formal. Por lo demás, entienden que, tratándose la prisión preventiva una medida provisoria y limitada, la justicia de garantías debería periódicamente controlar la persistencia de las causales objetivas en el caso particular que justifiquen mantener a la persona privada de libertad.

e) Defensa pública debilitada: consideran que existe una notoria desigualdad de trato entre Ministerio Público Fiscal y el de la Defensa, pues, según se dice, este último no cuenta con los recursos humanos y materiales necesarios para ejercer fielmente su función, esencialmente por la ausencia de una autoridad superior que defienda el ejercicio de sus labores, puesto que ambos ministerios se encuentran bajo la órbita de la misma autoridad.

f) Ausencia de aplicación de medidas alternativas a la privación de

libertad: expresan que la Comisión Interamericana como otros organismos internacionales de Derechos humanos, han recomendado a los Estados de la región recurrir con mayor frecuencia a las medidas cautelares no privativas de la libertad como parte de una política conducente a reducir el número de personas en prisión preventiva, y consecuentemente los niveles de hacinamiento.

Agregan que el art. 298 del C.P.P. de la provincia de Mendoza prevé la opción de la prisión domiciliaria como medida alternativa que, sin descuidar el interés del Estado en proveer al servicio de justicia, resguarda plenamente los derechos del imputado. No obstante ello, señala que el número de detenidos bajo esta modalidad es bajo, teniendo en cuenta los 1437 procesados detenidos que hay en la Justicia provincial y que carecen de fundamentos los requisitos exigidos actualmente para la procedencia de esta medida.

g) Demoras en la justicia de ejecución: Afirman que existen demoras excesivas en la tramitación de instancias del régimen progresivo de la pena e instancias de libertad anticipada, que el nuevo código de ejecución de la pena privativa de la libertad de Mendoza (Ley 8.465) ha desnaturalizado el régimen progresivo de la pena -más allá de la inconstitucionalidad en el caso concreto que se pueda dictaminar-, y que se imponen criterios y requisitos extralegales para la obtención de salidas anticipadas tanto de parte del Servicio Penitenciario como por parte de la Justicia, lo que -a criterio de los presentantes- influye en la sobrepoblación y hacinamiento carcelarios que se denuncia mediante este *habeas corpus*.

Las presentantes fundan en Derecho, ofrecen prueba y peticionan que se convoque a audiencia, en los términos del art. 14 Ley 23.098 y se cite a participar en la misma a las autoridades que estime conveniente; se declare la inaplicabilidad de la excepción del tercer párrafo del art. 60 del C.P.P. por afectar derechos fundamentales del imputado, teniendo en cuenta el incumplimiento generalizado de los plazos previstos en el procedimiento especial de la justicia de flagrancia; se declare de naturaleza perentoria el plazo de diez días previsto en el art. 348 del

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Código Procesal Penal, estableciendo expresas causales de excepción, sujetas a control jurisdiccional; se establezca, en virtud de la falta de regulación de un plazo en el art. 271 del Código Procesal Penal, que al momento de realizarse la imputación la situación del imputado debe ser resuelta en forma inmediata; se declare la inconveniencia de la Resolución del Procurador General N° 196/08; se establezca que el plazo de veinticuatro horas para resolver la petición de control jurisdiccional debe contarse corrido desde su presentación en mesa de entradas y sin tener en cuenta si se trata de días hábiles/inhábiles, mañana/tarde; se establezca que son aplicables -como criterios a tener en cuenta para disponer la procedencia de la prisión preventiva- los estándares internacionales sobre riesgo procesal, que la decisión sea revisada periódicamente de forma tal que se verifique la vigencia de las razones que la motivaron, interpretándose de manera restrictiva las circunstancias en las cuales legalmente puede extenderse el plazo otorgado inicialmente y, tratándose de un derecho esencial del imputado, se ordene que la autoridad judicial corra vista a los defensores de todos los pedidos de prisión preventiva, como recaudo básico de respeto de garantías y aseguramiento del contradictorio; se fije las directivas necesarias para promover la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad; se adopten las medidas necesarias para fortalecer el sistema de Defensa Pública, garantizando su independencia, autonomía y aumentando la cantidad y posibilidad operativa de defensores oficiales; se ordene llevar a cabo las reformas necesarias para la agilización de la Justicia de Ejecución y, oportunamente, se haga lugar a la acción interpuesta, declare la ilegitimidad de la situación denunciada y ordene su cese e inmediata reparación, asegurando condiciones dignas de detención.

Corresponde destacar que con posterioridad a la formulación de la acción de *habeas corpus* antes referida adhirieron a la presentación distintos organismos de Derechos Humanos como: la Asociación pensamiento penal; Abuelas de Plaza de Mayo; el Espacio Cultural de la Memoria; la Biblioteca Popular Casa por la Memoria y Cultura Popular; la Liga Argentina por los Derechos del Hombre; la Mesa de Dirección de la Asociación Ex Presas y Ex presos Políticos de Mendoza;

Asociación Protagonistas de Salud Mental de Mendoza; el Área de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNCuyo; y, el Colectivo “De eso no se habla” y plantel docente de Seminario en Criminalística y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata.

Además se presentaron en carácter de *amicus curiae* el Delegado provincial de la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Comisión Provincial de la Memoria de la provincia de Buenos Aires; la ONG Andhes; Asociación Civil “Miguel Bru”; y, el Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS-.

II. En relación a la competencia de este Tribunal para entender en la tramitación de la presente causa corresponde señalar que, conforme lo dispuesto por el art. 440 del C.P.P. de Mendoza –Ley 6.730- cuando la acción de *habeas corpus* formulada versa sobre el reagravamiento de las condiciones de detención debe aplicarse la Ley 23.098. Este último cuerpo legal establece, en su art. 8 que *«cuando el acto denunciado como lesivo emana de autoridad nacional conocerán de los procedimientos de habeas corpus: 1° En la Capital Federal los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción; 2° En territorio nacional o provincias los jueces de sección, según las reglas que rigen su competencia territorial»*.

Si bien, por regla general, la competencia de este Tribunal para entender en la tramitación de acciones de *habeas corpus* es de carácter excepcional, como se ha señalado en otras ocasiones, cuando la orden de detención que se considera arbitraria o reagravada emana de una autoridad judicial, el interesado –o quien lo realice por él- debe deducir la acción únicamente ante el tribunal superior de aquella autoridad (L.A. 134-314; 135-5). Así lo dispone el art. 441 C.P.P. de la provincia de Mendoza –Ley 6730-.

Puesto que la acción interpuesta ha sido formulada en favor de todas las personas privadas de libertad de la provincia de Mendoza, procesados y condenados, de todas las circunscripciones de la provincia, esta Sala II resulta

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

competente para entender en su resolución, en razón de que corresponde tomar una única decisión que englobe las situaciones denunciadas referidas a un problema común. Por lo demás, cabe destacar existe otra razón que habilita la excepcional intervención de esta Suprema Corte de Justicia: la particular naturaleza de los hechos denunciados.

III. Sobre la cuestión a resolver el Dr. Omar Palermo dijo:

Puesto a resolver la acción de *habeas corpus* formulada corresponde adelantar que, por diversas razones, considero que aquélla resulta procedente. En consecuencia, se impone la disposición de medidas que tiendan a la reversión de la situación planteada por los presentantes y que, principalmente, guardan relación con la problemática del encarcelamiento provisional durante el desarrollo del proceso y las demoras en la tramitación de libertades anticipadas y medidas alternativas en el ámbito de la justicia de ejecución penal.

1.- La situación de las cárceles en la provincia de Mendoza. La intervención del Poder Judicial de Mendoza en la problemática.

En la provincia de Mendoza actualmente existen 4367 personas privadas de libertad de las que el 8% se encuentra fuera de los establecimientos penitenciarios, transitando la privación de libertad bajo la modalidad domiciliaria. El resto de la población se encuentra alojada en establecimientos penitenciarios que, evidentemente, se encuentran excedidos en su capacidad de alojamiento. Ahora bien, del total de personas privadas de libertad, el 85% están bajo jurisdicción provincial y, aproximadamente, el 48% de aquéllos sin condena. La relación entre personas procesadas y condenadas ha empeorado en los últimos cinco años, siendo de 35% el número de personas procesadas en 2010, 36% en 2011, 37% en 2012, 40% en 2013, 45% en 2014 y 48% en la actualidad. Este dato debe analizarse con el crecimiento poblacional registrado en idéntico periodo y que va de 2626 personas en el año 2010 a la cifra actual.

A su vez, corresponde destacar que la tasa de encarcelamiento de la

Provincia es ampliamente superior a la del resto del país, alcanzando 232 cada 100 mil habitantes, siendo de 152,33 la tasa nacional -en 2013- de acuerdo a los últimos datos publicados por el Ministerio de Justicia de la Nación.

Como señalan los presentantes, la población de nuestras cárceles crece exponencialmente con la consecuente elevación de los niveles de hacinamiento, extremo en algunas situaciones. La superpoblación carcelaria implica que todos los recursos necesarios para garantizar mínimas condiciones dignas y seguras son absolutamente insuficientes, lo que agrava las condiciones de alojamiento, higiene, seguridad, atención médica -por señalar sólo algunas- y propicia situaciones de violencia intracarcelaria e institucional de variada índole. En este último sentido, un dato más que significativo es la cantidad de dieciséis muertes registradas sólo durante este año.

En algunos de los complejos penitenciarios se puede observar hasta 10 personas en celdas preparadas para no más de 3; módulos con más de 100 personas que transitan toda su vida en el interior de los mismos, notablemente hacinados; atención médica absolutamente deficitaria; incapacidad de los sistemas educativos, laborales, terapéuticos y recreativos en general para abarcar a la totalidad de la población; servicios de agua, cloaca y luz colapsados; encierros celdarios excesivamente prolongados de hasta 23hs. -incluso en contra de órdenes judiciales-; utilización de lugares no adecuados ni preparados para el alojamiento de personas; uso de celdas sin acceso directo a servicios sanitarios mínimos, lo que conduce a las personas a realizar sus necesidades fisiológicas en bolsas y botellas en el interior de las mismas; deplorables condiciones de higiene personal e institucional; plagas de insectos y roedores; cotidianas situaciones de violencia entre la población penal; intervenciones violentas por parte del personal, particularmente de los grupos especiales; insuficiencia de personal de custodia, médico y de las áreas de tratamiento para contener y abordar la cantidad de personas detenidas.

En este marco descripto una de las demandas históricas es la atención de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

salud. Los tres complejos más grandes, que alojan más de 1000 personas cada uno, cuentan con un médico de guardia por día y una escasa e irregular provisión de medicación. Igual situación puede observarse en relación al personal de seguridad, pues en ocasiones sólo dos operadores quedan a cargo de pabellones de más de 300 personas -como es el caso del Complejo Almafuerte-. La situación del servicio de atención médica presenta características aún más preocupantes en el Complejo Penitenciario N° 4, Cárcel de San Rafael y la Unidad Penal N° III, Cárcel de Mujeres.

Otra grave consecuencia del hacinamiento es la imposibilidad de alojar a las personas conforme a su situación judicial. De este modo conviven en nuestros establecimientos penitenciarios provinciales personas procesadas y condenadas, provinciales y federales, con condenas de distinta duración, por hechos de diferente complejidad y características; situaciones ésta que dificulta la consideración de las diferentes expectativas, necesidades y abordajes posibles mientras transitan el encierro. En este sentido la situación de las mujeres se ve empeorada pues la infraestructura edilicia de la Unidad Penal N° III impide cualquier clasificación siendo en éste y todos los demás establecimientos carcelarios de varones y mujeres, la convivencia el criterio de alojamiento.

Esta delicada situación repercute de manera directa en todas las personas afectadas por el sistema carcelario, potenciada por el déficit presupuestario que se asigna históricamente a este ámbito. Las condiciones edilicias en cárceles como el Complejo I “Boulogne Sur Mer”, el Complejo II “San Felipe”, el Complejo IV “San Rafael” y la Unidad Penal III “El Borbollón – Cárcel de Mujeres”, exponen a quienes viven en ellas a constantes situaciones de riesgo: las instalaciones eléctricas son precarias, inseguras y peligrosas; los camastros, ventanas, puertas y baños se encuentran deteriorados, destruidos e inutilizados en gran cantidad de casos; no se cuenta con el mobiliario adecuado y, mayormente, la infraestructura es obsoleta en términos de seguridad y salubridad.

Ahora bien, las circunstancias antes descriptas no sólo afectan a las

personas privadas de libertad alojadas en las cárceles de Mendoza sino que, también, el personal penitenciario sufre las consecuencias de este panorama de hacinamiento, violencia y precariedad por lo que, al no contarse con la cantidad necesaria de agentes de custodia y atención, las condiciones laborales se tornan poco dignas. Dicho con otras palabras, el personal penitenciario que trabaja en los penales provinciales se ve expuesto a circunstancias similares a las que afectan a las personas privadas de libertad, sumado a la responsabilidad que el Estado deposita en ellos en su rol de garante -brindando mínimas posibilidades de intervención efectiva ante demandas, conflictos y situaciones de violencia-. Asimismo, corresponde señalar que este contexto que se vive en las cárceles provinciales también afecta a familiares y amistades que visitan periódicamente los penales.

Por lo demás, hay que destacar que la situación antes descrita no ha permanecido indiferente ni a la mirada de los organismos internacionales de promoción y defensa de los DDHH (en tanto rigen respecto de los Complejos Penitenciarios San Felipe y Almafuerie medidas cautelares ordenadas por la CIDH (Resolución 17/15 – MC 15/14 de 14 de mayo de 2015), ni tampoco a esta Suprema Corte de Justicia. Así, la problemática inherente a la situación de los establecimientos penitenciarios de Mendoza ha sido abordada por este Tribunal desde una doble perspectiva. Por un lado, desde lo político-institucional, se ha intervenido de manera directa en aquel escenario. Por otro lado, desde lo estrictamente jurisdiccional, se ha procurado asegurar condiciones dignas de alojamiento para las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios de la provincia.

En relación al primero de los ámbitos reseñados cabe referir que por Acordada N° 24.842 se creó la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, la cual cuenta en su estructura permanente con una Subdirección de Ejecución Penal. Este área, integrada por un equipo interdisciplinario de profesionales, se concentra tanto en el análisis de los casos particulares que llegan

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

a su conocimiento por diversas vías, como en el análisis y ejecución de estrategias de carácter estructural, destinadas a fortalecer las políticas de respeto y garantías de derechos de las personas privadas de su libertad y/o víctimas de violencia institucional.

Posteriormente por Acordada N° 25.683 esta Suprema Corte aprobó y ratificó el “Acuerdo Interinstitucional para la articulación de medidas conjuntas de protección de derechos de personas privadas de libertad” y su “Protocolo para la implementación de medidas de resguardo para personas privadas de libertad”; y, a través de Acordada N° 25.819, se aprobó el “Protocolo de autorizaciones judiciales para la atención gineco-obstétrica de mujeres privadas de libertad”. Ambos instrumentos se encuentran vigentes y en plena aplicación.

Con la finalidad de asumir el compromiso de control de los lugares de privación de la libertad en la Provincia y como mecanismo de acceso a la justicia de las personas alojadas en aquéllos, por Acordada N° 26.208 del 21 de noviembre de 2014 se dispuso el monitoreo judicial a lugares de privación de libertad, de carácter obligatorio y periódico para todos los jueces del fuero penal. Esta resolución fue confirmada en su totalidad por Acordada plenaria N° 26.279 del 15 de diciembre de 2014. Desde su efectiva implementación se han efectuado, al menos, 35 monitoreos judiciales en los diferentes establecimientos provinciales de privación de libertad. Este mecanismo permitió identificar -tal como surge de los informes presentados por los diferentes tribunales- que una de las principales demandas y necesidades de las personas privadas de su libertad era el contacto directo con las autoridades judiciales pertinentes.

También se dispuso por Acordada N° 26.120 la implementación de un mecanismo de audiencias orales en relación a las medidas de coerción durante el proceso penal, el que se encuentra en la instancia final para su puesta en funcionamiento. El proyecto se funda en la convicción de que la celebración de una audiencia para la disposición de medidas de coerción implica garantizar el pleno acceso a la justicia y a la información para la persona sometida a proceso

detenida. Tal instancia efectiviza la intermediación, la defensa en el proceso y la contradicción entre las partes, pues conlleva la posibilidad para la persona privada de libertad de comparecer ante un juez, ser escuchada y conocer de manera directa los motivos por los cuales se encuentra sometida a proceso, las circunstancias que permiten avalar su privación de libertad y, en su caso, las condiciones para mantener su libertad durante el proceso. Todo esto por cuanto el acceso a la información es un derecho «ventana», al representar la condición necesaria para el ejercicio de otros derechos. Además la oralización del trámite relativo a la disposición de medidas de coerción por medio de la celebración de audiencias representa una instancia adecuada y oportuna para la prevención de la violencia y de cualquier atentado contra la integridad psicofísica de la persona, particularmente, cuando aquella violencia puede ejercida por parte de funcionarios del Estado.

Finalmente, con el objeto de facilitar el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad en relación con problemáticas de índole familiar, se aprobó por Acordada N° 27.041 una serie de medidas para la detección temprana de conflictos de familia derivados de la propia situación de privación de libertad, así como el fortalecimiento de instancias de asistencia jurídica gratuita y el acceso a la información sobre causas judicializadas.

Por otra parte, desde esta Suprema Corte de Justicia se instaron y acompañaron distintas mesas de trabajo interinstitucionales para el abordaje de la problemática carcelaria y la definición de estrategias de intervención comunes para enfrentar la seria crisis que la afecta. En efecto, a partir del año 2012 se celebraron diversas reuniones con la presencia de autoridades del Poder Ejecutivo provincial; la Comisión Provincial contra la Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Servicio Penitenciario provincial; Jueces de Ejecución Penal, entre otros- y federales –Procuración Penitenciaria de la Nación, PRO.CU.VIN del Ministerio Público Fiscal de la Nación, la Fiscalía General de Apelaciones del ámbito federal con jurisdicción en Mendoza, la Comisión Cárceles de la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Defensoría General de la Nación-. Además, en el transcurso del presente año, a instancias de esta Suprema Corte se han llevado adelante cuatro encuentros, en los cuales se convocó, además de las autoridades referidas, a la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, a la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, a todos los Juzgados de Garantías y de Instrucción de la Provincia. Junto a mis colegas, los Sres. Ministros Dres. Jorge Horacio Nanclares, Julio Ramón Gómez, Mario Daniel Adaro, Alejandro Pérez Hualde, Pedro J. Llorente y miembros de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de esta Suprema Corte.

A su vez resulta oportuno resaltar que durante el presente año la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia elaboró y publicó el *Informe sobre privación de libertad y proceso penal en la provincia de Mendoza – Agosto 2015* que da cuenta de la situación de personas privadas de libertad de manera preventiva en la provincia y la intervención que, hasta el momento, ha tenido la Justicia provincial en su abordaje. También desde aquella Dirección se ha trabajado en la elaboración de un proyecto de modificación -formulado desde el enfoque de DDHH- del “Reglamento General de Requisas” y se han formulado recomendaciones, desde la misma perspectiva, al “Reglamento de comunicaciones de personas privadas de su libertad”. Además, sólo por mencionar algunas de las acciones de mayor importancia que se han trabajado durante el presente año desde aquella oficina, se debe mencionar la intervención desarrollada en la atención particularizada y específica de la situación de mujeres privadas de libertad alojadas en la Unidad N° 3 – Cárcel de Mujeres “El Borbollón” y la creación del primer “Registro de muertes en contexto de encierro” de la Provincia, el cual se nutre con información remitida desde el Servicio Penitenciario provincial, la Procuración de las Personas Privadas de su Libertad y otras instituciones públicas.

Desde el segundo de los ámbitos de intervención antes señalados, el estrictamente jurisdiccional, esta Suprema Corte de Justicia también ha destacado su preocupación por la situación de las personas privadas de su libertad en

diversas ocasiones y con pronunciamientos de sus dos salas. Así, esta Sala II ha hecho lugar a diferentes acciones de *habeas corpus* formuladas en relación a la situación y condiciones de las personas privadas de libertad alojadas en las cárceles de Mendoza. Así, por ejemplo en los autos N° 111.177, “Habeas Corpus Correctivo y Colectivo en favor de Mujeres Alojadas en Pabellones 2 y 3 del Complejo Penitenciario de Mujeres del Borbollón”, se dispuso el cese inmediato de las prácticas ejecutadas en el marco de procesos de requisas que resulten vejatorias o atenten contra la dignidad de las mujeres requisadas; prohibiendo su implementación en el futuro sin excepción alguna. Además se autorizó a continuar de la filmación del procedimiento de requisa, en tanto se asegurara que no se registren partes íntimas del cuerpo de las mujeres requisadas e informando a las mismas respecto de la confidencialidad de los registros filmicos. Por otra parte se exhortó a la realización de cursos de capacitación en género y uso de la fuerza para el personal de los grupos especiales que desempeñan funciones en lugares de alojamiento de mujeres y se dispuso la integración de una comisión revisora conformada por la Dirección de la Unidad Penitenciaria N° 3 «Cárcel de Mujeres - El Borbollón»; la Dirección de la Alcaldía Régimen Abierto de Mujeres; la Jefatura del Pabellón para el alojamiento de mujeres del Complejo Penitenciario N° 4 –Penitenciaría de San Rafael-; el Área de mujer, género y diversidad de la Dirección General del Servicio Penitenciario; la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de esta Suprema Corte de Justicia; la Dirección de la Mujer de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza «Dra. Carmen María Argibay»; y, los jueces de ejecución penal de la provincia de Mendoza a los fines de que se revisara y reformulara –conforme estándares de DDHH- el instrumento que regula el procedimiento de requisas y demás procedimientos de seguridad.

A su vez, en los autos N° 111.621, “Habeas corpus a favor de internos alojados en Pabellón Medidas Preventivas Boulogne Sur Mer”, se estableció que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, así como también los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y el Conjunto de Principios Para la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, configuraban las *pautas fundamentales* a las que debe adecuarse toda detención. Además, se dispuso la reubicación inmediata de las personas alojadas en el Pabellón de Medidas Preventivas a lugares que reunieran las condiciones sanitarias, de ventilación y adecuado espacio físico y seguridad; ello hasta tanto se diera cumplimiento al reacondicionamiento urgente de aquel pabellón para resguardar las condiciones de alojamiento, sanitarias y de ventilación de los internos que se alojen en el mismo. Finalmente se ordenó la realización de un chequeo médico a la totalidad de personas alojadas en el pabellón, la reparación del sistema de cloacas y, además, el aseguramiento de un razonable tiempo de recreo, actividades educativas, laborales y recreativas a las personas privadas de libertad que se encuentran bajo medidas preventivas, voluntarias o dispuestas judicialmente, como así también condiciones adecuadas para la realización de las visitas.

En igual sentido, relacionado a la realización de requisas, en los autos N° CUIJ N° 13-02859503-9, “Internos del Pabellón 16 del Complejo Boulogne Sur Mer p/ Habeas Corpus”, se recomendó a la Dirección General del Servicio Penitenciarios Provincial que arbitrara las medidas necesarias para que, en lo sucesivo, las requisas se adecuaran a la normativa vigente, a fin de evitar innecesarios actos vejatorios de los internos y sus pertenencias.

Por otra parte en los autos CUIJ N° 13-02859471-7, “Habeas corpus colectivo y correctivo a favor de la totalidad de los detenidos alojados en la Unidad Penal N° I Boulogne Sur Mer” se ordenó a la Dirección General del Servicio Penitenciario y a la Subsecretaría de Justicia de la provincia de Mendoza que debían: a) adoptar medidas inmediatas y necesarias a fin de evitar que la cantidad de personas alojadas en los pabellones 6, 16, 18 A y 18 B supere la capacidad máxima real de cupo de los mismos; b) asegurar la inspección trimestral por parte de profesionales idóneos en la materia a fin de determinar las condiciones de seguridad y de higiene de los pabellones referidos; c) solicitar al

Poder Ejecutivo de la provincia de Mendoza la elaboración de un plan anual de obras de reparación del Complejo penitenciario N° I, con particular énfasis en zonas de los sanitarios y duchas, a ser ejecutado en el marco del año calendario y la coordinación interministerial entre el Ministerio de Trabajo, Justicia y Gobierno –del cual depende el Servicio Penitenciario provincial- con el Ministerio de Salud, a fin de lograr una adecuada atención médica por parte del servicio público de salud de la Provincia para las personas privadas de libertad; d) implementar un mecanismo de distribución de viandas que garantizara la entrega de los alimentos respetando las cadenas de frío y/o calor que correspondan y el cuidado irrestricto de condiciones de higiene y salubridad; adecuándolo a los horarios de almuerzo y cena conforme los usos y costumbres locales al presente momento; e) elaborar un protocolo de atención médica para la eficiente administración del cuidado y atención de la salud en contexto de encierro; considerando en particular cuestiones tales como: atención de emergencias, atención regular, chequeos periódicos, tratamientos crónicos, prescripción y entrega de medicamentos, tratamientos de complejidad, intervenciones quirúrgicas, gestión de turnos, entre otras; y, asegurando en la medida de las posibilidades la presencia médica en los lugares de encierro de las personas privadas de libertad; f) garantizar el cumplimiento efectivo de la Acordada N° 25.683 de esta Suprema Corte de Justicia, aprobado por Decreto N° 100/14 del Poder Ejecutivo Provincial.; g) garantizar al menos 6 hs. de recreación para las personas alojadas en el módulo 18 con acceso a sanitarios, luz solar y aire libre; así como también la disposición de un lugar adecuado, limpio y digno para la recepción de visitas de las personas privadas de libertad; h) garantizar ventilación y luz natural en las celdas, particularmente de los pabellones con modalidad sectorizada; i) dar cumplimiento efectivo al Programa de admisión de personas privadas de su libertad de ingreso primario aprobado por Resolución de la Dirección General del Servicio Penitenciario N° 877/13; j) disponer la recolección diaria de residuos y la colocación de recipientes destinados a los mismos en cada pabellón; k) garantizar la entrega regular de elementos de higiene personal; l) disponer la desinsectación y desinfección

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

regular de pabellones 6, 16, 18 A y 18 B del Complejo Penitenciario Boulogne Sur Mer.

En sentido similar, en los autos N° CUIJ N° 13-03618586-9, “Habeas corpus correctivo colectivo en favor del Módulo 3-2 del Complejo Penitenciario Almafuerde”, se ordenó la adopción inmediata de medidas de seguridad en relación a las personas alojadas en el módulo 3-2 del Complejo Penitenciario Almafuerde a fin de evitar la exposición a agresiones de aquéllas y sus familiares, sea en sus lugares de alojamiento como en los lugares de tránsito.

Ahora bien, no sólo la Sala II de esta Suprema Corte de Justicia ha evidenciado su preocupación por el modo en que se cumple tanto la prisión preventiva como la pena privativa de libertad. En efecto, también en diversos pronunciamientos de la Sala I se ha declarado la responsabilidad del Estado en estos supuestos. Así, la situación de aquellas personas que transitan la totalidad del proceso –o buena parte de él- privadas de libertad y que luego resultan absueltas ha permitido establecer los criterios de procedencia de la obligación de reparación por parte del Estado provincial.

De este modo, según la opinión minoritaria de la Sala I, «siempre» existe la obligación del Estado de reparar el daño a la persona que, habiendo sido privada de su libertad de manera preventiva, luego no resulta declarada culpable. Se llega a esta conclusión sobre la base de dos líneas argumentales. Por un lado, se fundamenta el derecho a la reparación en el respeto por los derechos fundamentales -arts. 5 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos integridad personal y propiedad privada respectivamente- y, por otro lado, en la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad lícita y no en la constatación de un funcionamiento irregular del servicio de justicia, por error judicial en el dictado del auto de prisión preventiva, o por constatarse una dilación indebida en el proceso. En este orden, se señala que *«el costo inevitable de la prisión preventiva como instrumento necesario para la investigación penal eficaz no puede ser asumido, en principio, por la víctima de*

esa prisión preventiva sin afectar notablemente el art. 16 CN si ella luego no es condenada» (ver, “Anagua”, L.S. 484-123, voto del Dr. Alejandro Pérez Hualde y, además, los precedentes “Rojo”, L.S. 389-030, “Murua Riveros”, L.S. 439-231, entre otros).

En cambio, la postura mayoritaria de la Sala I considera lícita la actuación del Poder Judicial cuando dispone la prisión preventiva del imputado en el marco de la ley procesal, de modo que la absolución posterior no puede generar una responsabilidad que de lugar al resarcimiento del acusado. Sin embargo, se destaca que, en caso de constatarse una falta en el servicio, corresponderá una reparación patrimonial a favor de la persona privada de su libertad preventivamente y absuelta. Así, se afirma que *«la prisión preventiva es una medida procesal cuya finalidad consiste en asegurar la comparencia del procesado para cumplimentar la actuación de la ley en el juicio penal. No es un modo de realizar aspiraciones generales de la comunidad que justifique la aplicación de las reglas de responsabilidad objetiva por la actividad legítima de la Administración. La jurisdicción penal no sustenta su actividad en miras a la satisfacción de intereses generales (aunque los contempla necesariamente) sino en la declaración del derecho ante el caso que se le somete»* (ver también “Anagua”, voto del Dr. Julio Ramón Gómez con adhesión del Dr. Jorge Horacio Nanclares).

En síntesis, como puede advertirse, esta Suprema Corte de Justicia, desde sus distintos ámbitos, ha intervenido activamente en la cuestión relativa a la problemática de las cárceles de la Provincia con la adopción de medidas para la protección de derechos y la correspondiente declaración de la responsabilidad del Estado.

2.- Problemas del encarcelamiento preventivo durante la tramitación del proceso

2.1. Introducción

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Los presentantes vinculan de manera directa la situación de las cárceles de la provincia de Mendoza a lo que, consideran, un uso excesivo del encarcelamiento preventivo durante el proceso. Se comparte esta apreciación, pues, como luego se verá, las actuales prácticas existentes en el sistema carcelario provincial se deben, en gran medida, al uso desproporcionado e innecesario de la prisión preventiva y a la no aplicación de medidas cautelares sustitutivas. Por esta razón, corresponde analizar, desde diferentes perspectivas, el uso que en nuestra provincia se hace de las medidas de coerción personal, particularmente de la detención y de la prisión preventiva. En primer lugar, se abordará la cuestión relativa a la vigencia actual en la provincia de Mendoza de las leyes 1.908 y 6.730 (ver *infra* 2.2); luego se analizará el tema de las detenciones ordenadas por los representantes del Ministerio Público Fiscal, en especial, la cuestión de sus plazos y la intervención jurisdiccional para su control de legalidad (*infra* 2.3); seguidamente se abordará la problemática relacionada con la prisión preventiva, particularmente los criterios de procedencia (*infra* 3.4), el carácter de los términos (*infra* 3.6), duración (*infra* 3.7), la aplicación de medidas alternativas al cumplimiento efectivo de aquella (*infra* 3.8); posteriormente se analizará el rol de los representantes del Ministerio Público de la Defensa en toda la tramitación de las medidas de coerción (*infra* 3.9), así como la necesidad de la adopción de un registro de prisiones preventivas y *habeas corpus* (*infra* 3.10); y, finalmente, la situación de la justicia de ejecución (*infra* 4).

2.2.- Una cuestión previa: la vigencia de dos ordenamientos procesales penales en la provincia de Mendoza

Como ha quedado dicho, la acción de *habeas corpus* colectivo formulada por los presentantes se interpone en favor de la *totalidad* de las personas privadas de su libertad en Mendoza. Sin embargo, cabe aclarar que, en el ámbito de la provincia, todavía rigen dos ordenamientos procesales, de modo que no todas las personas encarceladas preventivamente están sujetas al mismo procedimiento penal. En efecto, como se sabe, en la primera y tercera circunscripción judicial

rige la ley 6.730, en tanto que en la segunda y la cuarta la ley 1.908. Esta duplicidad de regímenes en todo el territorio provincial genera la posibilidad de que, en determinados supuestos, se llegue a soluciones distintas según se aplique uno u otro procedimiento. Pues bien, cuando se trata de restricciones a la libertad personal, debe aplicarse la normativa más beneficiosa para los intereses del imputado. Esto surge de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 6.730 y el art. 4 de la ley 1.908 al ordenar que *«deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquel»*.

En el mismo sentido, de manera categórica, el art. 5 de la ley 7.231, establece que *«la regla enunciada será de particular aplicación durante la transición, en que por razones de competencia, los tribunales aplicarán las disposiciones de la Leyes 6730 y 1908, con sus respectivas modificaciones, debiéndose entender además, que se aplicará la disposición procesal que sea más beneficiosa al imputado de cualquiera de la Leyes indicadas»*.

Pues bien, de la interpretación armónica de estas normas, cabe concluir que una solución contraria a la que aquí se propone puede llevar no sólo a la vulneración del principio *pro persona* sino que, además, puede conducir a situaciones de desigualdad, lo que resulta inadmisibles y contrario a lo dispuesto por el art. 16 de la C.N. y, especialmente, el art. 7 de la Constitución de Mendoza en cuanto establece que *«todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes»*.

2.3.- Detención: control judicial y plazos

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Una de las cuestiones más problemáticas que plantea la presentación del *habeas corpus* que nos ocupa, tiene que ver con las detenciones que ordena el Ministerio Público Fiscal y que luego no quedan sujetas a ningún control jurisdiccional, en razón de que éste no es solicitado por la defensa del imputado. En efecto, en tanto el C.P.P. de la provincia de Mendoza no obliga al fiscal a someter al control de un juez de garantías la detención que ha ordenado, se ha constituido en práctica habitual que los imputados queden detenidos sin orden jurisdiccional hasta tanto se dicta el auto de prisión preventiva. Ahora, en razón de que la prisión preventiva se ordena mucho tiempo después del plazo de diez o seis días que establece la ley adjetiva (art. 345 del C.P.P. –ley 6.730-; art. 307 del C.P.P. –ley 1.908), el resultado que arroja esta inadmisibles situación es que numerosas personas pasan muchos meses preventivamente encarcelados por una de las partes del proceso, sin que ningún juez haya convalidado dicha detención.

Esta situación ha quedado plasmada en el *Informe sobre privación de libertad y proceso penal en la provincia de Mendoza -Agosto 2015* de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Según el mismo, se han relevado una gran cantidad de supuestos en los que, una vez que el imputado es privado de libertad por el fiscal, el juez de garantías recién interviene para el dictado de la prisión preventiva, luego de varios meses de ordenada la detención. Un dato que sirve a los fines de dimensionar la problemática denunciada es que, entre enero y septiembre de 2015, ingresaron al Servicio Penitenciario 1714 personas, pero sólo se registraron 757 solicitudes de prisión preventiva. Esto significa que, actualmente, cerca del 56% de las personas privadas de libertad aún se encuentran detenidas por orden fiscal sin auto de prisión preventiva dictada. En este sentido, un ejemplo paradigmático de esta situación proviene de una reciente solicitud de prórroga de la prisión preventiva requerida a la Sala II de esta Suprema Corte de Justicia en la que pudo constarse que el imputado había transcurrido 1 año y 8 meses detenido sin prisión preventiva (ver autos CUIJ N° 13-02848781-3).

Pues bien, este estado de cosas es constitucionalmente inaceptable y

contraría un principio básico del proceso penal, a saber, que la libertad del imputado resulta la regla fundamental en materia de medidas de coerción personal. Este principio se deriva de las propias normas constitucionales, convencionales y legales sobre la materia: si toda persona a la que se le atribuye la posible comisión de un delito debe ser considerada inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme demuestre su culpabilidad, entonces sólo excepcionalmente puede privárselo de su libertad personal durante el proceso.

Sobre esta cuestión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende que el respeto a la garantía del estado de inocencia genera consecuencias muy concretas respecto a la forma en la que el Estado puede ejercer su poder punitivo: la persona imputada debe afrontar el proceso en libertad y, en consecuencia, el encarcelamiento preventivo debe ser considerado una medida que procede sólo en supuestos excepcionales. Por lo demás, la CIDH deriva del principio de inocencia la obligación estatal de no restringir la libertad de la persona detenida más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar el desarrollo eficiente de las investigación (cfr. CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Serv.L/V/II, Doc 46/13, 30 de diciembre de 2013; § 133 y ss.). Por lo tanto, esta facultad de privación de libertad debe ser ejercida de modo «excepcional», esto es, como *ultima ratio*, siempre y cuando resulte «necesaria» y «proporcional» no sólo en relación con los fines del proceso, sino también respecto a la amenaza de pena. En efecto, no constituye una práctica inusual que no pocas personas hayan permanecido en prisión un plazo mayor incluso que el de la pena que finalmente le resulta impuesta. que han estado en prisión. Por ello es importante subrayar que el encarcelamiento preventivo no sólo no puede superar a la pena en gravedad (prohibición de exceso), sino que una a persona considerada inocente no puede recibir peor tratamiento que una condenada. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad.

Ahora bien, más allá de que la ley adjetiva autorice la detención tanto al

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

fiscal como a la policía e incluso, en algunos supuestos, se admite la aprehensión a los particulares, cabe preguntarse si dicha facultad debe quedar sometida «imperativamente» al *control de legalidad de la detención* por parte del órgano jurisdiccional competente. Pues bien, según creo, la respuesta a este interrogante hay que buscarla en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que «*todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad*» -el destacado no pertenece al original-.

El fundamento de este inmediato control jurisdiccional de la detención fiscal deriva, de una parte, de la posición de garante institucional que ocupa el Estado en relación a las personas que se encuentran privadas de su libertad. En este sentido, la CIDH ha señalado que aquella «situación de especial sujeción» de una persona privada de libertad respecto del Estado implica que éste «*al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar*» (CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31 de diciembre de 2011). Por otra parte, la necesidad de que la detención sea controlada por un juez *imparcial* deriva de la misma lógica adversarial del sistema acusatorio, en la el que fiscal ocupa el lugar de *parte* con un interés concreto. No es admisible dejar en manos de un sujeto procesal autónomo pero *no imparcial*, sin control jurisdiccional alguno, la decisión sobre una medida de coerción tan grave como es la detención de la persona sometida al poder punitivo del Estado.

Pues bien, de lo precedentemente expuesto se deriva la siguiente consecuencia: la privación de libertad durante el proceso, aún bajo la figura de aprehensión o detención, requiere de un «*inmediato control jurisdiccional de*

legalidad». Se trata de una limitación que tiene por finalidad evitar la utilización arbitraria, lesiva, desproporcionada o innecesaria de la medida de coerción personal.

Esta interpretación resulta, por lo demás, acorde con el alcance que se le da a las disposiciones convencionales que rigen la materia. Así, el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido entendido en el sentido de que la «*única*» autoridad competente para aplicar o dilucidar la privación de libertad durante el proceso es la «*autoridad jurisdiccional*» debido que el «*juicio acerca del riesgo procesal sólo puede estar a cargo de un juez*» (CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31 de diciembre de 2011; § 175). Asimismo, de modo similar a la norma del Corpus Iuris Interamericano, la Constitución de la provincia Mendoza establece que una persona puede ser privada de su libertad sólo mediante orden escrita del juez competente. En efecto, el art. 17 de la Carta Magna provincial señala que «*nadie puede ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo el caso infraganti, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquier persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez o de la autoridad policial próxima, ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente*».

En definitiva, la práctica del sistema judicial, que se ha mostrado tolerante con las detenciones fiscales sin el debido e inmediato control jurisdiccional, no sólo resulta inconvencional, a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos sino que, además, es palmariamente contraria al texto de la Constitución de la provincia Mendoza. En consecuencia, es necesario reconocer el derecho de toda persona privada de libertad durante un proceso penal, a que su situación sea inmediatamente conocida y analizada por un juez de garantías, aun en los casos en los que el control jurisdiccional no haya sido requerido por el imputado o su defensor. De este modo, según entiendo, será el propio fiscal que ordenó la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

detención de la persona sometida a proceso, quien inmediatamente debe solicitarle al juez de garantías el debido control de legalidad de aquella medida de coerción. El juez de garantías y no el fiscal es quien finalmente debe ordenar la detención del acusado. Dicho de manera categórica, *la persona detenida debe quedar a disposición del juez de garantías, que es el único facultado para constituir en prisión al imputado*. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución de la provincia de Mendoza imponen esta solución.

Ahora, ante la falta de previsión legal de un término para solicitar el control jurisdiccional ¿en qué momento el fiscal debe requerírsele al juez de garantías? Según creo, la intervención del órgano jurisdiccional debe ser requerida de forma inmediata o, a más tardar, en un término que no debe exceder el de 24 horas. Paso a explicar las razones de esta interpretación.

Como quedó expuesto, el *Corpus Iuris* Interamericano dispone que la verificación de los presupuestos legales de la detención debe ser llevada a cabo «*sin demora*» por un juez. Por su parte, la Constitución de la provincia de Mendoza exige que el detenido sea «*conducido inmediatamente a presencia de su juez*» y en ningún caso el detenido podrá ser constituido en prisión «*sin orden escrita de juez competente*». Además, el art. 21 de la Constitución provincial señala que «*toda persona [...] no podrá ser detenida contra su voluntad, si pasadas las veinticuatro horas no se le hubiese notificado por juez igualmente competente, la causa de su detención. Todo juez, [...] deberá proceder en el término de veinticuatro horas, contadas desde su presentación, con cargo auténtico, bajo multa de mil pesos nacionales. Proveída la petición, el funcionario que retuviese al detenido o dejase de cumplir dentro del término señalado por el juez, el requerimiento de éste, incurrirá en la misma multa, sin perjuicio de hacerse efectivo el auto*». Asimismo, esta clara normativa constitucional se encuentra receptada por las normas procesales, tanto en la ley 1.908 como en la ley 6.730. En efecto el art. 292 de la ley 1.908 establece que el funcionario policial que haya «*practicado una detención sin orden, deberá*

presentar inmediatamente el detenido ante la autoridad judicial competente más próxima» -el destacado no pertenece al original-. En igual sentido, idéntica expresión utiliza el art. 290 de la ley 6.730.

En suma, la interpretación armónica de las disposiciones convencionales, constitucionales y legales obligan a concluir que la regla es que el fiscal debe someter la detención del imputado al control jurisdiccional sin dilación alguna, esto es, de forma *«inmediata»* a la privación de libertad. Sin embargo, también es posible entender que el fiscal tiene hasta veinticuatro horas para solicitar el control de la legalidad de la detención al juez de garantías. Ello surge de una interpretación analógica, que otorgue mayores garantías y reconocimiento de derechos para la persona detenida, de distintas disposiciones de la ley 6.730 como de la ley 1.908. Así, el art. 327 del C.P.P. -ley 1.908- dispone que *«la solicitud de excarcelación se pasará en vista al Ministerio Público, el cual deberá expedirse inmediatamente, salvo que el Juez, por la dificultad del caso, le conceda un término que nunca podrá ser mayor de veinticuatro horas; y el Juez resolverá enseguida»*. Es decir, según esta disposición legal todavía vigente, el fiscal debe expedirse de manera *inmediata* y, sólo excepcionalmente, con autorización jurisdiccional por la dificultad de la cuestión a tratar, en el plazo máximo de veinticuatro horas. En sentido similar, el art. 345 del C.P.P. -ley 6.730- establece que *«en cualquier momento, el imputado podrá solicitar directamente al Juez [de garantías] la aplicación de los artículos 281, 292 y 295, quien requerirá de inmediato las actuaciones y resolverá en el término de 24 horas»*.

Pues bien, si como surge del análisis de la normativa procesal precedentemente realizado, el juez de garantías debe resolver el control de la legalidad de la detención en el término de 24 horas, en ningún caso puede admitirse que el fiscal, quien debe solicitar el control jurisdiccional inmediatamente, disponga de más tiempo del que dispone el propio juez de garantías. En resumen, el fiscal debe solicitar al juez de garantías el control de la legalidad de la detención inmediatamente o, a más tardar, en el término de 24

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

horas y el juez de garantías debe resolver *«enseguida»* (art. 327 de la ley 1.908) o, en su defecto, en el término de *«24 horas»* (art. 345 de la ley 6.730).

Por lo demás, el plazo referido no es extraño a otros ordenamientos procesales penales del país que también han avanzado en la determinación del sentido de la *«inmediatez en el control jurisdiccional de la detención»*. Por ejemplo, el art. 294 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación dispone que *«cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para designar defensor»*. En igual sentido, el C.P.P. de la provincia de Buenos Aires dispone que *«sólo a pedido del Fiscal interviniente, el Juez libraré orden de detención para que el imputado sea llevado inmediatamente ante la presencia de aquél»* (art. 151) y que *«el Juez de Garantías que se hallare de turno deberá arbitrar los medios para la recepción inmediata de las presentaciones que deba resolver, durante las veinticuatro (24) horas»* (art. 23 bis). Por su parte, el C.P.P. de la provincia de Neuquén establece que *«la detención no podrá extenderse por más de veinticuatro (24) horas. Si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción deberá solicitarlo en audiencia al juez. En caso contrario ordenará la libertad»* (art. 112).

En este orden de ideas, realizando un análisis de Derecho comparado, tampoco la disposición reseñada resulta extraña a otros modernos ordenamientos procesales penales iberoamericanos. Así, sólo por señalar algunos ejemplos, el C.P.P. de Chile -ley 19.696- establece que *«cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto*

policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas. Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado. Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública» (art. 131).

En sentido similar el Código de Procedimiento Penal de Bolivia –ley 1.970- establece que el representante del Ministerio Público Fiscal «*podrá ordenar la aprehensión del imputado cuando sea necesaria su presencia y existan suficientes indicios de que es autor o participe de un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea igual o superior a dos años y de que pueda ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar u obstaculizar la averiguación de la verdad. La persona aprehendida será puesta a disposición del juez, en el plazo de veinticuatro horas, para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la aplicación de alguna de las medidas cautelares previstas en este Código o decrete su libertad por falta de indicios» (art. 226).*

De igual manera el Código Procesal Penal de Costa Rica –ley 7.594- que faculta al fiscal para ordenar que una persona sea detenida, establece que «*la detención no podrá superar las veinticuatro horas. Si el Ministerio Público estima que la persona debe quedar detenida por más tiempo, la pondrá inmediatamente a la orden del tribunal del procedimiento preparatorio y le solicitará ordenar la prisión preventiva o aplicar cualquier otra medida sustitutiva. En caso contrario, ordenará su libertad».*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Finalmente hay que señalar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España -Real Decreto del 14 de septiembre de 1882 vigente al 6 de diciembre de 2015- también dispone una regla temporal similar para la intervención jurisdiccional del control de la privación de libertad de cualquier persona al señalar que *«el particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas»* (art. 496).

Ahora, alcanzada la conclusión antes expuesta, corresponde plantear el siguiente interrogante: ¿cuál es el carácter de los plazos antes señalados –tanto el del fiscal para requerir el control de la detención como el del juez para resolver lo solicitado-? Según mi opinión, estamos ante plazos *fatales* en el sentido del art. 196 de. C.P.P. ley 6.730. Ello surge, por un lado, de lo establecido por el art. 21 de la Constitución provincial, que obliga a la imposición de una multa al *«funcionario que retuviese al detenido o dejase de cumplir dentro del término señalado por el juez, el requerimiento de éste»*. Por otro lado, si la privación de libertad de una persona procede sólo en supuestos excepcionales y para el aseguramiento de los fines del proceso, entonces no hay lugar a otra interpretación que no sea entender que el plazo del fiscal para requerir el control de legalidad de la detención como el que tiene el juez para resolver lo solicitado como *fatal*.

En conclusión, entiendo que en este punto debe hacerse lugar al *habeas corpus* interpuesto y ordenarse que toda persona *«constituida en prisión»* en la provincia de Mendoza debe estarlo exclusivamente por orden de un juez. En ningún caso puede admitirse que la orden de detención dispuesta por el fiscal, que es una de las partes del proceso, no quede sujeta al respectivo control jurisdiccional. Dicho control, como ha quedado señalado, debe ser solicitado por el fiscal inmediatamente después de la detención o, si no resultare posible, dentro

de las veinticuatro horas de producida la misma. Por lo demás, que deba someterse a control jurisdiccional la detención ordenada por el fiscal se deriva de la propia naturaleza del Ministerio Público Fiscal, que si bien es *autónomo*, *no es imparcial*, pues tiene interés en el impulso de la investigación. Esta falta de imparcialidad debe ser tenida en cuenta al momento de interpretar las normas procesales sobre medidas de coerción personal. En efecto, ¿quién podría sostener que el demandante en un proceso civil -aun público- podría ordenar, por sí solo, un embargo en el marco de una medida cautelar? Y en el ámbito del proceso penal la situación no debería ser distinta ¿Sería admisible que el querellante exclusivo en un proceso de acción privada pueda por sí solo ordenar la detención del imputado pues es tan acusador como el Ministerio Público Fiscal? La lógica respuesta a este interrogante no puede diferir según el carácter civil o penal del proceso, sea este último de acción pública o privada. La detención, del mismo modo que el embargo en un proceso civil, debe ser ordenada por el único órgano *imparcial* del proceso: el juez. Por último, al juez que le fuera solicitado el control jurisdiccional de la privación de libertad ordenada por el fiscal, deberá expedirse en el plazo de 24 horas. En todo caso, deben considerarse que estos plazos son fatales en el sentido del art. 196 del C.P.P.

Ahora bien, esta disposición que ordena el presente resolutivo, no sólo puede regir para las futuras detenciones. En efecto, como quedó referido, son numerosas las personas que todavía permanecen privadas de libertad por orden fiscal sin que ningún juez de garantías haya controlado la legalidad de las mismas. Pues bien, es necesario que en el término de sesenta días quede totalmente regularizada esta situación, de modo que vencido dicho plazo no exista persona privada de libertad en Mendoza que esté detenida sin orden de juez competente.

No se desconoce el impacto que este resolutivo ocasionará en la labor diaria de los distintos operadores de la justicia durante la etapa de la investigación penal preparatoria, particularmente para jueces, fiscales y defensores. Pues bien, para agilizar la aplicación de las disposiciones esta Corte ha ordenado por

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Acordada N° 26.120 que las audiencias de control de detención y de prisión preventiva se lleven a cabo oralmente, para garantizar no sólo la rapidez de la resolución, sino su inmediatez, contradicción y publicidad. Asimismo, resulta indispensable arbitrar los medios para hacer efectiva implementación de la ley 8.680, en tanto dispone la transformación de los juzgados correccionales por ella enunciados en juzgados de garantías, lo que implicará el aumento del número de órganos jurisdiccionales encargados de llevar adelante el correspondiente control de legalidad de la detención.

3.- Prisión preventiva: procedencia y estándares de prueba para la acreditación del «riesgo procesal». Dificultades en la aplicación de la prisión preventiva

3.1.- Introducción

El problema de la detención provisional antes analizado no es el único que se presenta en la práctica judicial en materia de medidas de coerción personal. También se advierten serias dificultades en la utilización de la prisión preventiva como mecanismo de aseguramiento de los fines del proceso penal. En efecto, los problemas de aplicación práctica que pueden constatarse en materia de prisión preventiva son de diversa índole.

Por un lado, un elevado número de procesos en los que se ordena la prisión preventiva no terminan con la imposición de una pena sino con absolución u otras alternativas de solución del conflicto en las que acusado no termina condenado. Es decir, en numerosas ocasiones se utiliza la prisión preventiva para garantizar los fines de un proceso en el que *ex post* quedó demostrado que el recurso a la más grave medida de coerción resultó innecesario.

Por otro lado, se advierte que la práctica jurisprudencial utiliza, en lo discursivo, la teoría del «riesgo procesal», según la cual sólo puede ordenarse la prisión preventiva cuando el imputado no garantiza su sometimiento al proceso o cuando se especula con la posibilidad de que obstaculice la investigación. Sin

embargo, en los hechos, el «peligro procesal» se deriva, en la mayor parte de los casos, de la amenaza de pena, de tal modo que si la eventual condena que pueda imponérsele al procesado será de cumplimiento efectivo, se ordena, sin más, la prisión preventiva del imputado. Dicho de otro modo, la práctica jurisprudencial ha transformado en no excarcelables los delitos cuya amenaza de pena impide pronosticar una condena de ejecución condicional. Por lo demás, también es posible constatar el incumplimiento del término de diez días, a contar desde la imputación, para el dictado de la prisión preventiva. La relajación de esta problemática ha llevado a que la prisión preventiva sea dictada como corolario de la investigación penal preparatoria y no en el comienzo de la instrucción, tal como lo pretendió el legislador al establecer el término de diez días para su dictado.

Finalmente, vinculado con lo anterior, está el problema de la duración de la prisión preventiva. Por un lado, se advierte el vencimiento de los plazos de la prisión preventiva con el imputado encarcelado sin condena. Por otro lado, se puede constatar la utilización de la totalidad del plazo legal en casos que no ameritan tal extensión, es decir, en casos que podrían resolverse sin necesidad de agotar el plazo de la prisión preventiva. Pues bien, lo expuesto obliga a pronunciarse respecto al plazo de la prisión preventiva y sobre la necesidad de controles periódicos durante la ejecución de la misma. Sobre todo ello se hará referencia en lo que sigue.

3.2.- El informe sobre procesos asegurados mediante prisión preventiva que no terminan en condenas

Según el informe sobre la situación carcelaria en la provincia que elaboró la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de esta Suprema Corte de Justicia, se analizaron los libros de autos interlocutorios de dos juzgados de garantías de la primera circunscripción judicial, que registran las resoluciones dictadas entre el 17 de marzo de 2014 y el 17 de octubre de 2014 en un caso y entre el 28 de febrero de 2014 y el 24 de octubre de 14, en el otro. Pues bien, de este análisis surge que, en dicho período, estos juzgados resolvieron 216 autos de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

prisión preventiva. En el mismo período, en base en los datos proporcionados por la Dirección de Estadísticas del Poder Judicial, en los seis juzgados de garantías se resolvieron 713 autos de prisión preventiva, de modo que la muestra trabajada representa, aproximadamente, el 30% del total de autos resueltos en esos meses. Ahora, en relación al destino de las causas en las que se dictaron esas prisiones preventivas, al momento en el que se procesaban estos datos en agosto de 2015, el 39 % concluyeron con la libertad del imputado (76); en tanto que el 32 % todavía se encontraban en trámite (62). La actualización de estos datos al 17 de noviembre de 2015 arroja conclusiones todavía más preocupantes, pues de la misma surge que ya el 47 % de esas prisiones preventivas terminaron en libertad (98); sólo el 31 % en condenas (64); el resto, el 25,36 %, todavía continúan en proceso (45). Una proyección aproximada de estos porcentajes podría arrojar que del 100 % de los procesos en los que se ordenan prisiones preventivas, el 60 % no terminará en condenas.

Como puede advertirse, tanto las estadísticas exhibidas por el citado informe como la proyección aproximativa de las mismas resultan inquietantes por varias razones. Por un lado, los números demuestran que en la mayor parte de los procesos la prisión preventiva que se ordena resulta innecesaria para asegurar los fines del proceso. En efecto, si el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad real, garantizando la imposición y ejecución de la condena que eventualmente pueda corresponderle al acusado, y la mayor parte de los procesos en los que se dicta la prisión preventiva terminan sin condena, pues entonces la mayor parte de esas prisiones preventivas no resultaron necesarias. La legitimidad de la prisión preventiva debe ser seriamente puesta en tela de juicio si sistemáticamente se demuestra *ex post* su falta de necesidad en el caso concreto. Por otro lado, la situación descrita puede generar que el Estado provincial incurra en responsabilidad internacional y además, que se generen las correspondientes responsabilidades civiles no sólo del Estado sino también de sus operadores judiciales.

Este uso instrumental de la prisión preventiva resulta inadmisibles. El recurso permanente e innecesario a esta medida de coerción personal no es un buen indicador de la sensibilidad democrática de un sistema de justicia penal. En efecto, el encarcelamiento provisional no puede constituirse en el medio con el que se pretende garantizar que ciudadanos que todavía gozan del estado constitucional de inocencia se resocialicen o no cometan delitos en el futuro. La prisión provisional no tiene la función preventivo-especial de educar al procesado o de evitar el riesgo de reiteración delictiva. Si así fuera, el procesado, en lugar de ser respetado como persona libre, autónoma y responsable, sería tratado como un medio para el logro de finalidades preventivas que son ajenas a la función de la prisión preventiva. Como señala ROXIN «*contra un motivo de detención semejante [el peligro de reiteración] existen varias objeciones: representa un cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención, porque no se trata de un caso de aseguramiento del proceso, sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad [...] Además, es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho porque aquí se impone una privación de libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera*» (ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, § 30, B, II, b). En el mismo sentido, la situación descrita tampoco puede ser avalada si su finalidad obedece a que la prisión preventiva sea utilizada como un medio para preservar el orden público que la libertad del imputado durante el proceso podría poner en peligro. En efecto, el encarcelamiento preventivo no tiene por función restaurar la paz social que la gravedad del hecho acaecido ha comprometido, ni tampoco evitar una reacción popular ante la eventual liberación del acusado. Esta función de prevención general, que es discutible como función de la pena, nunca puede admitirse como la finalidad que le otorgue legitimidad a la prisión preventiva.

También la actual jurisprudencia interamericana de DD.HH. sostiene que el encarcelamiento preventivo no puede fundarse en el fin de evitación de futuros delitos o en la restauración de la paz social. La CIDH ha señalado recientemente

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

que *«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 [pro homine] sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva»* (CIDH, Informe N° 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, de 6 de agosto de 2009; § 84; en similar sentido ver CIDH, Informe No. 77/02, Caso 11.506, Fondo, Waldermar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos, Paraguay, 27 de diciembre de 2000, § 66; y CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, citado; § 144). En efecto, según este informe de la CIDH, los mencionados criterios de prevención general y especial están 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»* (CIDH, Informe de fondo N° 86/09, § 84).

Así, la CIDH termina por elaborar una jurisprudencia superadora respecto de pronunciamientos previos, tanto de la misma CIDH, como de otros organismos nacionales e internacionales, que en algún momento admitieron como indicadores para establecer la necesidad de encarcelamiento previo, la posible comisión de delitos durante el desarrollo del proceso o la alteración del orden social producido por el hecho (ver, por ejemplo, CIDH, Informe 12/96 y 2/97, Casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.24811.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, y 11.504 Argentina, del 11 de marzo de 1997. TEDH, Matznetter v. Austria, 10 de noviembre de 1969, Clooth v. Bélgica, del 12 de diciembre de 1991; Olstowski v. Polonia del 15 de febrero de 2002; Guzzardi c. Italia del 6 de noviembre de 1990; Letellier v. Francia, 26 de junio de 1991; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, fallo del 24 de noviembre de 2005, “Chabán, Omar

Emir”, LL-2005-F-552, voto del Dr. Eduardo Riggi; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, fallo del 17 de diciembre de 2008, “Scheller, Raúl Enrique y otros”, LL-2009-A-567 y “Acosta, Jorge Eduardo y otros”, LL-2009-A-528, en ambas ocasiones del voto del Dr. Mitchell).

Brevemente, tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia internacional de DD.HH. coinciden en afirmar que la prisión preventiva no puede fundarse en el peligro de reiteración delictiva (prevención especial negativa) y en la restauración de la paz social que la libertad del imputado podría poner riesgo (prevención general positiva).

Ahora bien, si en ningún caso puede admitirse que el imputado sea utilizado, mediante la prisión provisional, como un instrumento para el logro de fines de prevención especial o de prevención general, es inadmisibles que en la provincia de Mendoza, aproximadamente el 60 % de los procesos en los que el imputado se encuentra privado de libertad terminen sin condena. Esta situación constituye un indicio de que la prisión provisional es utilizada, en contra de lo que aquí se viene sosteniendo, como una forma de «*detención por seguridad*» o, lo que es lo mismo, una privación de libertad cuya finalidad no explicitada es la «*inocuidación del acusado*», cuando todavía no se ha probado su intervención en el hecho que se le imputa y, mucho menos, los delitos que estaría dispuesto a cometer y que se pretenden evitar mediante la prisión preventiva.

3.3.- La teoría del «riesgo procesal»: problemas prácticos en su aplicación

Como se adelantó (*supra* 3.1) otro de los problemas que se plantea en materia de prisión preventiva está vinculado al modo en que la jurisprudencia utiliza la denominada teoría del «riesgo procesal». La doctrina dominante, seguida por la jurisprudencia, sostiene una fundamentación «procesalista» de la prisión preventiva, lo que significa que las razones que legitiman su imposición deben ser halladas al margen de los fines del Derecho penal. Según esta doctrina, los

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

critérios «sustancialistas» son ajenos al fundamento de la prisión preventiva, pues de lo contrario se transformaría a esta última en una «pena anticipada», lo que, a su vez, supondría una afectación del principio de inocencia (sobre ello, DÍAZ CANTÓN, Fernando, «La relación entre la prueba y la coerción personal», Revista de Derecho Procesal Penal, Santa Fe, 2006, N° 1, p. 91). Por este motivo, según el modelo imperante, la única razón que legitima que el imputado sea privado de su libertad durante el proceso, es la existencia del denominado riesgo procesal, esto es, el peligro de fuga del imputado o el peligro de que el imputado en libertad obstaculice de cualquier modo la investigación del hecho. Dicho de otro modo, por riesgo procesal debe entenderse la desconfianza del Estado en que el imputado pondrá en peligro *«la realización del procedimiento o la consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional -definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal»* (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2015, Tomo III, § 18, B. 5).

Por lo demás, queda claro que de no neutralizarse aquellos riesgos de frustración del proceso, existe el peligro no sólo de que no se cumplan los fines del proceso, sino también que la pena misma no pueda cumplir su función, en razón de que tanto la fuga del imputado como la destrucción de prueba impedirían la ejecución de la misma. Para evitar esta consecuencia se recurre a la prisión provisional (sobre ello, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, «Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: hacia una visión integrada» en *La reforma del proceso penal peruano, Anuario de Derecho penal 2004*, Lima, 2004). De este modo, puede afirmarse que la prisión preventiva tiene por función el aseguramiento de tres objetivos: a) asegurar la presencia del imputado en el proceso penal; b) garantizar la investigación de los hechos; c) asegurar la ejecución de la pena (ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, § 30, A). Sólo el aseguramiento de estos fines legitima el sacrificio de la regla según la cual el imputado debe permanecer en libertad durante el proceso.

Ahora, si bien en contra de esta concepción se pueden formular importantes objeciones teóricas que exceden el objeto de este resolutivo, lo cierto es que lo más cuestionable es su utilización práctica por parte de la jurisprudencia. Y ello por diversas razones. *Por un lado*, la decisión sobre la existencia del peligro procesal no está rodeada de todas las garantías que el máximo cuestionamiento a la libertad del imputado durante el proceso exige. En efecto, el juez de garantías o de instrucción rara vez cuenta con elementos probatorios ciertos que le permitan acreditar el riesgo procesal, pues no se trata de la prueba de un suceso que pertenece al pasado, sino de un desenlace futuro, a saber, que el imputado eludirá la acción de la justicia o pondrá obstáculos a la averiguación de la verdad. Es decir, el riesgo procesal se determina sobre la base de un pronóstico *ex ante* en el que la prueba del hecho, que constituye el objeto del proceso penal, aparece sólo como un indicio que debe tenerse en cuenta para alcanzar aquel pronóstico. Dicho con otras palabras, la prisión preventiva no se fundamenta tanto en lo que el imputado habría cometido, sino en lo que el imputado estaría por cometer: la obstaculización de la investigación.

Sin embargo, si la prisión preventiva se fundamenta en un pronóstico, debería ser evidente que es necesario dotar dicha prognosis de determinadas garantías. Así, por ejemplo, tanto la petición fiscal de prisión preventiva como la resolución que la ordena tienen que indicar los elementos de prueba que acreditan no sólo la existencia del hecho que se le atribuye al imputado, sino también aquellos que demuestran el peligro procesal. En efecto, el imputado debe conocer qué indicios ha tenido en cuenta el fiscal para acusarlo de que eludirá la investigación o la pondrá en peligro. Se trata de garantizarle al acusado el derecho de defensa no sólo respecto del hecho que se le imputa sino del peligro procesal que se le atribuye haber generado. En el mismo sentido, el fiscal debe acreditar por cuánto tiempo considera que existirá el peligro de fuga o qué pruebas considera que deben ser aseguradas, pues de lo contrario, el riesgo procesal se afirma de una vez y hasta el final del proceso sin que la prisión preventiva quede sujeta a revisión o controles periódicos.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por otro lado, a estos déficits que presenta el «juicio» sobre el peligro procesal, deben sumársele los vicios ya señalados de la práctica jurisprudencial que deriva el riesgo para los fines del proceso simplemente de la amenaza de pena que pesa sobre el imputado. En efecto, constituye una práctica usual que el riesgo procesal se infiera del pronóstico de la eventual condena que pueda imponérsele al acusado. Concretamente, si dicha condena será o no de cumplimiento efectivo, sea porque la escala penal aplicable impide augurar una condenación condicional, sea porque la posible declaración de reincidencia impedirá la suspensión de la ejecución de la pena. Pues bien, ante el pronóstico de una condena de cumplimiento efectivo la jurisprudencia deriva sin más que el imputado eludirá la acción de la justicia y no se presentará a cumplir la pena que eventualmente puede serle impuesta. Dicho a modo de resumen, en los hechos, la jurisprudencia incurre en los vicios de la no tan antigua práctica legislativa consistente en declarar no excarcelables determinados delitos en particular. Sólo que en lugar hacerlo con algunos delitos en concreto, lo hace transformando en in-excarcelables una clase de delitos, a saber, todos aquellos de los que no pueda pronosticarse la aplicación de una condena de ejecución condicional. Pues bien, por las mismas razones que aquella práctica legislativa fue declarada inconstitucional en su época, también lo es esta práctica jurisprudencial que al convertir la prisión preventiva en una pena anticipada, vulnera de manera flagrante la garantía de inocencia del acusado.

3.4.- Los presupuestos de la prisión preventiva

Si la función de la prisión preventiva es garantizar, de manera subsidiaria, los fines del proceso penal, la jurisprudencia no puede transformar en regla la aplicación excepcional de esta medida de coerción, derivando el riesgo procesal de la sola circunstancia de que la eventual condena que pueda imponérsele al acusado no revestirá la forma de ejecución condicional. Este modo de proceder constituye un verdadero fraude de etiquetas, pues se sale a la «caza» de un peligro procesal que de ningún modo queda acreditado por el solo hecho de que la condena a imponer deberá ser efectivamente cumplida. De este modo, se utiliza a

la teoría del riesgo procesal no para asegurar los fines del proceso sino para asegurar en prisión preventiva el cumplimiento efectivo de una condena que no podrá revestir la modalidad del art. 26 del Código penal. En este sentido, se ha dicho que *«la sola sospecha de que el imputado, por el monto de la pena que se espera en caso de recaer condena, intentará eludir la acción de la administración de justicia penal no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo [...] ¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas, sino, peor, sin admitirse prueba en contrario, el peligro de fuga? ¿Esta presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?»* (PASTOR, Daniel, «El encarcelamiento preventivo», en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, MAIER (comp.), Buenos Aires, 1993, pp. 50-55). Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, la afirmación según la cual la práctica jurisprudencial ha convertido a la prisión preventiva en un adelanto de condena es apenas refutable.

En realidad, en tanto la prisión preventiva cuestiona las bases del Estado de Derecho, sus requisitos de procedencia deben ser interpretados restrictivamente. En efecto, en la medida en que el encierro preventivo constituye en sí mismo una contradicción, pues supone que al imputado se lo trata como a un condenado sin juicio previo y sin que se respete su derecho a ser tratado como inocente, su admisibilidad debe quedar reservada a casos excepcionales y no, como lo hace la extendida jurisprudencia que se viene analizando, que ha convertido ese encierro en una regla general que pone en tela de juicio derechos fundamentales.

Por lo demás, ¿cuáles son esos supuestos excepcionales a los que debe quedar reducida la prisión preventiva? ¿Qué significa que sus requisitos formales y materiales deban ser interpretados restrictivamente? Si el encierro sin juicio supone una restricción a uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, a saber, el derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad, su legitimidad ante el orden

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

social que el sistema penal procura preservar sólo puede admitirse en casos de especial gravedad. De este modo, una sociedad democrática sólo puede tolerar la *institución* «prisión preventiva», entre otros requisitos, cuando el hecho que se le atribuye al acusado es de tal gravedad que supone el cuestionamiento de normas que pertenecen al núcleo duro de la identidad normativa de dicha sociedad. En efecto, la importancia del peso social de la norma defraudada constituye uno de los presupuestos fundamentales para la procedencia de la prisión preventiva. Así, cuando el art. 293 inc. 1º del C.P.P. –ley 6.730- establece que debe disponerse la prisión preventiva en los casos en los que *prima facie* no aparezca procedente la condena de ejecución condicional, no hace más que referir a la especial gravedad del hecho. Sin embargo, no basta el pronóstico de una eventual condena de cumplimiento efectivo para justificar ante la sociedad la prisión preventiva del acusado. Dicho con un ejemplo: un reincidente puede estar acusado de un robo simple o un hurto, de tal modo que la pena que lo amenaza será de cumplimiento efectivo. Sin embargo, salvo que en un contradictorio, en el que se garantice plenamente el derecho de defensa, se acrediten indicios vehementes de que el imputado eludirá la acción de la justicia, no cabe su encierro preventivo, pues la gravedad del hecho no justifica en sí mismo la afectación de su derecho a permanecer en libertad durante el proceso. En definitiva, la regla es que sólo los hechos particularmente graves pueden justificar el dictado de la prisión preventiva. Si el hecho no presenta esa excepcional y particular gravedad, una sociedad democrática no puede legitimar el encarcelamiento del imputado durante el proceso. Claro que, en relación a la gravedad del hecho es posible distinguir grados según que el hecho sea sumamente grave, de gravedad intermedia o de escasa gravedad (sobre ello *infra* 3.5).

Ahora, la gravedad del hecho, en el mejor de los casos, sólo puede justificar la prisión preventiva como institución del orden social en el que la misma tiene lugar, pero no ante el procesado que debe soportar la privación de su libertad sin juicio previo. Dicho de otro modo, la gravedad del hecho no legitima el encierro preventivo ante al acusado que está obligado a tolerarlo. Si así fuera, la

prisión preventiva podría ser utilizada para garantizar la paz social que la comisión del hecho delictivo puede haber perturbado. Sin embargo, una instrumentalización tal del encarcelamiento provisional resultaría inadmisibles, pues supondría admitir que el acusado podría ser utilizado como un medio para el logro de fines preventivos que, incluso en el ámbito de la discusión sobre la legitimidad del castigo estatal, son cuestionables. Dicho brevemente, la gravedad del hecho puede constituirse en un presupuesto de la prisión preventiva, esto es, no cabe la privación cautelar de la libertad del procesado si el hecho no es grave. Sin embargo, ello de ningún modo supone aceptar que la legitimidad de encierro provisional puede limitarse a este requisito. Por el contrario, resulta necesario encontrar buenas razones que justifiquen la prisión preventiva no sólo ante la sociedad sino ante el propio acusado obligado a soportarla.

Así, la justificación del acto de encarcelamiento durante el proceso resulta necesaria para que esta intromisión tan severa en los derechos fundamentales del acusado le pueda parecer legítima no sólo frente a la sociedad sino también en relación a aquél que debe sufrir el encierro. En efecto, como señala FREUND, *«de lo que se trata, más bien, es de aportar datos que hagan posible que al afectado pueda parecerle legítima su detención»* (FREUND, Georg, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal» en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, trad. Benlloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués i Vallès/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutiérrez/Silva Sánchez, Madrid-Barcelona, 2004, p. 123). Pues bien, una de las razones fundamentales que legitiman la imposición de la más grave medida de coerción es que se hayan reunido en contra del acusado elementos probatorios que permitan afirmar, con un *muy elevado grado de probabilidad*, que es autor o partícipe del hecho grave que se le atribuye. En este sentido, como señala HASSEMER *«en la sospecha del hecho se encuentra la legitimación para la pérdida de libertad del imputado (que debe ser considerado inocente), porque la sospecha del hecho es fundamento y motivo del procedimiento penal, y con esto, el elemento que hace nacer la posibilidad de*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

medidas de coerción procesal penal, entre ellas, también la prisión preventiva» (HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Ziffer, Patricia, 2ª ed. Buenos Aires, 1998, p. 117). Así, constituye un presupuesto de legitimidad de la prisión preventiva que el imputado encarcelado provisoriamente muy probablemente vaya a ser condenado en el juicio.

Por esta razón, la expresión del art. 293 del C.P.P. –ley 6.730–, que exige como presupuesto para el dictado de la prisión preventiva que existan *«elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado»*, no debe ser entendida, como lo hacía la antigua doctrina procesal, como un *«mero juicio de probabilidad afirmativa»*. Por el contrario, dicha afirmación del legislador debe ser interpretada, tal como lo hace ROXIN, en el sentido de que se tenga una *«sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible; esto es, debe existir un alto grado de probabilidad del que el imputado ha cometido el hecho»* (ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, § 30, B, II). En el mismo sentido, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que no basta para el dictado de la prisión preventiva con la constatación de *«meras sospechas o indicios de criminalidad, sino la necesidad de que consten en lo instruido elementos indiciarios que, por su número e importancia, permitan afirmar con un escaso margen de error que, en el caso de hacerse valer en el acto del juicio por la acusación, permitirán considerar probada la culpabilidad del imputado»* (RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *«Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: hacia una visión integrada»*, p. 159). Como puede advertirse, para estos autores el estado intelectual del juez en el momento del dictado de la prisión preventiva no es de la mera probabilidad de que el hecho existió y que el imputado es su autor responsable, sino la presencia de indicios vehementes de su culpabilidad.

En definitiva, por más grave que resulte el hecho, la prisión preventiva no puede justificarse frente el acusado si no se han reunido en su contra elementos probatorios que permitan llegar a la conclusión de que existe una muy alta

probabilidad de que el mismo resultará condenado en el juicio. Esta interpretación tiene la ventaja de que la prisión preventiva gana en legitimidad frente al imputado, pues constituye un presupuesto objetivo de su procedencia la demostración, al menos provisoria, de su culpabilidad material.

Ello tiene al menos dos consecuencias importantes. *Por un lado*, al elevarse el estándar probatorio para el dictado de la prisión preventiva se garantiza en mayor medida el principio de inocencia. En efecto, al requerirse indicios vehementes de la posible responsabilidad del imputado se acepta no ya que este último deba ser considerado «un poco culpable», como señala HASSEMER, sino que, al menos respecto de quien se cuenta con elementos de prueba tan contundentes antes del juicio «*se halla, desde el punto de vista del derecho penal, en una posición totalmente diferente que un tercero no sospechado*» (HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Ziffer, Patricia, 2ª ed. Buenos Aires, 1998, p. 117). *Por otro lado*, esta interpretación restrictiva de los presupuestos de la prisión preventiva permite reducir el riesgo de absolución en el juicio, pues al elevar el estándar probatorio para su procedencia, disminuyen las posibilidades de absolución del acusado. Dicho de otro modo, si bien es cierto que, en la medida en que toda orden de prisión preventiva requiere de un pronóstico de lo que va acontecer en el juicio, se asume un riesgo de error en la valoración de la prueba, que puede derivar en la absolución del acusado, no es menos cierto que dicho riesgo de error disminuye si se aumenta el estándar de exigencia en relación al estado intelectual que debe alcanzar el juez respecto a la prueba en el momento del dictado de la prisión provisional. Por el contrario, en la situación actual, la práctica judicial ha relajado las exigencias probatorias, lo que conduce a que resulte poco probable que el proceso culmine con el dictado una sentencia condenatoria. En efecto, como pudo verse en el informe de prisión preventiva ya analizado, el 47 % de las prisiones preventivas ordenadas terminaron en libertad, lo que en proyección arroja que aproximadamente el 60 % de los casos no terminarán en condenas. Pues bien, si la prisión preventiva, en la mayor parte de los casos, asegura procesos que finalmente no culminan con la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

condena del acusado, su utilización sino como *«pena anticipada»*, al menos *«medida de seguridad anticipada»*, resulta tan evidente como inaceptable.

Ahora bien, si el principio de inocencia es un principio constitucional en sentido fuerte, ni la gravedad del hecho ni los indicios vehementes de la probable culpabilidad del acusado pueden resultar suficientes para justificar ante el acusado el dictado de la prisión preventiva. En efecto, lleva razón HASSEMER cuando señala que no quedaría nada del principio de inocencia si aquel, respecto del cual se tiene la sola sospecha de que es el posible autor del hecho que se investiga, se lo considera *«quizá inocente»*, en tanto que quien es imputado sobre la base de una sólida base probatoria se lo trata como *«más bien culpable»*. Por esta razón, lo decisivo sigue siendo el juicio y la sentencia con autoridad de cosa juzgada, pues *«quien no defiende la presunción de inocencia aun en caso de sospecha vehemente del hecho en un forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria»* (HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Ziffer, Patricia, p. 118). En otras palabras, la imputación de un hecho grave sobre la base de elementos probatorios de los que se deriva que el acusado es muy probablemente su autor, no legitiman el dictado de la prisión preventiva si la misma no tiene la finalidad de garantizar la sujeción del imputado al proceso, la averiguación de la verdad sin obstaculizaciones y la ejecución de la pena que eventualmente pueda ser impuesta. Dicho brevemente: *sin peligro de frustración de los fines del proceso no hay prisión preventiva* por más grave que resulte el hecho y por más elementos de prueba que se hayan reunido en contra del acusado.

Por lo demás, esta doctrina se ha transformado en jurisprudencia dominante desde que la CFCP resolvió el plenario “Díaz Bessone”. En efecto, si bien se trata de un plenario del que resulta difícil extraer un denominador común, al menos puede decirse que sentó las bases de la jurisprudencia en el sentido de que no resulta suficiente un pronóstico de pena de cumplimiento efectivo para

ordenar el dictado de la prisión preventiva sin que en el caso concreto se haya demostrado *la peligrosidad procesal del acusado*. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia internacional de los DDHH. Así, por un lado, la Corte IDH, en el caso “Bayarri vs. Argentina”, señaló que *«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»* y, por otro lado, la CIDH, en el informe n° 86/09 del caso “Peirano Basso c/ Uruguay”, no sólo exige que la prisión preventiva sea ordenada únicamente en el caso que el imputado ponga en peligro los fines del proceso, sino que requiere, además, que el peligro procesal no pueda ser acreditado con meras alegaciones sino que debe fundarse en *elementos objetivos de prueba reunidos en el caso concreto: «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»*. A su vez, en fecha 6 de mayo de 2014, la CSJN, en el fallo “Loyo Fraire, Javier Eduardo”, adhirió expresamente a estos estándares internacionales fijados tanto por la Corte IDH como por la CIDH.

Lo expuesto obliga a distinguir entre el peligro procesal considerado en *abstracto* del peligro *concreto* de frustración de los fines del proceso. En el plano *abstracto*, tanto las legislaciones procesales modernas como la doctrina y la jurisprudencia han elaborado catálogos de supuestos en los que resultaría posible inferir que el imputado eludirá la acción de la justicia u obstaculizará la investigación. Así, por una parte, el peligro de fuga suele derivarse del arraigo que el imputado tenga en la provincia o en el país, lo que viene determinado por su domicilio o residencia habitual, sea el suyo propio como el de su familia o el de sus negocios o trabajo; se tienen en cuenta también las facilidades para abandonar el país o para permanecer oculto; la amenaza de la eventual pena que puede corresponderle al imputado; la importancia del daño causado; el comportamiento del imputado durante el proceso, de manera que se tenga una medida respecto a su

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

predisposición de someterse a la persecución penal. Por otra parte, para pronosticar el riesgo de que el imputado entorpecerá la investigación se suele ofrecer como indicadores *«la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o inducirá a otros a realizar tales comportamientos»* (Sobre estos indicadores y la influencia en su elaboración del Proyecto de C.P.P.N. de Julio Maier de 1986, ver PASTOR, Daniel «Las funciones de la prisión preventiva», en PASTOR, Daniel, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del Derecho penal*, Buenos Aires, 2012, pp. 273 y ss.).

Las dificultades que presenta esta enunciación de criterios de peligrosidad procesal abstracta vienen dadas porque la práctica jurisprudencial se limita a su mención genérica, sin analizar cuidadosamente, en cada caso particular, cuáles los son indicios de los que se deriva la conclusión de que el imputado pondrá en peligro los fines del procesos. En efecto, si bien la afirmación de la posibilidad de que el imputado se fugue u obstaculice el procedimiento no es más que un pronóstico, ello no quiere decir que el mismo no deba inferirse de un juicio racional fundado en hechos realmente existentes. Es que lo incierto del peligro procesal es el pronóstico, en tanto efectivamente no se trata de un suceso acaecido sino del vaticinio de algo que eventualmente puede llegar a ocurrir, pero no los hechos en los que se fundamenta dicho pronóstico, los que deben existir realmente. En este sentido, la Cámara de Acusación de Córdoba ha señalado que *«esa prognosis, para ser racional, no puede estar fundada en meras conjeturas – esto es, en meros hechos o circunstancias que podrían llegar a suceder–, sino en hechos o circunstancias específicos ya efectivamente ocurridos o existentes. Pues una hipótesis de probabilidad inductivamente válida consiste en una conclusión que, obviamente, es sólo posible, pero que parte de datos ciertos»* (del voto del Dr. Gabriel Pérez Barberá, en los autos n° 162-2015 caratulados “Soria, Jorge Leandro p.s.a coacción calificada, etc.”). Dicho sintéticamente, lo decisivo no es el peligro procesal en *abstracto*, sino el peligro procesal *concreto* de que el

imputado eludirá u obstaculizará la investigación.

Pues bien, si ello es así, el peligro procesal *concreto* no puede derivarse, como lo hace la práctica judicial, de la mera circunstancia de que la eventual condena que pueda recaer sobre el acusado será de cumplimiento efectivo. En efecto, tal como lo ha señalado la Corte IDH, en el caso “Bayarri vs. Argentina”, la CIDH, en el informe n° 86/09 del caso “Peirano Basso c/ Uruguay” y la CSJN, en el fallo “Loyo Fraire, Javier Eduardo”, la amenaza de pena constituye sólo un indicio del que, por sí solo, no puede derivarse la existencia de un peligro concreto para la investigación sin otros indicios que, valorados de manera conjunta, permitan llegar a ese pronóstico en el caso concreto. Por ello, la valoración de la prueba de esos indicios también está sujeta a las reglas de la sana crítica racional, de modo que así como la prueba del hecho no puede derivarse de meras conjeturas o generalizaciones, tampoco el peligro procesal puede acreditarse ante tales vagas circunstancias. Dicho con otras palabras, así como el dictado de la prisión preventiva requiere de la alta probabilidad de que el imputado sea autor del hecho que se le atribuye, del mismo modo, constituye un presupuesto del encierro cautelar que se hayan reunido indicios vehementes que demuestren que, en el caso concreto, el imputado pondrá en peligro los fines del proceso.

Así, por ejemplo, el peligro de fuga, que en la práctica representa el motivo más invocado para justificar las detenciones preventivas, no puede inferirse de criterios abstractos sino de las circunstancias concretas de cada caso en particular. En efecto, teniendo en cuenta lo dificultosa que puede resultar la vida en la clandestinidad, especialmente si no se cuenta con los recursos económicos suficientes, parece poco aceptable que, de las 2000 personas que aproximadamente hoy se encuentran en prisión preventiva en la provincia, esté probada su disposición a fugarse para eludir la investigación. En efecto, como señala ROXIN, *«es notable que más del 80% de todas las órdenes de prisión invocan peligro de fuga, si bien -como muestran los casos del § 116- sólo pocos*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

imputados intentan fugarse» (ROXIN, *Derecho procesal penal*, § 30, A, III). Por esta razón, es necesario ser muy cuidadoso en la elaboración del pronóstico de fuga. No resulta posible que de *«la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada según el caso no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular»* (ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, § 30, A, II, p. 260). Los indicios de los que se deriva el pronóstico del peligro de fuga deben existir realmente, no resultando posible inferir el mismo de afirmaciones meramente dogmáticas que no han sido probadas en el trámite del proceso de conformidad con la sana crítica racional.

A idéntica conclusión debe llegarse respecto al riesgo de entorpecer la investigación. Debe tratarse de un peligro *concreto* y no de un mero peligro *abstracto*. Además, el hecho del que se infiere ese peligro concreto debe existir realmente: *«no debe ser meramente posible que surjan nuevos testigos cercanos al entorno del imputado: debe ya haberse constatado que efectivamente existen tales testigos. Pero a su vez, por un lado, del mero hecho de que existan tales nuevos testigos cercanos al entorno del imputado no se sigue automáticamente que es probable que éste los amedrente, sino que dicha probabilidad debe demostrarse con apoyo en otras inferencias que reflejen una valoración conjunta de los indicios realmente existentes»* (del citado voto de Pérez Barberá, en los autos n° 162-2015 caratulados “Soria, Jorge Leandro p.s.a coacción calificada, etc.” de la Cámara de Acusación de Córdoba). De ello se infiere que el pronóstico de obstaculización del proceso constituye un acontecimiento futuro e incierto, pero las circunstancias de las que se deriva su existencia deben estar probadas con certeza. En efecto, los hechos indiciarios deben estar probados de un modo irrefutable y tener la fuerza de convicción suficiente para poder derivar de ellos el peligro concreto de obstaculización de la investigación.

3.5.- Recapitulación y grupos de casos

En conclusión, la legitimidad de la imposición de la prisión preventiva, como acto particular ante la sociedad y frente al acusado obligado a tolerarla, sólo puede admitirse si el hecho que constituye el objeto procesal es particularmente grave, las pruebas reunidas en contra del imputado permiten alcanzar la muy alta probabilidad de su culpabilidad penal y se han reunido en la causa indicios vehementes que lleven a pronosticar que el procesado eludirá la acción de la justicia o entorpecerá la investigación.

Ahora bien, los tres presupuestos materiales de la prisión preventiva antes analizados, deben ser armoniosamente combinados, de tal modo que a mayor gravedad del hecho y mayor intensidad de los elementos de prueba reunidos en contra del acusado, menor necesidad de reunir indicios que prueben su peligrosidad procesal. Y a la inversa, a menor gravedad del hecho y de la prueba que lo acredite, mayor necesidad de acreditar indicios vehementes que demuestren que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o pondrá obstáculos a la investigación. Así, en una línea similar a la jurisprudencia de la Cámara de Acusación de Córdoba antes citada, de esta distribución de cargas entre los tres principios a los que se ha hecho referencia se pueden distinguir los siguientes grupos de casos:

a.- Es posible que al imputado se le atribuya un hecho de *suma gravedad*, respecto del cual se han obtenido elementos de prueba que le permiten al juez alcanzar la muy alta probabilidad de que el imputado es su autor. Pues bien, en tales supuestos, la peligrosidad procesal estará acreditada incluso si se han reunido en la causa indicios débiles o, como señala la jurisprudencia cordobesa citada, de «*escaso peso inductivo*» respecto al posible peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. Ahora, si no se ha reunido ni un solo indicio que permita demostrar el riesgo procesal, no es legítima la prisión preventiva en estos supuestos. Dicho con un ejemplo: si al acusado se le atribuye el delito de homicidio calificado por haber dado muerte a su hijo; se ha recibido la declaración de testigos presenciales que lo observaron en el momento en que habría llevado a cabo el hecho; se ha logrado,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

además, el secuestro del arma utilizada. Pues bien, ante la amenaza de una prisión perpetua casi segura, con muy escaso riesgo de absolución, basta con que se haya reunido cualquier otro indicio débil del cual derivar el peligro de fuga, pues el peso de los indicios ya obtenidos son suficientes para pronosticar el peligro procesal. En cambio, si por alguna razón se tiene la certeza de que el imputado no eludirá la acción de la justicia no cabe, incluso en estos casos, la prisión preventiva. En efecto, ante un riesgo procesal cero, por ejemplo, por la edad del imputado o por el padecimiento de una enfermedad grave que es impensable que sea tratada en la clandestinidad, no es legítimo ordenar el encierro cautelar, pues se cuenta con los primeros dos presupuestos para su dictado, la gravedad del hecho y la alta probabilidad de que el imputado es su autor, pero falta la peligrosidad procesal sin la cual no corresponde el dictado de la prisión preventiva.

b.- Otra posibilidad es que al imputado se le atribuya un hecho grave, pero de *gravedad intermedia* y se tenga la muy alta probabilidad de su responsabilidad penal. Pues bien, en tales supuestos, a la disminución de la amenaza de pena respecto a un hecho *sumamente grave* se debe aumentar, como contrapartida, las exigencias probatorias respecto al peligro procesal. En efecto, ya no será suficiente un indicio débil para demostrar la falta de sometimiento del imputado al proceso, sino que será necesario acreditar indicios de mayor peso inductivo que acrediten el riesgo de frustración de los fines del proceso. De nuevo con un ejemplo: si al imputado se le atribuye el delito de robo mediante la utilización de un arma apta para el disparo, y se tiene la muy alta probabilidad de su culpabilidad, será necesario, para el dictado de la prisión preventiva, que se hayan reunido en su contra indicios de peso que demuestren su falta de predisposición a someterse a sus obligaciones procesales. Dicho de otro modo, ante una de amenaza de pena seis años y ocho meses de prisión como mínimo, no puede admitirse el *encarcelamiento automático* en el que incurre la práctica judicial. Si bien en estos supuestos no se debe tener la certeza de la fuga, tampoco el riesgo procesal puede fundarse meros indicios débiles, como sí se admiten en los casos

analizados en el *punto a*.

c.- Un grupo de casos que debe ser analizado con mucho cuidado es el que viene caracterizado porque al imputado se le atribuya un hecho de *escasa gravedad* y, también, con la alta probabilidad de su culpabilidad penal. En tales supuestos debe ser examinado con especial detalle en cada caso concreto el riesgo procesal, pues se necesitarán elementos de prueba que tengan un alto peso indiciario, de modo que se tengan razones vehementes para demostrar que el imputado no se someterá a la investigación o la obstaculizará. La menor amenaza de pena justifica que aumenten de modo relevante las exigencias probatorias del riesgo procesal, algo que la jurisprudencia local no viene teniendo en cuenta. En estos casos nos enfrentamos a un pronóstico de pena de *escasa gravedad*, de modo que la amenaza de pena no constituye un indicio de peso respecto al peligro procesal. Por ello, en tales supuestos, «*serán necesarios indicios de peligro procesal concreto muy contundentes para poder fundar la imposición de prisión preventiva*» (voto del Dr. Gabriel Pérez Barberá, en los autos n° 162-2015 caratulados “Soria, Jorge Leandro p.s.a coacción calificada, etc.” de la Cámara de Acusación de Córdoba). En consecuencia, si se encuentra altamente probado que el imputado es el posible autor del delito de robo con arma impropia, con una amenaza de pena que parte de cinco años de prisión, será necesario reunir en el caso concreto indicios vehementes de riesgo procesal para ordenar su prisión preventiva. Si no logra acreditarse el peligro procesal con el grado de intensidad requerido, no es legítima la prisión preventiva en estos casos.

d.- Los grupos de casos anteriormente analizados pueden combinarse, a su vez, con supuestos en los que no se han reunidos indicios vehementes de la culpabilidad del acusado sino que sólo se ha alcanzado un *mero juicio de probabilidad afirmativa* -no de alta probabilidad- respecto de su autoría o participación en el hecho. De este modo, la responsabilidad del imputado por los hechos *sumamente graves*, los de *gravedad intermedia* y los de *escasa gravedad* que se le atribuyen puede estar *sólo probablemente* acreditada. Pues bien, en la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

medida en que más aumente el riesgo de absolución, mayores serán los recaudos que se debe tomar en cada caso respecto al peligro procesal concreto. Así, si por un hecho de *suma gravedad* en el que la responsabilidad del acusado se encuentra *sólo probablemente* acreditada, ya no bastará con reunir indicios débiles para demostrar, por ejemplo, el riesgo de fuga, sino que serán necesarios indicios de mayor peso inductivo para poder afirmar el peligro procesal en el caso concreto.

e.- Por lo demás, las exigencias probatorias del peligro procesal concreto aumentan en la medida en que disminuyen la gravedad de la imputación y la contundencia de las pruebas reunidas en contra del acusado. En este sentido, si al acusado se le considera *sólo probable* autor de un hecho de *gravedad intermedia*, será necesario reunir en su contra indicios muy contundentes de peligro procesal concreto, tal como se exige en el *punto c* para hechos de *escasa gravedad*, y no elementos probatorios de *contundencia media* como se exige en el *punto b*.

f.- Por último, si se requiere especial cuidado con la prisión preventiva en los hechos de *escasa gravedad* respecto de los cuales se tiene la alta probabilidad de que le imputado es su autor responsable, con mayor razón *deben aumentarse esos cuidados* si disminuye la fuerza probatoria de los indicios reunidos en la causa. Si sólo se tiene la *mera probabilidad* del que el imputado es autor de un hecho de escasa gravedad, las exigencias probatorias del riesgo procesal en el caso concreto deben aumentar en relación a las exigencias del *punto c*. En efecto, ya no serán suficientes indicios contundentes sino que deberá llegarse a un pronóstico de *probabilidad rayana a la certeza* de que el imputado eludirá la investigación o la pondrá en peligro.

Más allá de estas consideraciones, cabe que aclarar que siguen siendo posibles todavía otras combinaciones entre los distintos grupos de casos. Sin embargo, por debajo del estándar probatorio de la *probabilidad afirmativa* de la responsabilidad del acusado por el hecho no es posible justificar, en ningún caso, el dictado de la prisión preventiva. Ahora, el tránsito de la *alta probabilidad* a la *mera probabilidad afirmativa* debe ser compensado, como aquí se propone, con

mayores exigencias respecto a la gravedad del hecho y a los indicios que se requieren para acreditar el peligro procesal en el caso concreto.

En suma, por todas las razones expuestas considero que, en lo atinente al punto en tratamiento, corresponde disponer que los órganos jurisdiccionales que ordenen prisiones preventivas den cumplimiento a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH, los informes de las CIDH, la jurisprudencia de la CSJN y los lineamientos de la presente resolución.

3.6.- El término de la prisión preventiva

Otro aspecto que la práctica judicial ha descuidado de manera generalizada está vinculado con el término en el que debe ser dictada la prisión preventiva. Como se sabe, el art. 348 del C.P.P., según ley 6.730, establece que el *juez, a pedido de parte*, dispondrá la prisión preventiva del acusado en el término *de diez días a contar desde la imputación*. Pues bien, de la redacción de la norma citada queda claro, por un lado, que la prisión preventiva no puede ser dictada de oficio por el juez sino a petición fiscal y, por otro lado, que la resolución debe dictarse en el término de diez días contados a partir de la imputación fiscal. Dicho de otro modo, *los diez días constituyen el término en el que el juez debe dictar la resolución*, de manera que *el fiscal de instrucción debe requerir la prisión preventiva antes de su vencimiento*, pues de lo contrario el mismo se torna de imposible cumplimiento para el órgano jurisdiccional.

Esta interpretación no sólo está vinculada con el tenor literal del texto del art. 348 sino que, además, es la resultante del juego armonioso con el art. 307 del antiguo y todavía vigente código procesal según ley 1908 que establece que, el auto de procesamiento a través del cual se ordena la prisión preventiva, debe ser dictado a los seis días *a contar desde la detención* o, a falta de esta, desde la indagatoria. Es decir, si el juez de instrucción debe ordenar la prisión preventiva a los seis días de la detención del imputado, de ningún modo puede interpretarse que los diez días del art. 348 rigen para el fiscal y no para el juez de garantías que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

debe dictarla. Expresado de manera contundente, el dictado de la prisión preventiva no puede extenderse más allá de los diez días a contar desde la imputación. Cualquier otra interpretación no sólo resulta extensiva sino que, además, supone una interpretación analógica *in malam partem*, esto es, en contra de los intereses del imputado en relación a su libertad personal, algo que expresamente prohíbe el art. 2 del C.P.P. -ley 6.730-.

Sin embargo, en la práctica, el término diez días no es siquiera mínimamente respetado ni por los fiscales, que solicitan la prisión preventiva varios meses después de haber ordenado la detención del imputado, ni por los jueces de garantía, que reciben la petición después de vencido dicho término legal. La situación se agrava si se tiene en cuenta lo ya señalado en este resolutivo respecto a las detenciones ordenadas por el fiscal que no quedan sujetas a ningún control jurisdiccional. En efecto, la prisión preventiva se ordena no al inicio de la investigación, como pretende el legislador, sino al final de la misma, con el imputado muchas veces detenido por la sola orden fiscal, de modo que la prisión preventiva no sólo llega tarde sino que, paradójicamente, se vuelve el medio a través del cual se controla jurisdiccionalmente una detención fiscal que fue ordenada meses o, incluso, en algunos casos, más de un año atrás.

Esta situación inaceptable que supone, en definitiva, la instauración de una teoría del no-plazo de la prisión preventiva, se pretende sostener sobre la base de argumentos tanto formales como materiales. Por un lado, desde un punto de vista formal, se dice que el término de diez días es *ordenatorio*, en razón de que su vencimiento no tiene como consecuencia la imposibilidad de dictar la resolución. Según se afirma, si el término de diez días es ordenatorio, la prisión preventiva puede ser ordenada aun después de vencido dicho término. Por otro lado, se argumenta que resulta «materialmente imposible» cumplir con el término del art. 348. En efecto, el Sr. Procurador General, en nota elevada al Sr. Presidente de esta Suprema Corte, en el Expte. N° 1710 de la Sala Administrativa (EV N° 63.176), caratulados “Audiencias orales. Prisión preventiva”, al referir al proyecto de

implementación de la oralidad en la tramitación medidas de coerción, que establece que el término del 348 del C.P.P. debe ser cumplido de manera irrestricta, subraya el carácter ordenatorio del plazo y agrega que *«se hace notar que en tan escaso tiempo y con un procedimiento en el cual rigen plazos y términos para cumplir con determinados actos procesales, medidas de prueba de mayor o menor complejidad y notificación a las partes (sin contar con la existencia de posibles incidencias) el cumplimiento estricto es de imposible cumplimiento»*.

Aun así, estos argumentos no pueden convencer. En cuanto a lo formal hay que decir que una interpretación del término del 348 del C.P.P. –ley 6.730- acorde con la garantía constitucional del imputado a ser juzgado en un plazo razonable de ningún modo puede concluir que se trata de un plazo *ordenatorio*. En efecto, si el art. 195 del C.P.P. establece que es *fatal* el término de tres meses de la instrucción previsto en el art. 349 del C.P.P., al menos cuando el imputado estuviere privado de su libertad ¿cómo puede considerarse como meramente ordenatorio el término de diez días para dictar la más grave injerencia estatal en los derechos de un ciudadano que incluso puede encontrarse detenido por una orden fiscal sin el debido control jurisdiccional? Pues bien, una interpretación restrictiva del término de la prisión preventiva obliga a considerarlo como un término *fatal*, aplicando analógicamente, *in bonam partem*, lo dispuesto por el art. 195 del C.P.P. con las consecuencias prevista por el art 196: *«El vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto para el que está determinado, importará automáticamente el cese de la intervención en la causa del Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público al que dicho plazo le hubiera sido acordado. La Suprema Corte de Justicia o el Procurador General, según sea el caso, dispondrán el modo en que se producirá el reemplazo de aquéllos. Las disposiciones de este artículo sólo son aplicables al Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público titular y no a quienes ejercieran competencia interinamente por subrogación en caso de vacancia o licencia. El Procurador General y los Fiscales deberán controlar, bajo su responsabilidad*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

personal, el cumplimiento de los términos fatales; a cuyo efecto el Procurador General podrá establecer los órganos de inspección que estime pertinentes».

En consecuencia, que se considere *fatal* el término del art. 348 del C.P.P. significa que éste no es ordenatorio sino *perentorio*, al menos *para el fiscal o juez de garantía que debe ordenar la prisión preventiva*, pues vencido dicho término, si bien la resolución podrá ser solicitada o dictada por otro fiscal u otro juez respectivamente, no podrá serlo por aquellos a quienes el plazo de diez días les ha sido acordado originalmente, pues la consecuencia del vencimiento de un término fatal es la separación del magistrado al que se le hubiera vencido el término. Por otra parte, esta interpretación del término del 348 del C.P.P. es la única que se adecua a lo dispuesto por el art. 2 del C.P.P. –en el caso de la ley 6.730 y el art. 3, según ley 1.908- que obliga a una interpretación restrictiva de las normas que coartan la libertad personal. Por el contrario, pretender que el término de la prisión preventiva sea ordenatorio es poner a disposición de los sujetos procesales, sin consecuencia jurídica alguna, el cumplimiento del término más importante de la investigación penal preparatoria. Si la prisión preventiva pone en tela de juicio una garantía fundamental para el Estado de Derecho como lo es el principio de inocencia del acusado, sus términos no pueden regirse por la teoría del no-plazo que supone la consideración del término como meramente ordenatorio. A idéntica conclusión cabe llegar en relación al carácter del término previsto por el art. 307 del C.P.P., según ley 1908, de manera que *también* para el juez de instrucción el plazo de seis días para disponer la prisión preventiva -a contar desde la detención o, falta de ésta, desde la indagatoria- resulta *fatal*.

Asimismo, la observación según la cual el término del art. 348 del C.P.P. es materialmente de imposible cumplimiento tampoco se puede compartir. Ello surge de los mismos datos estadísticos suministrados por el MPF. En efecto, de dicho informe surge que en la primera circunscripción, entre enero y septiembre de 2015, se registraron 757 solicitudes de prisión preventiva. Si las solicitudes se dividen por el número de meses se concluye que se solicitaron 84 prisiones

preventivas por mes. Si, además, las 84 solicitudes se dividen por los 6 juzgados de garantías existentes –no se pierde de vista que no todos éstos órganos jurisdiccionales estuvieron durante el periodo reseñado de turno la misma cantidad de veces pero, a los fines de la proyección, esta situación no resulta relevante-, cada juzgado debe resolver unas 14 prisiones preventivas por mes, esto es, unas 3,5 por semana. Si a esto se agrega que por ley 8.680 dos de los actuales juzgados correccionales de la Primera Circunscripción Judicial deben convertirse en juzgados de garantías, la cifra arroja los siguientes resultados: cada juzgado de garantía deberá resolver 10,5 pedidos de prisión preventiva por mes, es decir, 2,63 solicitudes por semana. En el caso del MPF, si se tiene en cuenta que en la primera circunscripción existen 26 fiscales de instrucción, cada uno de estos debe requerir, por mes, alrededor 3,2 prisiones preventivas, esto es, 0,8 prisiones preventiva por semana. Ahora bien, ¿es de imposible cumplimiento el plazo de la prisión preventiva para jueces que deben resolver entre dos y cuatro prisiones preventivas semanales? ¿Están materialmente imposibilitados los fiscales de instrucción para requerir en término una prisión preventiva por semana?

Los datos estadísticos demuestran que la tarea de dar cumplimiento al término de la prisión preventiva es materialmente posible. Sólo se trata de rodear a los operadores judiciales de los instrumentos necesarios para que ello sea haga de manera efectiva. Sin dudas que la prueba piloto en oralidad constituirá una herramienta idónea para garantizar el derecho del imputado al dictado de una prisión preventiva en término. La transformación de los juzgados correccionales en juzgados de garantías también puede facilitar el cumplimiento de dicho objetivo. En todo caso, los problemas que se presentan son más bien problemas de gestión judicial que de capacidad material para hacer frente a las dificultades. Pues bien, si se trata de problemas de gestión judicial, la tarea que conjuntamente tenemos el deber de llevar a cabo entre la Suprema Corte y el Ministerio Público Fiscal resulta de vital importancia. Lo que no resulta posible es trasmutar el carácter del término de la prisión preventiva y resignarse frente a su sistemático incumplimiento. El término del art. 348 del C.P.P. -ley 6.730- es un término *fatal*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

más allá nuestra capacidad como operadores judiciales para hacer efectivo su cumplimiento.

3.7.- La duración de la prisión preventiva: necesidad de acusación y control periódico

Que la prisión preventiva constituya una «medida cautelar» impuesta para asegurar los fines del proceso, no implica que en algunos supuestos no pueda reconocérsela como un equivalente funcional a la pena. En efecto, como se sabe, una vez que el acusado es condenado, el tiempo sufrido en prisión preventiva debe ser tenido en cuenta en la determinación del cómputo de la pena privativa de libertad. Aún más: resulta habitual que la medida de la pena impuesta no supere el tiempo que el condenado lleva en prisión provisional de modo que, paradójicamente, en estos supuestos, la sentencia condenatoria aparece como el medio a través del cual el imputado obtiene su libertad. Por lo demás, el vínculo de la prisión preventiva con la pena impuesta viene dado también porque el tiempo de encierro cautelar debe ser computado a los efectos de la libertad condicional. Asimismo, el encarcelamiento preventivo puede ser cumplido, como la pena, en forma de prisión domiciliaria. Tampoco el *dolor penal* que genera la prisión preventiva es diverso al sufrimiento que genera una pena privativa de libertad: se cumple en los mismos establecimientos, con las mismas horas de encierro, y con los mismos riesgos para la integridad física y para la vida de los procesados. A tal punto se asemejan pena y prisión preventiva que, en contra de la resolución que ordena esta última cabe, del mismo modo que contra una sentencia condenatoria, la posibilidad de interposición de un recurso extraordinario. Dicho de otro modo, la prisión preventiva no es una pena, pero su reconocimiento como equivalente funcional a la misma aparece, por las razones antes apuntadas, como poco discutible.

Ahora, si a la prisión preventiva, en los casos antes mencionados, se la tiene como un equivalente funcional a la pena, se hace necesario rodear aquella decisión de todas las garantías que le preceden a esta última. En efecto, si el

encarcelamiento cautelar se ordena en contra de una persona que todavía conserva el estado constitucional de inocencia, la misma no puede imponerse con menos garantías que las que se requieren para la imposición de una pena. Dicho más claramente, del mismo modo que en un sistema procesal penal acusatorio rige el principio *nulla poena sin accusationem*, tampoco la prisión preventiva puede ser dispuesta sin previa acusación.

Ello tiene al menos tres consecuencias. En *primer lugar*, el encierro cautelar no puede ser ordenado de oficio en un sistema acusatorio, sino a pedido de parte, tal como lo señala la ley adjetiva en el art. 348 del C.P.P. según ley 6.730.

En *segundo lugar*, que en el caso concreto estén acreditados los presupuestos formales y materiales para el dictado de la prisión preventiva es una cuestión de exclusiva competencia del órgano acusador. En efecto, la carga de la prueba respecto a la gravedad del hecho y los elementos de convicción sobre la responsabilidad del imputado, así como la demostración del peligro procesal en el caso concreto deben quedar en las exclusivas manos del acusador.

En *tercer lugar*, del mismo modo que el pedido fiscal de pena debe especificar el monto de la misma, la solicitud de prisión preventiva debe contener el tiempo por el cual el acusador considera que será necesaria la detención provisional para garantizar los fines del proceso. En efecto, es tan inadmisibles una acusación por un pena de tiempo indeterminado, como inaceptable un requerimiento de prisión preventiva sin indicación del período tiempo por el que se la solicita. El plazo de dos años y sus respectivas prórrogas constituye el plazo máximo de prisión preventiva, pero de ello no se deriva que el requerimiento del encierro cautelar pueda realizarse válidamente sin indicación del plazo por el que se solicita. Por esta razón, el fiscal debe indicar en su solicitud por cuánto tiempo considera necesario el encarcelamiento provisional del acusado, señalando cuáles son los indicios que demuestran el peligro concreto de fuga o de entorpecimiento de la investigación. El juez de garantías, por su parte, podrá conceder un término

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

igual o menor al solicitado, pero en ningún caso puede otorgar la prisión preventiva por más tiempo que la requerida por el fiscal. Ahora, previo al vencimiento el término ordenado en la resolución, el fiscal podrá solicitar una prórroga del plazo de la prisión preventiva, siempre que justifique que subsiste su necesidad, en razón de que se mantienen los presupuestos formales y materiales que facultan su imposición. Dicho con un ejemplo: si el fiscal solicita la prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento probatorio, debe indicar claramente cuál es la prueba que necesita asegurar, cuál es el tiempo que demandará su producción y sobre esa base señalar cuál es el tiempo de prisión preventiva que resultará necesario para garantizar la producción de esa prueba. Pues bien, sólo podrá solicitar una prórroga de la prisión preventiva si agotado el tiempo de la misma subsiste el riesgo procesal. Ahora, si no se produjo la prueba por demoras imputables al propio fiscal, no estarán justificadas las razones para prolongar la detención del imputado más allá del plazo inicial fijado. Lo dicho resulta también extensible a las circunscripciones judiciales en donde rige la ley 1.908, de modo que el juez de instrucción, al disponer la prisión preventiva, deberá señalar el término de duración de la medida de coerción, con la adecuada justificación del mismo.

La exigencia según la cual no hay prisión preventiva sin acusación y su derivación en el sentido de que la solicitud de prisión preventiva debe contener la indicación fiscal de la duración de la misma, constituye una *garantía* para el control del encarcelamiento preventivo, en el intento evitar prisiones preventivas indeterminadas y no sujetas a revisión alguna. En efecto, la garantía del plazo razonable prevista por distintos instrumentos internacionales se extiende no sólo en relación a la duración del proceso en sí mismo sino, además, a las medidas de coerción dispuestas en relación al imputado. También el imputado tiene derecho a una prisión preventiva por tiempo razonable. La razonabilidad del plazo de la prisión preventiva no siempre viene dada por el plazo máximo de duración de la misma. Sin embargo, la práctica judicial ha convertido en regla tanto el agotamiento del término de duración de prisión preventiva, como la automaticidad

en la concesión de prórrogas, cuando no siempre se dan los motivos que la justifican.

Por esta razón es que la CIDH ha sostenido que corresponde a las autoridades judiciales nacionales asegurar que el período de encarcelamiento preventivo no exceda de un plazo razonable. De este modo, en razón de la garantía al estado de inocencia y al carácter excepcional de la prisión preventiva, surge el deber del Estado de revisar periódicamente la vigencia de las circunstancias que motivaron su aplicación inicial (CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Serv.L/V/II, Doc 46/13, 30 de diciembre de 2013).

El fundamento de esta valoración se caracteriza por el hecho de que, salvo evidencia en contrario, el riesgo procesal tiende a disminuir con el paso del tiempo. Por eso, el Estado para mantener a una persona en prisión preventiva debe ser más convincente y sustentar debida y adecuadamente la medida. De este modo, el órgano jurisdiccional no debe esperar a dictar una sentencia absolutoria o que venzan los plazos máximos de la medida de coerción para disponer su cese. Así, en cualquier momento en que se verifique que no están presentes las condiciones iniciales que justificaron la aplicación de la prisión preventiva *«deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe»* (Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párrs. 74 y 76; Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, § 108). Ello es así aun cuando el imputado no ejerza la facultad prevista por el art. 295, inc. 2 del C.P.P.

Así las cosas, resulta un deber de los jueces valorar de manera periódica si las causas y fines que justificaron inicialmente la privación de libertad todavía se mantienen vigentes, esto es, si la medida cautelar todavía resulta absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y la misma resulta proporcional, a fin de salvaguardar los derechos del procesado, en particular, una garantía sustantiva

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de su derecho de defensa (Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, § 110).

En consecuencia, es *deber* del órgano acusador expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que *persiste* el peligro de frustración de los fines del proceso en cuanto a la previsión de fuga o detallar las medidas probatorias pendientes de recaudar 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 (CIDH. Informe 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, § 104). Dicho de otro modo: si el Estado no demuestra que la detención preventiva de una persona sigue siendo razonable y necesaria para el cumplimiento de sus fines, no puede considerarse legítima aun cuando, en su momento, fuese dispuesta conforme a la ley. Esta es, por otra parte, la solución que dispone el nuevo C.P.P. de la Nación que en su art. 190 establece que «*la resolución que imponga una medida de coerción o cautelar deberá individualizar al imputado, enunciar los hechos que se le atribuyan, su calificación legal, expresar las circunstancias que dan fundamento a la medida y fijar el plazo por el cual se establece. Vencido el plazo, previa audiencia en la que oirá a las partes, el juez decidirá si corresponde o no su extensión*».

En síntesis, el requerimiento fiscal de prisión preventiva debe indicar el término por el cual se solicita la misma y la orden en ningún caso puede exceder lo establecido en dicha petición. Vencido dicho término la prisión preventiva sólo podrá prorrogarse a pedido del acusador, siempre que ofrezca razones que justifiquen que el encarcelamiento preventivo debe ser mantenido. Dicho brevemente, la prisión preventiva no sólo no puede ordenarse de oficio sino que también su mantenimiento requiere de una solicitud por parte de la acusación. En cualquier caso, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el período de la detención no debe exceder el límite de lo

razonable conforme el art. 7.5 de la C.A.D.H.

3.8.- Las medidas alternativas a la prisión preventiva efectiva

En tanto la libertad del imputado es la regla que debe regir durante toda la tramitación del proceso, el encarcelamiento cautelar aparece como la excepción a dicha regla cuando los fines del proceso no pueden ser preservados por otro medio menos lesivo. En efecto, el cuestionamiento al estado constitucional de inocencia mediante la arrogación de la libertad del imputado durante la sustanciación de la causa no puede resultar la primera alternativa sino, por el contrario, el último recurso para garantizar su sujeción al proceso. Se trata del principio de subsidiariedad o de *extrema ratio* del encierro provisional, según el cual, sólo puede legitimarse la prisión preventiva cuando no se cuenta, entre los medios disponibles para la neutralización del peligro procesal concreto, con otro medio menos lesivo respecto a los derechos de quien se encuentra sometido al poder punitivo del Estado.

Esta regla aparece consagrada en el art. 298 del C.P.P. –ley 6.730-, que señala «*siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención*». En otras palabras, si el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación puede ser evitado *razonablemente* a través de una medida menos gravosa para el imputado, la opción por esta medida alternativa, en forma individual o conjunta, constituye un imperativo para el fiscal y para el juez, pues la ley señala el *deber de imponer tales alternativas* (ver C.I.D.H., *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad*; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31 de diciembre de 2011; § 225).

Pues bien, el principio de subsidiariedad obliga a que la imposición de una medida de coerción personal, limitadora de derechos fundamentales durante el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

proceso, debe llevarse a cabo de manera progresiva, evaluándose en cada caso concreto cuál es la medida adecuada, proporcional y necesaria para contrarrestar el riesgo procesal. Por esta razón, resulta un deber de fiscales y jueces considerar, como instancia previa al encierro de la persona imputada, la procedencia de tales medidas alternativas. Así, la decisión sobre la privación de libertad en establecimientos carcelarios debe estar precedida necesariamente de una consideración de alternativas concretas y, fracasada esta instancia, sólo entonces el encierro cautelar puede quedar legitimado.

Esta solución que prevé la ley adjetiva en su art. 298, en función de lo dispuesto por el art. 280 del C.P.P., resulta coincidente con los compromisos internacionales asumidos en la materia. En efecto, la CIDH afirma que los Estados tienen el *deber* de hacer uso de medidas cautelares que no impliquen la privación de libertad de los acusados mientras dure el proceso penal; ello como correlato del carácter excepcional que impregna al instituto de la prisión preventiva (ver C.I.D.H., Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31 de diciembre de 2011; § 223). Sin embargo, la jurisprudencia, que en general recurre de manera automática a la prisión preventiva cuando la amenaza de pena es de cumplimiento efectivo, tampoco garantiza la aplicación del art. 298 que obliga a la imposición de medidas alternativas a la prisión cuando ellas resultaren viables.

Ahora bien, respecto a las alternativas al encierro preventivo, cabe advertir que las mismas deben ajustarse a las particularidades de cada caso en concreto. En este sentido, sin pretender realizar una enunciación taxativa respecto de cuáles serían tales alternativas, existen algunas herramientas -de carácter general- que podrían contribuir en el análisis particular, entre las que se encuentran: 1) la prohibición de acercarse o comunicarse con determinadas personas; 2) la prohibición de salir sin autorización judicial previa del ámbito territorial que se determine; 3) la prohibición de ingreso en un determinado radio territorial o de concurrir a determinadas reuniones o actividades, siempre que se tenga la cautela

de que ello no resultare en menoscabo de su derecho de defensa; 4) el sometimiento al seguimiento y control de una persona o instituciones públicas -evitando dar intervención a oficinas que trabajan para y con personas con responsabilidad penal declarada-; 5) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez; 6) la obligación de someterse a sistemas de control georeferenciados; 7) participación voluntaria en programas educativos -formales o informales- con asistencia periódica; 8) la prestación por sí o por un tercero de una caución -siempre que ella no se convierta en prohibitiva, conforme la situación socio económica de la persona imputada-; 9) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, con o sin vigilancia, siempre que las demás medidas antes enunciadas, que aparecen como menos lesivas, no sean *ex ante* idóneas para asegurar los fines del proceso.

De acuerdo con lo expuesto, la progresividad en la afectación de derechos de la persona imputada también debe regir en esta instancia, de modo que el recurso a la prisión domiciliaria sólo puede legitimarse si las demás medidas alternativas no garantizan la sujeción del imputado al proceso. Ahora, el C.P.P., según ley 6.730, no establece causales o supuestos básicos de procedencia de la detención domiciliaria. Sin embargo, el art. 48 de la ley 8.465, en consonancia con lo establecido por el art. 32 de la ley 24.660 -modificada por ley 26.472-, señala supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria que, por razones de humanidad, bien pueden aplicarse a los casos de prisión preventiva. Los supuestos concretos que contemplan ambos plexos normativos son los siguientes: «a) *La persona privada de su libertad enferma, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;* b) *La persona privada de su libertad que padezca una enfermedad incurable en período terminal;* c) *La persona discapacitada privada de su libertad cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;* d) *La persona privada de su libertad mayor de setenta (70) años;* e) *A la mujer embarazada;* f)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo». Pues bien, estas causales de acceso a la prisión domiciliaria para personas condenadas deben regir también para las personas preventivamente encarceladas.

Así lo ha resuelto, por ejemplo, en el caso "Sánchez Carranza", la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, donde suspendió la ejecución de la prisión preventiva que venía sufriendo la detenida -madre de siete hijos y de otro por nacer- y ordenó su arresto domiciliario. Si bien se aplicó analógicamente el art. 495 del C.P.P.N., el argumento de fondo se fundamenta en el hecho de que, en tanto el arresto domiciliario está previsto a favor de quien ya fue condenado, resulta incongruente pensar que está vedado para quien se encuentra sospechado de la comisión de un delito, quien todavía mantiene su estatus de inocente. Por todo esto, la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales debe prevalecer por sobre razones de cautela que puedan justificar un encarcelamiento meramente precautorio (C.N.Fed. Crim. y Correc., Sala I, fallo del 10 de enero de 2008, "Sánchez Carranza, Jessica Kelita s/arresto domiciliario"). En el mismo sentido, teniendo en cuenta la efectiva necesidad de protección de personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, algunas legislaciones modernas prohíben el uso de la prisión preventiva en tales supuestos. Así, el C.P.P. de la provincia de Neuquén considera improcedente la prisión preventiva efectiva en relación a personas mayores de setenta años, mujeres embarazadas que requieran atención especial, madres durante el primer año de lactancia de sus hijos o personas afectadas por una enfermedad grave y riesgosa, entre otras (art. 115, ley 2.784).

Por último, también merecen una especial consideración aquellos supuestos de criminalidad que requieren para su tratamiento particulares recaudos, como son los supuestos de violencia de género o de violencia intrafamiliar, en los que se recurre a la prisión preventiva sin la utilización previa de medidas alternativas. Sobre ello hay que decir que no constituye una práctica

constitucionalmente aceptable que una determinada clase de tipos penales sea transformada en sí mismo en delitos no excarcelables. Si bien es cierto que los operadores del sistema de justicia penal y de familia deben tomar especiales recaudos en la investigación de estos hechos, en los que las víctimas son personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como mujeres, niños y niñas., no es menos cierto que no es admisible que la práctica judicial haya transformado a la prisión preventiva en la primera opción para afrontar el conflicto. Así las cosas, *«no es constitucionalmente legítimo que determinado marco hermenéutico -incluso con normativa convencional de por medio- o un determinado contexto fáctico (como por ejemplo la violencia familiar, la violencia de género o el abuso sexual) terminen generando la consecuencia de que, en la práctica, determinados delitos se conviertan en “no excarcelables”, pues esa tampoco es una consecuencia tolerable ni por la Constitución ni por las convenciones internacionales que, con esa jerarquía, nos rigen. Cada planteo defensivo efectuado en estos contextos que persiga el legítimo fin del logro de la libertad durante el proceso debe, en consecuencia, ser valorado con sumo cuidado, tomándose en cuenta con rigor no sólo las características generales propias de esos contextos, sino también, y especialmente, cada una de las circunstancias concretas que puedan hablar tanto a favor como en contra del peligro procesal que esa libertad puede producir. Con otras palabras: en ningún contexto –tampoco en estos– es legítima una prisión preventiva fundada únicamente en criterios abstractos»* (del voto del Dr. Gabriel Pérez Barberá, autos N° 162-2015, caratulados “Soria, Jorge Leandro p.s.a coacción calificada, etc.”.). Así, pues, no es constitucionalmente aceptable sostener una *prisión preventiva privilegiada* para estos supuestos.

En este orden se puede apreciar que aparecen como procedentes distintas herramientas de intervención y protección para las víctimas mujeres, niños y niñas, tales como: 1) la intermediación judicial a fin de que el propio funcionario judicial que autoriza el recupero de libertad o su mantenimiento, explique al imputado los alcances de este recupero y las consecuencias del incumplimiento de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

las medidas de protección ordenadas en favor de la víctima; 2) la notificación al imputado mediante la modalidad de consentimiento informado de su obligación de cesar en los actos de perturbación o intimidación que realice hacia la víctima, familiares o personas allegadas de ésta; 3) la orden de realizar tratamiento psicológico y presentar certificado en el expediente; 4) la presentación de otro adulto cercano al imputado que pueda acompañarlo durante el proceso con el objeto de comprometerse a evitar, dentro de sus posibilidades, que el imputado se acerque a la víctima; 5) la instrumentación de medidas de protección para la víctima dentro del marco del programa de protección de testigos del Ministerio de Seguridad de la Provincia; 6) la reserva, en todo el expediente judicial, de datos personales de la víctima (domicilio, teléfono, etc.) que puedan suministrar datos al imputado para la ubicación de la persona; 7) la orden al Poder Ejecutivo Provincial para que provea de las medidas conducentes para la asistencia médica, psicológica, económica y de alojamiento, en caso de ser necesario, para la protección de la víctima y las personas menores de edad a su cargo, si las tuviere; 8) la disposición de medidas especiales de seguridad y custodia en el domicilio de la víctima; 9) el secuestro y decomiso de armas de fuego que posea el imputado; 10) la solicitud de constitución de un domicilio al imputado en un radio de distancia determinado del domicilio de la víctima; 11) el abandono inmediato del domicilio -para casos en que la víctima conviva con la persona imputada-; 12) el uso de la pulsera electrónica; entre otras.

En definitiva, en los casos de violencia de género o violencia intrafamiliar en relación de niños, niñas o adolescentes se debe preservar la seguridad de las víctimas al menor coste posible para el procesado, de modo que rigen en tales supuestos las reglas generales, en el sentido de que no es legítimo el recurso automático a la prisión preventiva sin la utilización previa de medidas alternativas que puedan cumplir con el fin de protección de las víctimas y, al mismo tiempo, garantizar los fines del proceso. Los fiscales y los jueces deben ser especialmente cuidadosos en estos supuestos, tanto en la protección de los derechos de las víctimas como en recurrir a la prisión preventiva sólo cuando resulten acreditados

sus presupuestos formales y materiales. Dicho de otro modo, tampoco en estos casos es constitucionalmente legítimo el recurso a la prisión preventiva como medida de seguridad anticipada.

En conclusión, el peligro concreto de frustración de los fines del proceso debe ser enfrentado en forma gradual o progresiva, de modo que, en *primer lugar*, debe recurrirse a las medidas alternativas a la prisión preventiva si ello resultare suficiente para garantizar la sujeción del imputado al proceso. En *segundo lugar*, si ello no resultare factible, es lícito recurrir al encarcelamiento cautelar en forma de *arresto domiciliario*, siempre y cuando se den los presupuestos generales de la prisión preventiva, a saber, gravedad del hecho, alta probabilidad de responsabilidad del imputado y riesgo procesal. Sólo en *tercer lugar*, cuando los medios menos lesivos antes enunciados no garanticen que el imputado no obstaculizará la investigación, es lícito recurrir a su efectivo encierro cautelar.

3.9.- La intervención efectiva de la defensa en la tramitación de todos los actos relacionados con la situación de libertad de los imputados

Lo señalado hasta aquí en relación a la intervención inmediata de un órgano jurisdiccional para el control de la detención; los criterios de procedencia y plazos para el dictado de la prisión preventiva; así como la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento cautelar, debe ser complementado con el aseguramiento del derecho de toda persona sometida a proceso a *una defensa efectiva* desde que resulta señalada como posible autora o partícipe del delito que se le atribuye hasta el final de la etapa de ejecución de la pena.

Este reconocimiento aparece consagrado en el ámbito constitucional y convencional, en la propia ley procesal penal y, particularmente, es destacado por las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad –a las que esta Suprema Corte de Justicia adhirió por Acordada N° 24.023-. En particular, el art. 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que «*durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley». Estas garantías deben ser aseguradas a lo largo de todo el proceso judicial, de modo que deben regir plenamente en el marco de la sustanciación de un incidente de medida de coerción personal -tal como el control de la detención o la prisión preventiva-; bajo pena de nulidad de las actuaciones (art. 198, inc. 3 de la Ley 6.730, art. 172, inc. 3 de la Ley 1.908).

En este sentido la CIDH tiene dicho que *«en las etapas procesales previas y conducentes a la eventual aplicación de la prisión preventiva es imprescindible que la defensa del acusado tenga acceso, con suficiente anticipación, a toda la documentación relevante sobre la cual se considere la aplicación de dicha medida»;* y agrega además que *«en cuanto a la calidad de la gestión de los defensores, es fundamental que en sus actuaciones se verifique una argumentación articulada relativa al cumplimiento de los principios y criterios que rigen la aplicación de la prisión preventiva en el caso concreto de la persona a la que representan. Por lo que, al igual que los jueces, no pueden limitarse a invocar mecánicamente normas o fórmulas legales preestablecidas. Sino que deben ser capaces de proveer información y argumentos específicos dirigidos a ofrecer al juez condiciones de confiabilidad para el mantenimiento de la libertad»* (CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Serv.L/V/II, Doc 46/13, 30 de diciembre de 2013, §195 y § 196).

En consecuencia, los jueces y fiscales deben llevar a cabo las medidas necesarias para garantizar, de manera *efectiva*, la intervención de la defensa en la

tramitación de las medidas de coerción, en particular de aquellas que más limitan su derecho a la libertad durante el proceso. En el mismo sentido, los operadores judiciales deben garantizar al defensor del imputado el acceso a la información, con el tiempo adecuado para que, sin implicar un menoscabo a los derechos de la persona detenida en materia de plazo razonable y control judicial, se asegure su eficaz ejercicio. Dicho de otro modo: la designación de un defensor oficial no puede convertirse en una mera formalidad procesal, pues ello equivaldría a contar sólo con una defensa formal pero no con una defensa material. Sobre la cuestión ha destacado la CSJN que se afecta el derecho de defensa respecto de conductas que importan una inactividad de la asistencia letrada o una intervención meramente formal (Fallos 311:2502; 319:1496; 321:1424; 327:5095; 329:1794; 330:1016; 330; 3526; 330:5052; 331:2520).

En suma, se debe garantizar no sólo la defensa formal sino también la defensa material durante el trámite de la prisión preventiva. Ello sólo es posible cuando se procura la intervención de la defensa mediante una vista previa y su contestación correspondiente. Claro que si la prisión preventiva se ventila en una audiencia oral en la que se garantice plenamente el contradictorio, tal como lo ha proyectado esta Suprema Corte, seguramente se contribuya en mayor medida al aseguramiento del derecho del imputado a una defensa efectiva.

3.10.- La necesaria elaboración de un registro judicial de personas privadas preventivamente de su libertad

En el abordaje de todas las problemáticas relacionadas con las personas privadas de su libertad de manera preventiva se observa la carencia de una información sólida, integral, pertinente y suficiente en cuanto a todo el proceso judicial por el que transita una persona judicialmente detenida. Sobre esta cuestión diversos organismos internacionales han formulado distintas recomendaciones a fin de que los Estados controlen los plazos de duración del encarcelamiento cautelar durante el proceso. Así, la CIDH considera la existencia de registros centralizados, técnicamente organizados y accesibles como un *componente básico*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de un sistema de justicia penal que funcione adecuadamente. Además, también destaca que resulta una *herramienta fundamental* para la garantía de derechos de las personas privadas de libertad pues «*en el caso de los detenidos en espera de juicio, la falta de registros exactos, incluidas las fechas de las audiencias, puede generar demoras considerables. De allí la importancia de mantener sistemas eficientes de registros de las órdenes de prisión preventiva y de la comunicación con los juzgados a cuya disposición se encuentran estas personas, de forma tal que se mantenga un adecuado control del cumplimiento de los plazos máximos de prisión preventiva*» (CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Serv.L/V/II, Doc 46/13, 30 de diciembre de 2013, § 207).

De este modo, la CIDH recomienda establecer indicadores útiles para fijar objetivos medibles relativos al *uso racional* de la prisión preventiva, debido a que la ausencia de aquéllos se traduce en la imposibilidad de realizar evaluaciones y adoptar decisiones sobre la base de parámetros objetivos. Así, considera el organismo interamericano que entre las prácticas innovadoras que pudieran implementar los Estados para racionalizar el uso de la prisión preventiva están las de crear programas especiales para monitorear su duración y mejorar los sistemas de programación de audiencias (CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Serv.L/V/II, Doc 46/13, 30 de diciembre de 2013, § 207).

Por esta razón, se considera necesario contar con un sistema centralizado de información que permita dar cuenta respecto de la utilización no sólo del encierro cautelar por parte del sistema de justicia penal, sino también de todo el tránsito judicial que realiza la persona mientras se encuentra procesada. A estos fines se considera oportuno la generación un registro que permita identificar como mínimo las siguientes variables: 1) datos personales del sujeto imputado, de la causa y el delito, 2) fecha y lugar de detención; 3) representante del Ministerio Público Fiscal, defensor y juez de garantías o de instrucción intervinientes; 4) controles jurisdiccionales formulados, audiencia de sustanciación de éstos y

resolución de los mismos; 5) requerimiento de prisión preventiva, audiencia de sustanciación y resolución; 6) impugnaciones a las medidas de coerción dispuestas; 7) solicitud de cese o sustitución de las medidas de coerción ordenadas durante el proceso; 8) disposición de medidas alternativas a la prisión preventiva; 9) requerimientos de prórroga de la investigación; 10) aplicación de criterios de oportunidad; 11) requerimiento de citación a juicio, oposición y elevación a juicio; 12) tramitación de medidas de resguardo y *habeas corpus*.

Pues bien, sobre la base de lo expuesto, corresponde ordenar en el presente resolutivo la creación de este registro de prisión preventiva, el que, entiendo, debe depender de la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, debiendo encomendarse a la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia en conjunto con la Dirección de Informática su elaboración y control.

4. La situación de la Justicia de Ejecución y las demoras en la tramitación de solicitudes de libertades anticipadas y medidas alternativas

Entre los principales factores que determinan la situación actual de las cárceles provinciales, los presentantes destacan las demoras que actualmente existen en la tramitación de solicitudes de libertades anticipadas y medidas alternativas por parte de personas privadas de libertad condenadas. Esta situación debe ser inmediatamente revisada. En efecto, en el marco de los monitoreos judiciales que se han llevado a cabo se recibe de manera constante información vinculada con las alegadas demoras en la tramitación de los pedidos de recupero de libertad anticipada -total o parcial- así como también los pedidos de pronunciamientos en materia de acceso a la prisión domiciliaria. A su vez, a través de los servicios de consulta y acceso a la justicia dispuestos por esta Suprema Corte de Justicia respecto de personas privadas de libertad, se advierten y constatan los mismos reclamos por parte de personas privadas de libertad condenadas o sus familiares. Sumado a ello, los jueces de ejecución provinciales han manifestado, en el marco de los dispositivos interinstitucionales de abordaje de la problemática carcelaria, su preocupación por la demora en la sustanciación

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de las intervenciones que, por ley, corresponden a oficinas del Poder administrador.

Así las cosas, resulta entonces que las demoras que pueden apreciarse en el trámite de acceso a instancias anticipadas de libertad -parcial o total- suponen un injustificado y desproporcionado perjuicio de la persona que se encuentra privada de su libertad. Al respecto, tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que *«el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales»* (*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Principio VI). A su vez, aquel principio debe ser complementado con aquel que dispone que *«las personas privadas de libertad tendrán el derecho de petición individual o colectiva, y a obtener respuesta ante las autoridades judiciales, administrativas y de otra índole. Este derecho podrá ser ejercido por terceras personas u organizaciones, de conformidad con la ley [...] Este derecho comprende, entre otros, el derecho de presentar peticiones, denuncias o quejas ante las autoridades competentes, y recibir una pronta respuesta dentro de un plazo razonable»* (Principio VII). De este modo, el control periódico judicial del cumplimiento de la pena debe realizarse en el marco del *plazo razonable* que impone el *debido proceso legal*. La inobservancia del mismo supone una vulneración a los derechos de la persona detenida y una falta de adecuación de la conducta estatal -representado en sus órganos administrativos y judiciales- a las exigencias del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Así, en *primer lugar*, resulta oportuno destacar que las mismas consideraciones sostenidas respecto al cómputo de los plazos en relación a personas detenidas para ser puesta su situación a disposición del órgano jurisdiccional pertinente, deben regir en la instancia de ejecución de la pena. De este modo, todos los plazos para la tramitación de cuestiones relacionadas con la libertad de personas condenadas deben ser considerados perentorios.

En *segundo lugar* cabe referir que, a partir de las conclusiones y compromisos asumidos con motivo de las mesas interinstitucionales realizadas para el abordaje de la problemática de los establecimientos penitenciarios, surgió la necesidad de que esta Suprema Corte de Justicia llevara adelante las medidas necesarias para la creación de Secretarías vespertinas en los Juzgados de Ejecución Penal 1 y 2 de Mendoza, del mismo modo que fue creada la Secretaría de Ejecución Penal con sede en San Rafael. Estas estructuras permitirán agilizar las solicitudes antes mencionadas, de modo que resulta oportuno encomendar a la Administración General de esta Suprema Corte de Justicia la tramitación de lo petitionado.

En *tercer lugar*, de los monitoreos judiciales que se han venido realizando durante el transcurso del corriente año en los diferentes establecimientos penitenciarios, se ha podido advertir que, en no pocos casos, personas encarceladas preventivamente, al no encontrarse definida su situación procesal a través de una sentencia condenatoria firme, no pueden acceder a instancias de libertad total o parcial anticipada o modalidades especiales del régimen de ejecución de la pena, como sí ocurriría en caso de ser condenadas. La situación es inadmisibles, pues contraría lo dispuesto en el art. 11 de la ley 24.660, que establece que dicha ley es aplicable también a los procesados siempre que «*no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad*». Además, si quien se encuentra preventivamente encarcelado, en virtud de lo dispuesto por el art. 295, inc. 3 del C.P.P., según ley 6.730, puede obtener el cese de la prisión preventiva por considerarse *prima facie*, que no se lo privará de su libertad, en caso de condena, por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del art. 13 del Código penal, con mayor razón debería poder acceder a otras instancias de libertad anticipada o modalidades especiales a las que cualquier condenado podría aun antes de la libertad condicional. Similar situación ocurre conforme lo dispuesto por el art. 317, inc. 5, según ley 1.908. Es por este motivo que estimo corresponde encomendar a la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia y a la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Oficina de Asuntos Carcelarios el relevamiento de la información necesaria para el tratamiento de estos supuestos y su posterior remisión a este Tribunal.

En *cuarto lugar*, resulta necesario el fortalecimiento de las instancias administrativas previas al trámite jurisdiccional de solicitudes de libertades anticipadas y medidas alternativas a fin de alcanzar una expedición rápida y oportuna. En este sentido entiendo que corresponde formalizar la Mesa de Diálogo entre el Poder Ejecutivo provincial y esta Suprema Corte de Justicia, debiendo integrarse la misma, además, con el Sr. Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, la Comisión Provincial contra la Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Servicio Penitenciario provincial; los señores jueces de ejecución penal, el señor presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza; el señor Fiscal Federal ante este último tribunal; la Procuración Penitenciaria de la Nación; la Comisión Cárceles de la Defensoría General de la Nación; el Procurador Penitenciario de la provincia de Mendoza; el delegado provincial de la Procuraduría Penitenciaria de la Nación. Sin perjuicio de ello, esta Mesa de Diálogo podrá convocar a las reuniones que ya se viene realizando, a otras personas o instituciones que considere de utilidad para el abordaje de la problemática que presenta el ámbito de ejecución penal en la provincia de Mendoza.

Así voto.

VI.- Sobre la misma cuestión los Dres. Alejandro Pérez Hualde, Julio R. Gómez y Jorge H. Nanclares adhieren al voto que antecede.

V.- Por todo lo expuesto, esta Suprema Corte de Justicia,

RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la acción de *habeas corpus* formulada en las presentes actuaciones.

2.- *Ordenar* a los órganos jurisdiccionales y representantes del Ministerio Público Fiscal la regularización de la situación de las personas con orden de detención fiscal sin control jurisdiccional.

3.- A fin de cumplimentar lo ordenado en el punto 2 del presente resolutivo los señores fiscales deberán:

3.1.- *Someter* a control jurisdiccional, en el plazo máximo de 24 horas, las detenciones que dispongan a partir del día de la fecha, de conformidad al punto III.2.3 de los considerandos.

3.2.- *Regularizar* en el plazo de 60 días la situación procesal de las personas detenidas sin orden del juez competente (punto III.2.3 de los considerandos).

4.- *Disponer* que, a fin de cumplimentar lo ordenado en el punto 2 del presente resolutivo, los jueces de garantía deberán realizar el control jurisdiccional de las detenciones ordenadas por los representantes del Ministerio Público Fiscal, resolviendo el requerimiento en el plazo de 24 hs., conforme al punto III.2.3 de los considerandos.

5.- *Disponer* que los tribunales, jueces de garantías y jueces de instrucción que ordenen prisiones preventivas, den cumplimiento a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH, los informes de la CIDH, la jurisprudencia de la CSJN -en particular el caso “Loyo Fraire”- y lo dispuesto en la presente resolución. Para ello deberán:

5.1.- *Tener* en cuenta los presupuestos formales y materiales de la prisión preventiva a los que se hace referencia en el presente resolutivo (punto III.3.4 de los considerandos).

5.2.- *Disponer* que la prisión preventiva debe ser ordenada en el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

término de 10 días contados a partir de la imputación o, en su caso, de 6 días desde la detención o a falta de ella desde la indagatoria, ello en función del carácter fatal de los términos de los arts. 348 del C.P.P. según ley 6.730 y 307 del C.P.P. según ley 1.908. Vencido este término sin que se hubiera resuelto el trámite de prisión preventiva de toda persona detenida, se impondrán las consecuencias del art. 196 del C.P.P. –ley 6.730-; todo ello de conformidad con lo dispuesto en el punto III.3.6 de los considerandos. En tal supuesto, los señores jueces deberán informar de la situación acontecida al Presidente de la Sala II de esta Suprema Corte de Justicia.

5.3.- *Indicar* en la resolución que ordena la prisión preventiva el tiempo de duración de la misma, estableciendo los controles periódicos a los que se hace referencia en el punto III.3.7 de los considerandos.

5.4.- *Aplicar* medidas alternativas a la prisión preventiva o, en su caso, la prisión preventiva en modalidad domiciliaria, conforme los principios de *subsidiariedad* y *progresividad*, de acuerdo a lo dispuesto en el punto III.3.8 de los considerandos.

6.- *Encomendar* a la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de esta Suprema Corte de Justicia, a la Administración General, a la Unidad de Transformación y Desarrollo Institucional y a la Secretaría Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia que, en el término de 60 días, realicen los actos necesarios para la implementación de la Acordada N° 26.120.

7.- *Convocar* al Sr. Procurador de esta Suprema Corte de Justicia, a los señores jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Provincia y a los jueces de garantías y de instrucción a fin de establecer las pautas inherentes a la implementación de la presente resolución.

8.- *Disponer* la creación de un Registro provincial de Prisión Preventiva y *Habeas Corpus* que deberá registrar toda la información relativa a la disposición

de prisiones preventivas en todo el ámbito de la provincia de Mendoza, especialmente en lo relativo a plazos del requerimiento fiscal, plazos de resolución, aplicación de modalidades alternativas y de la modalidad domiciliaria; así como las acciones de *habeas corpus* formuladas, su resultado y seguimiento.

9.- *Encomendar* a la Dirección de Informática y a la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia el desarrollo y puesta en funcionamiento, en el plazo de 60 días, de un sistema encargado del registro de las prisiones preventivas y *habeas corpus* señalado en el punto 8 del presente resolutivo, el que dependerá de la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia,

10.- *Disponer* que la Administración General, la Unidad de Transformación y Desarrollo Institucional y la Secretaría Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia que, realicen los actos necesarios para la implementación de la Ley 8.680.

11.- *Disponer* la creación de secretarías vespertinas para los juzgados de ejecución de la provincia de Mendoza.

12.- *Encomendar* a Administración General de esta Suprema Corte de Justicia la realización de las adecuaciones presupuestarias y administrativas a fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el punto 11 del presente resolutivo.

13.- *Encomendar* a la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia y a la Oficina de Asuntos Carcelarios, el relevamiento de la información necesaria para el tratamiento de los supuestos en los que las personas preventivamente encarceladas podría acceder a instancias de libertad total o parcial anticipada en caso de estar condenadas. Este relevamiento deberá ser remitido a este Tribunal una vez procesada la información recabada.

14.- *Formalizar* la Mesa de Diálogo entre el Poder Ejecutivo provincial y esta Suprema Corte de Justicia, debiendo integrarse la misma, además, con el Sr.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Procurador General, la Comisión Provincial contra la Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Servicio Penitenciario provincial; los señores jueces de ejecución penal, el señor presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza; el señor Fiscal Federal ante este último tribunal; la Procuración Penitenciaria de la Nación; la Comisión Cárceles de la Defensoría General de la Nación; el Procurador Penitenciario de la provincia de Mendoza; el delegado provincial de la Procuraduría Penitenciaria de la Nación; ello a fin de continuar con las reuniones periódicas que ya se vienen realizando para el abordaje de la problemática referida al ámbito de ejecución penal de la provincia de Mendoza.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro

DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE
Ministro

DR. JULIO RAMÓN GOMEZ
Ministro

DR. JORGE HORACIO NANCLARES
Ministro

Se deja constancia de que los Dres. Pedro J. Llorente, Mario Daniel Adaro y Herman A. Salvini no suscriben la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del C.P.P. Ley 6.730 y sus modif.). Secretaría, 23 de Diciembre de 2015.