

2005

# Excarcelación

Doctrina

Director

EDGARDO ALBERTO DONNA

Actualidad



**RUBINZAL - CULZONI**  
**EDITORES**

# *Revista de Derecho Procesal Penal*

## CONSEJO DE REDACCIÓN

EDGARDO ALBERTO DONNA  
JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE  
ROXANA GABRIELA PIÑA

## SECRETARÍA DE REDACCIÓN

SANDRO ABRALDES

## SECRETARÍA GENERAL

GISELA MORILLO GUGIELMI

## DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERAS

MIRTA LÓPEZ GONZÁLEZ

## CONSEJO ASESOR

ARMENTA DEU, TERESA	GÓMEZ COLOMER, JUAN L.
BINDER, ALBERTO	HASSEMER, WINFRIED
CAFFERATA NORES, JOSÉ	LEDESMA, ÁNGELA
CHIARA DÍAZ, CARLOS	PASTOR, DANIEL
DÍAZ CANTÓN, FERNANDO	PÉREZ GALIMBERTI, ALFREDO
GÖESSEL, KARL HEINZ	

FUERA DE COMERCIO

Es una publicación del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES  
Juncal 2736, 1º piso, B, (1425) Buenos Aires, Argentina

Revista de Derecho Procesal Penal : excarcelación / dirigido por Edgardo Alberto Donna - 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2005  
608 p. ; 23 x 16 cm

ISBN 950-727-666-1

1. Derecho Procesal Penal - I. Donna, Edgardo Alberto, dir.  
CDD 347.05

RUBINZAL - CULZONI EDITORES  
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.  
Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

## ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN .....	7
<b>DOCTRINA</b>	
<i>Más sobre la libertad del imputado</i> , por JORGE VÁZQUEZ ROSSI .....	11
<i>El proceso penal y la coerción personal</i> , por CARLOS A. CHIARA DÍAZ .....	13
<i>Dos pájaros de un solo tiro</i> , por JOSÉ I. CAFFERATA NORES y MARÍA SUSANA FRASCAROLI .....	35
<i>La libertad en el proceso penal</i> , por OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI .....	43
<i>En torno a la libertad durante el proceso penal</i> , por NELSON R. PESSOA .....	57
<i>Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad, ¿no es hora de mezclar y dar de nuevo?</i> , por ALEJANDRO CARRIÓ .....	69
<i>La excarcelación, un remedio que le hace mal al proceso</i> , por ENRIQUE A. SOSA ARDITI .....	83
<i>Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes (A propósito de los casos "Barbará" y "Macchieraldo")</i> , por GUSTAVO L. VITALE .....	91
<i>Prisión provisional y derechos fundamentales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española tras la reforma de 2003</i> , por M <sup>a</sup> PAULA DÍAZ PITA .....	107
<i>La prisión provisional</i> , por VICTORIA BERZOSA FRANCO .....	131
<i>Peligrosidad procesal y sistema acusatorio (Reflexiones con motivo de los fallos en los casos "Macchieraldo" de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal)</i> , por VÍCTOR R. CORVALÁN .....	149
<i>Exclusión del encarcelamiento preventivo y de las cauciones económicas por la probabilidad de pena en suspenso. Función limitadora del principio de proporcionalidad en el marco del CPPN</i> , por MARCELO A. SOLIMINE .....	169
<i>"Jaque al 316 del CPPN" (Un embate desde el Derecho judicial reciente)</i> , por ELEONORA ÁNGELA DEVOTO .....	189

<i>Propuestas de cambio para el tratamiento de la libertad en el proceso penal</i> , por DANIEL O. CUENCA .....	211
<i>Pautas para la correcta determinación de la "necesidad concreta" de la prisión preventiva en la sistemática del CPP de la Provincia de Córdoba</i> , por GUSTAVO A. AROCENA .....	229
<i>Un criterio rector en materia de excarcelación: el principio de proporcionalidad</i> , por INÉS CANTISANI .....	257
<i>Un tema de discusión por estos días: la libertad de los procesados</i> , por FERNANDO F. CASTEJÓN .....	267
<i>La aplicación de algunos institutos de la ley 24.660 como mecanismos para atemperar o evitar la prisión preventiva</i> , por JOSÉ DANIEL CESANO .....	279
<i>Fallo "Barbará": ¿"leading case" o la aplicación de conocida jurisprudencia a un caso "común"?</i> , por NICOLÁS F. D'ALBORA .....	311
<i>El derecho fundamental a la libertad física durante el proceso penal</i> , por ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ .....	331
<i>La excarcelación en delitos cometidos contra la integridad sexual de menores. Perspectivas para decidir la libertad de eventuales paidófilos</i> , por GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA .....	341
<i>Dos interesantes fallos acerca de la función de la prisión preventiva</i> , por DIEGO L. GUARDIA .....	379
<i>¿"Libertad provisional" o "derecho a la libertad"? La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos</i> , por SANTIAGO OTTAVIANO .....	393
<i>El Tribunal Constitucional Español más cerca de interpretar nuestra Constitución. La libertad personal y la prisión provisional</i> , por MARÍA DEL ROSARIO PICASSO .....	427
<i>La prisión preventiva como medida coercitiva. Fundamentos y presupuestos para su aplicación</i> , por JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ .....	463
<b>ACTUALIDAD</b>	
<i>Constitución, legalidad y debido proceso</i> , por ALBERTO RICARDO DALLA VIA ...	515
<i>La incumbencia de la Fiscalía para intervenir la comunicación telefónica según la reforma al Código Procesal Penal de la Nación</i> , por CARLOS ALBERTO CARBONE .....	539
<i>"Nulla coactio sine lege" y principio de necesidad como formas de limitar el alcance del encarcelamiento preventivo</i> , por VERÓNICA FERNÁNDEZ DE CUEVAS y GONZALO SEGUNDO RUA .....	567
<b>ÍNDICE SUMARIO</b> .....	595

## PRESENTACIÓN

Afirma Roland Arazi que el Derecho Procesal constituye una unidad y sus principios esenciales son aplicables a toda la actividad y organización, en tanto se lo pueda conceptualizar como "la disciplina que estudia la actividad que tiene lugar en los tribunales judiciales y arbitrales cuando ellos ejercen sus funciones, así como las normas referidas a la organización de dichos tribunales"<sup>1</sup>.

De manera que esta apreciación, de carácter general, bien se puede aplicar al Derecho Procesal Penal. Aunque como el propio Arazi afirma "si bien en nada difiere el proceso de conocimiento que sigue un juez para la aplicación de un precepto del Código Civil del que efectúa otro para el empleo de una disposición del Código Penal, existen entre ambos procesos algunas diferencias que han determinado su regulación en normas propias, aplicables a cada uno de ellos"<sup>2</sup>.

Pues bien, estas diferencias y la fuerte especialización de los estudios que tienen lugar en la actualidad que llegan a punto tal de que las disciplinas jurídicas tienen hasta un lenguaje propio, que quien no está especializado le cuesta entender, sumado a la cantidad de escritos que cada una de ellas tiene que hacen casi imposible abarcarlos en una sola publicación, ha motivado que desde la *Revista de Derecho Penal* hayamos decidido emprender la publicación de esta nueva *Revista de Derecho Procesal Penal*.

<sup>1</sup> ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 22.

<sup>2</sup> Ídem nota anterior.

Tal como se dijo cuando empezamos con la anterior Revista la idea esencial es unir la academia con la práctica judicial para que ambas funcionen, en lo posible, de manera acorde. El Derecho, en el fondo, termina siendo, en una sociedad democrática signada por el consenso, lo que los jueces dicen que es el Derecho. Es que en una sociedad desacralizada, signada por el positivismo, en el sentido de que toda ley debe ser dada por el órgano estatuido por la Constitución, para ello, en nuestro caso el Congreso de la Nación, y en donde no hay posibilidad de recurrir a un tribunal divino, la última palabra frente a un conflicto la tienen los jueces. Y por ello la necesidad de ese consenso entre la Universidad y los jueces a fin de que las resoluciones tengan la posibilidad de ser racionales, esto es, hoy día, entendibles, y respetuosas de los derechos fundamentales de las personas todas.

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

## *Doctrina*

Jorge Vázquez Rossi  
Carlos A. Chiara Díaz  
José I. Cafferata Nores  
María Susana Frascaroli  
Osvaldo Alfredo Gozaíni  
Nelson R. Pessoa  
Alejandro Carrió  
Enrique A. Sosa Arditi  
Gustavo L. Vitale  
M<sup>a</sup> Paula Díaz Pita  
Victoria Berzosa Franco  
Victor R. Corvalán  
Marcelo A. Solimine  
Eleonora Ángela Devoto  
Daniel O. Cuenca  
Gustavo A. Arocena  
Inés Cantisani  
Fernando F. Castejón  
José Daniel Cesano  
Nicolás F. D'Albora  
Andrés Gil Domínguez  
Gabriel González Da Silva  
Diego L. Guardia  
Santiago Ottaviano  
María del Rosario Picasso  
James Reátegui Sánchez

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto requiere que las ventajas que se obtienen mediante la intervención del derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para los titulares de derechos y para la sociedad en general. Dicho principio de proporcionalidad se estructura argumentativamente en tres pasos: a) el primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas (en este caso los derechos fundamentales en pugna); b) el segundo consiste en comparar dichas magnitudes a fin de determinar cuáles de ellas son más importantes en su realización, y c) el tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre las magnitudes en juego (en este caso entre los derechos fundamentales) con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

3. El dictado de la prisión preventiva supera el primer test si su objeto o fin posibilita que se cumplan con los fines constitucionalmente perseguidos por el proceso penal. El segundo nivel solamente será superado si la prisión preventiva es el medio más idóneo para asegurar que se cumpla con el proceso penal. El tercer nivel se verifica en la medida en que la prisión preventiva sea la *ultima ratio* del sistema en aquellos casos en donde es ostensible que la libertad del acusado implica un peligro real y concreto de evasión de la justicia, daños a terceros u obstaculización del proceso penal.

#### IV. A modo de conclusión

El tríptico de fallos comentados ha generado un cambio sustancial del paradigma viviente en los tribunales inferiores argentinos. A partir de este momento, el dictado de la prisión preventiva deberá estar sustentada en los hechos del caso (y no en meras presunciones legales *iuris et de jure* que contravienen la regla de reconocimiento constitucional argentina) y en la justificación racional de la medida que se adopta.

Aplicar las garantías instrumentales en casos de escasa repercusión en contra del paradigma reinante es cumplir valientemente con lo debido; defenderlas en causas donde el clamor popular trina por venganza es demostrar que las razones que llevaron a estos jueces y juezas a la magistratura constitucional están con creces justificadas.

## LA EXCARCELACIÓN EN DELITOS COMETIDOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL DE MENORES

### Perspectivas para decidir la libertad de eventuales paidófilos

por GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Criterios sustantivistas y procesalistas que justifican el encarcelamiento preventivo. 3. Formas de acreditar los peligros procesales. 3.1. El peligro de fuga y la magnitud de la pena en expectativa. 3.2. El riesgo de entorpecimiento de la investigación. 4. Las retractaciones, los falsos negativos y el entorpecimiento de la investigación. 4.1. Pautas que determinan el peligro de entorpecimiento de la investigación en supuestos de episodios abusivos perpetrados en perjuicio de menores. 5. La aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva. 6. Colofón.

#### 1. Introducción

La repercusión que en el ámbito jurídico tuvieron los fallos “Barbará”<sup>1</sup> y en menor medida “Fernández”<sup>2</sup> y “Macchieraldo”<sup>3</sup>, entre

<sup>1</sup> CNCCorr., sala I, c. 21.143, “Barbará, Rodrigo Ruy s/Exención de prisión”, rta. el 10-11-2003.

<sup>2</sup> CNCCorr., sala I, c. 25.714, “Fernández, Gastón A.”, rta. el 22-3-2005. Este supuesto en particular resultó relevante puesto que el imputado se encontraba procesado, con prisión preventiva, en orden al delito de homicidio simple (art. 79 del Cód. Pen.).

<sup>3</sup> CNCas.Pen., sala III, c. 5472, “Macchieraldo, Ana María Luisa s/Recurso de casación e inconstitucionalidad”, rta. el 22-12-2004.

otros<sup>4</sup>, se vio multiplicada a nivel social y principalmente mediático<sup>5</sup> con el dictado de los precedentes “Rímolo”<sup>6</sup>, “Alsogaray”<sup>7</sup> y sobre todo “Chabán”<sup>8</sup>.

De buenas a primeras, como es habitual en nuestro medio cada vez que un tema se pone en boga, quienes públicamente emiten su opinión cualquiera fuese el punto sujeto a polémica, no desaprovecharon la oportunidad para expedirse sobre una ya controvertida materia jurídica<sup>9</sup> llevando así aún más al desconcierto a los que resultaron sus espec-

<sup>4</sup> Vgr. CNCCorr., sala I, c. 22.822, “Di Zeo, R.”, rta. el 30-12-2003 y sala IV, votos mayormente en minoría de la Dra. Garrigós de Rébora en c. 24.520, “Pano, J. C.”, rta. el 17-7-2004; c. 26.018, “Romero González, G. S.”, rta. el 2-3-2005; c. 26.178, “Farias, G.”, rta. el 8-3-2005; c. 26.213, “Benítez, M.”, rta. el 8-3-2005; c. 26.126, “Flores, R. F.”, rta. el 23-3-2005; c. 26.443, “Ardiles, A.”, rta. el 14-4-2005; c. 26.512, “Bolaño, T.”, rta. el 20-4-2005; c. 26.513, “Solohaga”, rta. el 4-5-2005; c. 26.618, “Soza, S. A.”, rta. el 10-5-2005; c. 26.604, “Natal, L. A.”, rta. el 10-5-2005; c. 26.417, “De Sanliborio, M.”, rta. el 11-5-2000.

<sup>5</sup> El término “mediático”, a contrario de lo que pueda suponerse, figura en el Diccionario de la Real Academia Española y refiere a aquello “pertenciente o relativo a los medios de comunicación”, *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed., Espasa Calpe, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 1476.

<sup>6</sup> CNCCorr., sala IV, c. 26.437, “Rímolo, Mónica Cristina”, rta. el 2-5-2005.

<sup>7</sup> TOCrim.Fed. Nº 6, c. 1013, “Alsogaray, María Julia”, rta. el 10-5-2005. En igual sentido, TOCrim.Fed. Nº 2, c. 1101, “Alsogaray, María Julia”, rta. el 9-5-2005.

<sup>8</sup> CNCCorr., sala V, c. 26.909, “Chabán, Omar Emir s/Excarcelación”, rta. el 13-5-2005. Este caso inclusive provocó un lamentable conflicto entre Poderes del Estado, ante manifestaciones públicas de distintos miembros del Poder Ejecutivo nacional, e inclusive de su titular, vituperantes del fallo, que motivaron la reacción, entre otros, de los miembros de la CNCCorr. (véase acuerdo general de la CNCCorr. del 16-5-2005). Un impecable análisis de la crisis apuntada puede consultarse en BADENI, Gregorio, *El imperio del derecho y la sensatez*, en L. L. del 23-5-2005, ps. 1 y ss. A los precedentes enunciados podría agregársele el fallo “Villarreal, Raúl Alcides” (también imputado en la misma investigación que involucra a “Chabán”), de la sala V de la CNCCorr. y rta. el 2-6-2005.

<sup>9</sup> Como bien señala Leif Guardia, la decisión de la sala I de la CNCCorr. en “Barbará” reavivó de manera inesperada y con marcado vigor la antigua discusión, de irreconciliables posiciones antagónicas, referida a los presupuestos para la aplicación del encarcelamiento preventivo durante la tramitación del proceso penal y la tortuosa relación que mantiene con el principio constitucional de presunción de inocencia (LEIF GUARDIA, Diego L., *Acerca de la Constitución Nacional y la prisión preventiva o la crónica de un fallo que generó un revuelo fabuloso*, en L. L. 2004-A-446).

tadores<sup>10</sup>. Corolario de todo ello resultó ser que un instituto cuya cabal comprensión y alcance resulta intrincado para los propios operadores judiciales fue planteado de modo hartamente confuso, mientras que la postura asumida en los antecedentes jurisprudenciales enumerados terminó por ser presentada como refractaria a la ley y hasta sospechosa, al ponerse en duda sus designios reales.

Desde un principio corresponde adelantar que la valoración sobre el acierto o error de la perspectiva que con distintos matices fuera abrazada en tales precedentes no habrá de constituir parte de este examen<sup>11</sup>. Dicho análisis, si bien no se encuentra agotado, ha sido abordado con suficiencia por autorizada doctrina que emitió distintos pareceres sobre el asunto<sup>12</sup>, sin soslayarse además los distintos pronunciamientos

<sup>10</sup> Más allá de las apreciaciones que efectuaran los integrantes de la CNCCorr. respecto de “la actitud asumida públicamente por el Sr. Presidente de la República, varios de sus ministros y otras personalidades de la política” con posterioridad al dictado del fallo “Chabán”, además advirtieron que “Se ha entendido que si bien algunos medios propalaron información exagerada, errónea, calumniosa y confusa, no es misión de la Cámara juzgar al periodismo por fuera de aquello que fuese delictivo y que, en consecuencia, será la propia opinión pública la que deberá ocuparse de juzgar las virtudes o defectos de la información difundida y el grado de compromiso democrático de quienes la efectuaron” (conf. acuerdo general de la CNCCorr. del 16-5-2005).

<sup>11</sup> Repárase al respecto que si bien existen criterios coincidentes entre los fundamentos sostenidos por un lado en el fallo “Alsogaray” y por otro en los precedentes “Barbará”, “Macchieraldo”, “Rímolo” y “Chabán”, en aquél no se llegaron a analizar los planteos de inconstitucionalidad de la interpretación de las reglas contenidas en los arts. 316 y 319 del ordenamiento adjetivo (lo cual en cambio se verifica en el resto de los antecedentes enumerados), sosteniéndose la excarcelación de Alsogaray fundamentalmente en el principio de inocencia, y en que no se verificaban circunstancias que permitieran suponer en riesgo la realización de los fines del proceso.

<sup>12</sup> En tal sentido, puede consultarse: BIDART CAMPOS, Germán, *Vicios de inconstitucionalidad en la privación de libertad durante el juicio penal*, en L. L. 2004-A-612; LEIF GUARDIA, *Acerca de la Constitución Nacional...* cit.; ALMEYRA, Miguel Ángel, *Sobre las sentencias colegiadas (en torno a un caso de evasión tributaria agravada)*, en L. L. 2004-A-207; EDWARDS, Carlos E., *Imprudencia de la exención de prisión o de la excarcelación y la peligrosidad procesal del imputado*, en L. L. 2004-A-672 y *La libertad durante el proceso penal y la peligrosidad procesal del imputado*, en L. L. del 28-2-2005, p. 3; QUEVEDO MENDOZA, Efraín, *Libertad provisoria y presunciones*, en L. L. 2004-B-538 y *Hacia la discrecionalidad judicial en el régimen de coerción personal del imputado*, en L. L. Suplemento de Jurispru-

jurisprudenciales que, enfrentados con la ahora denominada "doctrina Barbará", enriquecieron el debate al reexaminar sus posiciones sobre el tema<sup>13</sup>.

Aquí, más allá de efectuarse una ligera revisión de las pautas que justifican la imposición del encierro preventivo, habrá de partirse de la plena operatividad de la tesis planteada en "Barbará" y demás pronunciamientos similares<sup>14</sup> para analizar una cuestión directamente vinculada con la libertad durante el proceso penal y que paradójicamente ha sido puesta de manifiesto por los medios de comunicación, sin que haya sido tratada de momento por la dogmática jurídica.

Con la concesión de la excarcelación al principal imputado de la causa conocida como "Cromagnon", no pocos se formularon el siguiente interrogante: si a un sujeto que se le imputan nada menos que ciento noventa y tres homicidios<sup>15</sup> se lo habilita a permanecer

dencia Penal, abril de 2005, p. 3; OTRANTO, Guido S., *Armas y explosivos. El nuevo régimen penal del artículo 189 bis del Código Penal (ley 25.886)*, en L. L. del 22-7-2004, p. 1; ABRALDES, Sandro F., *Sobre el criterio material para la procedencia de la excarcelación*, en L. L. Patagonia 2004 (junio), p. 311; CAFFERATA NORES, José I. y FRASCAROLI, María Susana, *La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?*, en J. A. 2004-II-786; SANDRO, Jorge Alberto, *Condiciones de la prisión procesal (Caso "Cromagnon")*, en L. L. del 2-6-2005, p. 4 y SOLIMINE, Marcelo A., *La interpretación de las normas excarcelatorias del Código Procesal Penal de la Nación. La polémica desatada por fallos antitéticos*, en L. L. del 15-9-2004, p. 1. Precisamente a Marcelo Solimine debo atribuirle y agradecerle todo lo que sé sobre excarcelación y prisión preventiva, entre otras cosas. Extiendo aquí la salutación a Gustavo Bruzzone, con quien hace ya varios años rindiera mi última materia en la Facultad y tiempo después me honrara permitiéndome colaborar en su asignatura.

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, el voto en disidencia del Dr. Rodolfo Pociello Argerich en el mismo fallo "Chabán"; el voto en disidencia del Dr. Carlos Alberto González en "Rímolo"; los votos de los jueces Mario Filozof y Abel Bonorino Peró en "Rodríguez, Lucas Marcelo s/Excarcelación" (CNCCorr., sala VII, rta. el 5-12-2003), entre otros.

<sup>14</sup> Debe tenerse presente, no obstante, que dicha posición resulta minoritaria en la jurisprudencia e incluso reviste distinto alcance entre sus adherentes.

<sup>15</sup> Específicamente, según se desprende del fallo dictado por la sala I de la CNCCorr. (ver punto I del voto de los Dres. Bruzzone y Garrigós de Rébora), a Omar Emir Chabán, al momento del dictado de tal pronunciamiento liberatorio, se encontraba con procesamiento firme dictado en orden al delito de homicidio simple, cometido

en libertad mientras transcurre el proceso en el que se evalúa si es penalmente responsable de las conductas delictivas que se le atribuyen, qué actitud debería adoptarse en más respecto de los violadores<sup>16</sup> y concretamente de los pedófilos<sup>17</sup> sometidos a proceso y amenazados

en forma reiterada en ciento noventa y dos oportunidades, que concurrían materialmente entre sí (art. 55, Cód. Pen.). Asimismo se había dispuesto la ampliación de la imputación con relación a las hipótesis de cohecho activo y homicidio simple en perjuicio del, aquel entonces, último de los muertos producto de la tragedia ocurrida en el local República de Cromagnon el 3-12-2004, modificando la regla del concurso de delitos por la ideal (art. 54, Cód. Pen.).

<sup>16</sup> Con la reforma introducida por la ley 25.087 (sancionada el 14-4-99, promulgada el 7-5-99, publicada en el B. O. el 14-5-99), la nominación jurídica "violación" fue modificada por la de "abuso sexual con acceso carnal" (art. 119, tercer párr. del Cód. Pen.). Entiende Donna que, no obstante ello, esta última es equivalente a la de violación utilizada con anterioridad a la reforma introducida por la ley y que "Tan cierto es esto que en la reforma al Código español, que quiso eliminar la palabra 'violación', en la última modificatoria del año 1999 volvió a introducirla. Esto demuestra la poca seriedad del legislador, en el sentido de que podría haberse tomado el trabajo de analizar lo que había pasado en el país que habían tomado como fuente" (DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 54). Estrella formula la misma observación e inclusive, pese a la derogación de rúbrica, al tratar este delito en su obra, continúa refiriéndose al mismo como "violación" para una mayor precisión y claridad en el estudio de la figura (ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 95 y ss.).

<sup>17</sup> El término pedófilo constituye un sinónimo de paidófilo. Este último, por un lado refiere a aquello perteneciente o relativo a la paidofilia y también es utilizado para denominar a aquel que siente esta atracción o que la lleva a la práctica. La paidofilia (del gr. *paidós*: niño, y *filia*: afición o atracción) o pedofilia, según el Diccionario de la Real Academia Española precisamente significa "Atracción erótica o sexual que una persona adulta siente hacia niños o adolescentes" (*Diccionario de la Real Academia Española* cit., t. II, ps. 1647 y 1710). Significativamente, otros diccionarios delimitan el término paidofilia como "amor y protección de los niños" (conf. *Nuevo Diccionario Enciclopédico y Universal Codex*, Codex, Buenos Aires, 1957, t. II, p. 1017). En la sistematización formulada en el DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, fourth version), la pedofilia se encuentra definida como un subtipo de parafilia (Código de diagnóstico F65.4 y 302.2 según el CIE-10 -Clasificación Internacional de Enfermedades-, décima revisión), descrita dentro de la sección destinada a la clasificación de las disfunciones sexuales y los trastornos de la identidad sexual (conf. DSM-IV, Breviario, *Criterios diagnósticos*, 1ª ed., 2ª reimpr., Masson, Barcelona, 1998, p. 248). Las parafilias, explicadas en términos sumamente escuetos y primarios, constituyen trastornos del comportamiento sexual.

con penas privativas de libertad en abstracto<sup>18</sup> menos gravosas que las previstas para el delito de homicidio<sup>19</sup>.

Tal razonamiento ciertamente podría objetarse desde múltiples aristas. Desde que parte de una infundada generalización que soslaya las circunstancias privativas de cada caso en particular, hasta desconocer los fines de la prisión preventiva, al menos como ésta se encuentra regulada en nuestro ordenamiento procesal federal.

Sin embargo y aunque a priori resulte difícil digerir, dicho silogismo, si bien intencionadamente, presenta un atisbo de legitimidad que ne-

<sup>18</sup> La amenaza penal a la que se alude refiere a la pena privativa de libertad con que se reprime en abstracto el delito que se le atribuye al imputado, siendo que su "gravidad" puede derivar, o del simple hecho de que su imposición no admita la ejecución condicional (art. 26 del Cód. Pen.), o cuando el tiempo de su cumplimiento efectivo exceda cierto margen (conf. CAFFERATA NORES y FRASCAROLI, *La entidad de la amenaza penal...* cit., nota 2).

<sup>19</sup> Obviando el homicidio en estado emocional (art. 81, inc. 1º, letra a, del Cód. Pen.); el preterintencional (art. 81, inc. 1º, letra b, del Cód. Pen.); el culposo (art. 84) y la atenuante por emoción violenta o preterintencionalidad para el homicidio agravado por el vínculo (art. 82, Cód. Pen.) cuyas penas son inferiores a la prevista para el delito de homicidio simple, éste es reprimido con penas de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, en tanto que los homicidios calificados son sancionados con penas de reclusión o prisión perpetua, pudiéndose además aplicar la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (arts. 52 y 80 del Cód. Pen.). A ello, corresponde adunar la posibilidad de aplicar una sanción de hasta cincuenta años de reclusión o prisión en caso de concurso real de delitos (art. 55 del Cód. Pen., según reforma concretada a través de la ley 25.928, sancionada el 18-8-2004, promulgada el 9-9-2004, publicada en el B. O. el 10-9-2004). En lo que respecta a los delitos contra la integridad sexual, salvo en el supuesto de muerte de la persona ofendida, en cuyo caso debe imponerse prisión o reclusión perpetua (art. 124 del Cód. Pen.), se prevén sanciones que van desde los seis meses a cuatro años de reclusión o prisión, como por ejemplo para el abuso sexual simple cometido en perjuicio de un menor de trece años (art. 119, primer párr. del Cód. Pen.), hasta penas de ocho a veinte años de reclusión o prisión para el abuso sexual con acceso carnal o el abuso sexual gravemente ultrajante cuando ambos resultan agravados por el resultado (salvo muerte, véase art. 124, Cód. Pen.), por el parentesco, por la calidad del autor, por enfermedad de transmisión sexual grave que el autor tuviere conocimiento y existe peligro de contagio, por haber sido cometido por el tutor o curador o por encargado de la educación o guarda, por pluralidad de autores, por el uso de armas, por haber sido perpetrado por personal policial o de seguridad en ocasión de sus funciones, por haber sido cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (conf. art. 119, cuarto párr., incs. a/f del Cód. Pen.).

cesariamente debe ser observado a la hora de decidir la libertad durante el transcurso del proceso penal de un sujeto que resulta imputado de un delito cometido contra la integridad sexual de un menor de edad.

Y ello ya que tal disposición liberatoria, como habrá de justificarse, eventualmente y dependiendo del caso concreto, puede llegar a poner en peligro la realización de los fines del proceso, al facilitarle al imputado la posibilidad de obstaculizar la averiguación de la verdad.

El análisis de esta cuestión en particular habrá de constituir el objeto central de este examen, así como también la observación de aquellas medidas alternativas al encierro que pueden y deben adoptarse al momento de conceder la exención de prisión o la excarcelación de un imputado, cuando menores de edad se encuentran involucrados como víctimas de delitos sexuales. Tales previsiones, claro está, no sólo rigen para quienes comulgan con la posición sentada en "Barbará", sino también respecto de aquellos que no comparten tal tesitura mas igualmente deben adoptar una decisión liberatoria en supuestos en los que no corresponde limitar la libertad personal durante el proceso, porque la escala penal prevista para el hecho delictivo imputado encuadra en las previsiones del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación<sup>20</sup>, sin darse además las hipótesis de excepción pre-

<sup>20</sup> Art. 316 del CPPN: "Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entiende en aquélla, su exención de prisión. El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Cód. Pen. Si el juez fuere desconocido, el pedido podrá hacerse al juez de turno, quien determinará el juez interviniente y le remitirá, si correspondiere, la solicitud". Art. 317, inc. 1º del CPPN: "La excarcelación podrá concederse: 1º) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión". A modo de ejemplo del extremo que aquí se plantea, nótese que el abuso sexual sin acceso carnal cometido en perjuicio de menores de trece años (art. 119, primer párr. del Cód. Pen.) prevé una pena de reclusión o prisión de seis meses a cuatro años, mientras que los abusos sexuales sin acceso carnal agravados por haber sido cometidos por ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores, ministros de algún culto reconocido o no, encargados de la educación o de la guarda, etc. (art. 119, quinto párr., en función del cuarto párr., inc. b, del Cód.

vistas por el artículo 319 del mismo cuerpo legal<sup>21</sup> para denegar la exención de prisión o la excarcelación.

## 2. Criterios sustantivistas y procesalistas que justifican el encarcelamiento preventivo

No resulta ya novedoso distinguir los fundamentos que habilitan el encierro del imputado durante el proceso. Como es harto conocido, éstos pueden clasificarse centralmente en criterios sustantivistas —que conciben el encierro como pena o medida de seguridad anticipada, atribuyéndole funciones propias de aquéllas— y criterios procesalistas —que tan sólo erigen a la prisión preventiva como una medida cautelar, asignándole sólo la misión de custodiar los fines del proceso, para que éste pueda cumplir su función instrumental de “afianzar la justicia”<sup>22</sup>—.

Pen.); los calificados porque del hecho cometido resulta un grave daño en la salud física o mental de la víctima (art. 119, quinto párr., en función del cuarto párr., inc. a, del Cód. Pen.); porque el hecho fue cometido por dos o más personas o con armas (art. 119, quinto párr., en función del cuarto párr., inc. d, del Cód. Pen.) o por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad en ocasión de sus funciones (art. 119, quinto párr., en función del cuarto párr., inc. e, del Cód. Pen.); o por haber sido cometido contra menores de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (art. 119, quinto párr. en función del cuarto párr., inc. f, del Cód. Pen.) se encuentran penados con reclusión o prisión de tres a diez años. De modo que tanto la figura básica de abuso sexual, como las agravadas antes enumeradas, prevén sanciones que, en principio, habilitan la concesión de la excarcelación en función de lo normado en el segundo párr., primer supuesto (en el caso de la primera) y segundo supuesto (en el caso de las agravadas enunciadas) del art. 316 del CPPN, conforme la remisión que efectúa el art. 317, inc. 1º del mismo cuerpo normativo.

<sup>21</sup> Art. 319 del CPPN: “Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el art. 2º de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”.

<sup>22</sup> CAFFERATA NORES, José I., *La excarcelación*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 11 y ss. Este autor señala que existen también otras opiniones sobre el asunto que pueden ser agrupadas con un criterio residual. Entre ellas cabe contar las que afirman que el encarcelamiento preventivo es un medio de instrucción, o un sustituto de pena imposible, o que tiene por fin la protección de la persona del imputado frente a posibles represalias del ofendido o de sus familiares, etc. (ob. cit, p. 12).

Así, entre los criterios sustantivistas pueden situarse la peligrosidad delictual (referida a la posibilidad de reiteración delictiva), la repercusión social del hecho o la alarma que el delito provoca y los delitos inexcrcelables<sup>23</sup> (en atención a su naturaleza y con independencia de la escala penal con la cual se los conmina)<sup>24</sup>.

Quienes asignan al encarcelamiento preventivo tales últimos fundamentos, entienden que éste responde a la necesidad de interrumpir la actividad delictiva del imputado, sea en sí misma, sea en sus posibles consecuencias inmediatas, sea en la repercusión que pueda tener en la turbación del orden público o de la tranquilidad social, tendiendo a evitar la posibilidad de que el imputado cometa otros delitos, satisfaciendo la necesidad de defensa social contra la peligrosidad de éste<sup>25</sup>. Por otro lado, el encarcelamiento preventivo también tendería a tutelar el común sentido ético, que se vería repugnado si un individuo suficientemente ornado de indicios de culpabilidad por un delito grave, continuara circulando libremente ante los ojos de su víctima hasta que se satisfagan las formas y términos legales<sup>26</sup>. Con él “se pretende satisfacer la opinión pública en infracciones graves, o cuando los hechos han provocado gran escándalo y se justifica en aquellos casos en que se ‘conmociona especialmente’ la confianza de la sociedad en el respeto de la ley, creándose un sentimiento colectivo de inseguridad, falta de protección y de impotencia en la prevención delictiva. Manteniendo

<sup>23</sup> En el Código federal, a través de la ley 24.210, se incluyó un párrafo al artículo 316 del CPPN vigente, mediante el cual se tomaron inexcrcelables los delitos previstos y reprimidos por los arts. 139, 139 bis y 146 del CPPN. Tal impedimento fue tachado de inconstitucional por la CSJN (*Fallos*: 321:3630, “Nápoli, Érika Elizabeth y otros s/Infracción art. 139 bis del CPPN”), en el entendimiento de que devenía “repugnante a la Constitución Nacional”.

<sup>24</sup> SOLIMINE, Marcelo A., *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 20.

<sup>25</sup> CAFFERATA NORES, *La excarcelación* cit., p. 17, el que agrega que en tal sentido el encarcelamiento preventivo es considerado “«como una medida de seguridad» contra la peligrosidad evidenciada por la «explosión de criminalidad de aquél» [imputado]”.

<sup>26</sup> CAFFERATA NORES, *La excarcelación* cit., p. 12, quien al respecto cita expresamente la opinión de CIPRIANI, Marcello, *Custodia preventiva*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, p. 101.

la prisión preventiva, se ha procurado 'amenguar o hacer desaparecer' esa inquietud colectiva (o bien) remediar el auge de determinado tipo de delincuencia, utilizándola 'severamente con notorio fin intimidante' a fin de disuadir a quienes en forma concentrada alteran la paz social de la comisión de ciertos delitos. Constituye así 'un medio tan aleccionador que sintiendo el delincuente el rigor de la ley se convierte luego en un readaptado social'. Tiene por función adelantar el efecto reactivo de la colectividad jurídicamente organizada, frente al delito cometido, efecto que constituye el 'alma de la pena', y que si hubiera que esperar primero la terminación del proceso, resultaría debilitado con la consiguiente disminución o pérdida de eficacia de la sanción penal<sup>27</sup>.

Por el contrario, quienes conciben el encierro anterior a la sentencia al servicio del proceso, aparecen sosteniendo criterios procesalistas para fundamentarlo. Para ellos, la finalidad instrumental que lleva la prisión preventiva exige que exista riesgo procesal, de modo tal que, si no se impusiera dicho encarcelamiento, seguramente se frustraría la efectiva actuación de la ley. De este modo, se debe acreditar concretamente que mantener la libertad del imputado determinará su fuga o el entorpecimiento de la investigación<sup>28</sup>.

En el ordenamiento procesal federal<sup>29</sup>, el artículo 280, primer párrafo del Código Procesal de la Nación adhiere a estos "criterios procesalistas" y deja proscriptos los "criterios sustantivistas"<sup>30</sup>, al disponer: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley"<sup>31</sup>. A su vez, el artículo 319 del mismo cuerpo normativo admite

<sup>27</sup> CAFFERATA NORES, *La excarcelación* cit., p. 12, con cita de abundante jurisprudencia y doctrina.

<sup>28</sup> SOLIMINE, Marcelo A., *Libertad bajo caución y situación procesal en el Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 44.

<sup>29</sup> Régimen legal que resulta aplicable en la Capital Federal aun para "delitos comunes" (no federales) como resultan ser aquellos cometidos contra la integridad sexual.

<sup>30</sup> SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación...* cit., ps. 21 y ss.

<sup>31</sup> A su vez, el segundo párr. del art. 280 del CPPN dispone que "El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y

la denegatoria de la excarcelación cuando exista riesgo de que el imputado "intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones"<sup>32</sup>. Pero el criterio aparece mejor precisado al regularse el caso especial de los menores imputados de delitos<sup>33</sup>, ya que el Código adjetivo sólo autoriza la detención de aquéllos "cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones"<sup>34</sup>.

De manera que, en lo que respecta al ordenamiento procesal federal, hoy en día<sup>35</sup>, sólo el riesgo de fuga y de entorpecimiento de las investigaciones habilitan el encarcelamiento preventivo.

reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en la que se les comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde serán conducidos y el juez que intervendrá".

<sup>32</sup> Véase nota 21.

<sup>33</sup> Esto es, en las causas penales seguidas "contra" menores de 18 años (conf. arts. 28, 29 y 410 del CPPN).

<sup>34</sup> Conf. art. 411 del CPPN, el cual determina que en tales supuestos "el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de los mayores, donde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social" y que "[l]oda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores".

<sup>35</sup> No pocos entienden, sin embargo, que tales "criterios procesalistas" son los únicos que habilitan el encarcelamiento preventivo durante el proceso ya que sólo ellos se adecuan al esquema constitucional. No obstante, no puede soslayarse que organismos internacionales han admitido la prisión preventiva basada en "criterios sustantivistas". El informe 2/97 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros motivos, es citado insistentemente por distintos órganos jurisdiccionales domésticos para alertar que el mismo conmina a la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de justificar un encarcelamiento preventivo. En tal sentido, éste determina que si bien la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia, éstos tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación preventiva señalándose además que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención ya que dicho plazo debe ser computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia (conf. párr. 28, "peligro de fuga"). No obstante ello, este mismo informe contiene pautas poco difundidas y que no para pocos devienen inaceptables. Es que la Comisión Interamericana hubo de aceptar en tal documento que la repercusión social del hecho constituye un criterio que justifica y legitima la prisión preventiva. En efecto, en los párrafos 36 y 37 y

Así, en líneas generales, la postura asumida en “Barbará” y demás pronunciamientos similares viene a confirmar que el principio rector para decidir privar, o no, a una persona de su libertad durante la tramitación del proceso penal es lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin. Por ese motivo, se subraya, las medidas de coerción que se pueden adoptar respecto de una persona imputada de haber cometido un delito antes del dictado de una sentencia siempre deben tener carácter excepcional y sólo se justifican en la neutralización de los peligros aludidos que únicamente son dos: de fuga o de entorpecimiento de la investigación<sup>36</sup>.

bajo el título “Preservación del orden público” señaló: “La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con esa causal”. La afirmación no resulta menor de tener en cuenta que precisamente fue formulada por un organismo internacional encargado de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos (véase CSJN, c. E.224.XXXIX, “Espósito, Miguel Ángel s/Incidente de prescripción”, rta. el 23-12-2004, voto de la mayoría, considerando 16, aunque en el caso concreto refiriéndose a la Corte Interamericana) y que sus pronunciamientos constituyen pautas de interpretación de los preceptos convencionales (CSJN, Fallos: 319:1840; 321:3555; 323:4130). Empero Solimine entiende que nuestro régimen federal, al admitir sólo el riesgo de fuga y de entorpecimiento de las investigaciones como fundamento válido para la prisión preventiva, subió el piso de garantías que establecen los estándares internacionales siendo ello posible merced a los principios de irreversibilidad y progresividad que campean en materia de derechos humanos (SOLIMINE, *La interpretación de las normas excarcelatorias...* cit., p. 3). Véase en igual sentido, voto de las Dras. Capolupo de Durañona y Vedia y Berraz de Vidal, CNCas.Pen., sala VI, c. 5199, “Pietro Cajamarca, Guido Angelino”, rta. el 20-4-2005, reg. 6522.

<sup>36</sup> Efectivamente, en “Chabán” se subrayó que “Las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria, se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal, la prisión preventiva, si se constatan esos peligros. Como medida cautelar, a su vez, y sin perjuicio de su obvia similitud, no puede confundirse con la

### 3. Formas de acreditar los peligros procesales

Como apunta Marcelo Solimine, conforme el diseño particular del sistema jurídico, éste puede conferir absoluta libertad a los operadores para que den por acreditado el riesgo de fuga o el entorpecimiento en la investigación, con lo cual estaremos en presencia de un *sistema de discrecionalidad judicial*. En distinto sentido, la ley puede establecer un régimen de pautas objetivas que deben ser apreciadas desde la práctica judicial, en cuyo caso se tratará de un *sistema legalista*<sup>37</sup>.

Por su parte, dentro del sistema legalista, las pautas normativas pueden estar definidas sólo como “indicadores” de riesgo, que el juez puede o no considerar relevantes para la solución del caso concreto, debiendo acreditar eventualmente su real existencia, o, en cambio, aquéllas pueden ser concebidas como “presunciones legales” de fuga o de entorpecimiento de la investigación. En este último caso, a su vez, pueden ser consideradas como presunciones absolutas e incontrovertibles (*iuris et de iure*), o, de diferente modo, como susceptibles de ser conmovidas por prueba en contrario (*iuris tantum*)<sup>38</sup>.

No puede discutirse que el sistema procesal penal federal vigente no sólo es “legalista”, sino que además precisamente establece “presunciones legales” de fuga o de entorpecimiento de la investigación. El disenso, sin embargo, aparece al momento de evaluar si tales presunciones resultan ser *iuris et de iure* o *iuris tantum*, ergo, si el juez no puede apartarse de lo que aquéllas prescriben al momento de decidir sobre la libertad del imputado o si, en cambio, de algún modo, pueden ser desvirtuadas.

Por un lado, están quienes entienden que existe una presunción legal del legislador que se encuentra ínsita en las disposiciones de los

pena privativa de libertad, en su fundamentación. Éste es un valor que debe ser reafirmado en nuestro país, siendo un principio asentado y respetado en toda la tradición jurídica de Occidente, que sólo en los supuestos estrictamente necesarios para neutralizar la posibilidad de fuga del imputado o de entorpecimiento de la investigación, corresponde encarcelar preventivamente, como establece el art. 280, CPPN, y lo que en concordancia con él fija el art. 319 del mismo cuerpo legal” (CNCCorr., sala V, c. 26.909, “Chabán, Omar Emir s/Excarcelación”, rta. el 13-5-2005).

<sup>37</sup> SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación...* cit., p. 26.

<sup>38</sup> Ídem nota anterior.

artículos 316, segundo párrafo y 317 del Código Procesal Penal de la Nación<sup>39</sup> y 26 del Código Penal de la Nación<sup>40</sup>, relativa a que cuando el máximo del delito que se imputa en abstracto excede los ocho años de pena privativa de libertad<sup>41</sup>, y no es posible la aplicación de una condena condicional, el imputado, de recuperar la libertad, habrá de sustraerse a las órdenes del tribunal como consecuencia de la gravedad de la posible sanción que se imponga en la causa. Esta pauta entonces constituye un mandato legal “de acatamiento obligatorio para el juez —quien sólo deberá comprobar la concurrencia de los extremos nombrados por el legislador—”<sup>42</sup>.

En otras palabras, el legislador prevé que si la eventual condena a

<sup>39</sup> Véase nota 20.

<sup>40</sup> Art. 26 del Cód. Pen.: “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación”.

<sup>41</sup> Los ocho años a que alude el art. 316 del CPPN no se refieren al monto de la pena que en concreto podría corresponderle al imputado en caso de una eventual condena, sino a la pena máxima que abstractamente admite la ley penal, en relación con el delito incriminado, esto es, según la escala penal fijada por el legislador al tipificar la conducta, por lo que no pueden ser considerados para nada los atenuantes y agravantes genéricos de los arts. 40 y 41 del Cód. Pen. destinados a la individualización de la pena (CAFFERATA NORES, *La excarcelación* cit., p. 57).

<sup>42</sup> SOLIMINE, *La interpretación de las normas excarcelatorias...* cit., p. 4. A modo de ejemplo de lo expuesto y tangente a la cuestión que nos convoca aparece el fallo de la sala V de la CNCCorr., “Franco, Nicolás A.”, rta. el 12-4-2002 (L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal del 30-8-2004, p. 53). Allí se señaló que resultaba improcedente la excarcelación solicitada por el imputado, procesado por el delito de abuso sexual agravado, “toda vez que la penalidad prevista para el delito que se le endilga, excede las pautas permisivas del art. 316 del CPPN, norma regulatoria de orden general, consagrada por la ley formal, que relativiza y, por ende, diluye el carácter absoluto que pretenda otorgarse a las mandas constitucionales que protegen la libertad y el principio de inocencia”.

imponerse es superior a ocho y no inferior de tres años de privación de la libertad de efectivo cumplimiento, el imputado preferirá huir, antes que enfrentar un proceso que le puede significar varios años de encierro. El juez, por su parte, independientemente de las circunstancias particulares del caso, debe supeditar la concesión o no de la exención de prisión o la excarcelación, según lo habilite específicamente el texto legal.

De manera que para el sector que mantiene esta postura, la presunción del legislador no admite prueba en contrario y por ende, de darse los supuestos que vedan la libertad del imputado durante el proceso, éste no puede justificar que habrá de someterse a él y no obstruirlo para evitar su encierro durante su transcurso.

En la vereda contraria están los que piensan que el Poder Judicial, al aplicar la ley, debe contar con un margen de elasticidad que permita adecuar al caso concreto el marco normativo consagrado en abstracto por el Poder Legislativo. De modo que, si bien el legislador se encuentra habilitado a consagrar presunciones de elusión de la acción de la justicia, éstas sólo podrán ser consideradas *iuris tantum* (admitiendo prueba en contrario), permitiéndole así al imputado comprendido por tales presunciones invocar que, en su caso, no existe riesgo procesal<sup>43</sup>.

Dicho de otro modo, aun cuando la pena en juego exceda los ocho años, o cuando superando ese monto no resulte posible condenar condicionalmente, si el imputado (o su defensa) prueba que no habrá de frustrar los fines del proceso<sup>44</sup>, es decir, que no habrá de fugarse ni

<sup>43</sup> SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación...* cit., p. 26.

<sup>44</sup> Aquí se indica que el imputado o su defensa son quienes deben encargarse de desvirtuar la presunción de fuga o de entorpecimiento para que aquél pueda recuperar o seguir manteniendo su libertad. No se soslaya que están quienes entienden que ese deber le incumbe al Estado, siendo éste quien tiene la obligación de demostrar el riesgo procesal para justificar la prisión preventiva del imputado. Podría señalarse que este sector, más allá de afirmar la existencia de “presunciones legales” destructibles a través de prueba en contrario, conciben que las pautas fijadas por el legislador serían tan sólo “indicadores” de riesgo. Sin embargo, autores como Cafferata Nores, que entienden que el sistema actual se rige por el sistema de “presunciones legales” relativas (*iuris tantum*, que ceden frente a prueba en contrario), también terminan por señalar que es al órgano jurisdiccional al que le corresponde probar en el caso concreto que el imputado, frente a la imposición de una futura pena de cierta gravedad, de no

entorpecer las investigaciones, igualmente puede autorizársele a permanecer en libertad hasta el día en que se dicte sentencia a su respecto<sup>45</sup>.

### 3.1. *El peligro de fuga y la magnitud de la pena en expectativa*

Aun entre quienes conciben que las presunciones de riesgo procesal tienen carácter *iuris tantum*, tampoco existe pleno consenso respecto a la trascendencia que debe otorgársele a la magnitud de la pena en expectativa cuando debe resolverse la libertad de un sujeto durante el proceso.

Concretamente, lo que ha dado en denominarse "pena en expectativa" constituye ni más ni menos que un pronóstico de la sanción que en el caso concreto le espera al imputado en el supuesto de recaer condena.

Tal prognosis de pena, para los que entienden que las presunciones legales del artículo 316 del CPPN son "*iuris et de iure*", sólo debe ser efectuada al momento de valorar hipótesis que pueden llegar a encuadrar en el segundo supuesto del segundo párrafo del artículo 316

ser puesto en prisión preventiva va a eludir la acción de la justicia. En tal sentido concluye el evocado doctrinario, junto a Frascaroli, que "Admitido que la presunción de elusión del accionar de la justicia que emana del grado de la amenaza penal que se cieme sobre el imputado para el caso que resulte condenado por el delito que se imputa es *iuris tantum*, o sea que es posible la prueba en contrario, hay que aclarar que, a nuestro parecer, la producción de esta 'prueba en contrario' no podrá serle impuesta al acusado como condición de su libertad: siempre será el órgano judicial quien deberá fundamentar por qué esa presunción de elusión del accionar de la justicia es aplicable al caso concreto" (CAFFERATA NORES y FRASCAROLI, *La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido...* cit., ps. 786 y ss. Véanse, asimismo, PASTOR, Daniel, *El encarcelamiento preventivo*, en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación -análisis crítico-*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 50; BOVINO, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 144/147; MORÍN, Daniel, *Acerca de la razonabilidad de las presunciones legales "iuris et de iure" en materia de encarcelamiento preventivo*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, t. 8-B, p. 355 y WOISCHNIK, Jan, *Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina*, Honrad Adenauer Stiftung-Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 270).

<sup>45</sup> La cual, obviamente, podrá ser absoluta en cuyo caso se desharía la amenaza de privación de libertad.

del Código Procesal Penal de la Nación, esto es, cuando el monto de pena en abstracto del delito o del concurso de delitos imputados no excede los ocho años de prisión, más aún si resulta prima facie procedente la aplicación de una condena de ejecución condicional<sup>46</sup>.

Ahora bien, este juicio hipotético de la pena que habrá de recaer en el caso concreto, que no implica prejuzgamiento<sup>47</sup>; que "debe ser efectuado con mesura, teniendo en cuenta los principios de inocencia, *favor libertatis* y de interpretación restrictiva de las normas que coartan la libertad personal (arts. 18, Const. Nac., 2º, 3º y 280, CPPN)"<sup>48</sup>, y

<sup>46</sup> En otra oportunidad en que la sala IV de la CNCCorr. tratara la excarcelación de Rímolo (en la cual, por mayoría, no hubo de concedérsela), el magistrado Carlos González señaló en punto a la probabilidad de aplicación de condena condicional que "...en cuanto a la eventual viabilidad de una sanción suspensiva por imperio del art. 26, Cód. Pen., interpreto que si bien la norma permite, en los casos de primera condena a prisión no superior a los tres años, que ésta sea dejada en suspenso, ello constituye una decisión facultativa de los tribunales y debe ser fundada, bajo sanción de nulidad, en varias pautas objetivas que el mismo precepto legal se encarga de enumerar. Ello, aun cuando una contraria corriente jurisprudencial considere que la presencia de un mínimo de la pena amenazada que permita presuponer una eventual condena de ejecución condicional torna automática la concesión del instituto excarcelatorio. No comparto tal criterio, porque la norma no resulta imperativa para que el juez deba acceder a los pedidos de libertad en forma indiscriminada toda vez que tal exigencia —una pena mínima que le imponga la obligación de otorgarle automaticidad al carácter suspensivo de una futura sanción— le vedaría decidir, como efectivamente debe hacerlo, conforme a la casuística; de lo contrario el legislador tendría que haberlo prescripto explícitamente cuando en el Capítulo VII del Título I del Código ritual se refiera a los mínimos del mismo modo en que lo hizo con los máximos de las escalas penales contempladas en los preceptos que rigen el instituto, esto es, expresándose en forma cuantitativa, pero un detenido examen de estas normas adjetivas nada indica en ese sentido (en la misma dirección, ver auto de procesamiento dictado el 12-8-2003 por ante el JNFed.CCcorr. N° 6, en la causa 1738/2000, 'Alsogaray, María J. y otros por peculado, defraudación contra la administración pública, etc.'). Es decir que el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad es la regla, mientras que la condicionalidad de la misma constituye la excepción" (CNCCorr., sala IV, "Rímolo, Mónica S.", rta. el 10-5-2004, L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal del 30-8-2004, ps. 54 y ss.).

<sup>47</sup> CSJN, Fallos: 322:1605 y 326:2716 (ver votos de los Dres. Belluscio y Maqueda).

<sup>48</sup> SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación...* cit., p. 61. Este autor considera la "magnitud de la pena en expectativa" como una pauta lógica para pronosticar la actitud que podría asumir el imputado y subraya que la misma fue

que es realizado al momento de evaluar la probable suspensión en el cumplimiento de la eventual condena al analizarse la excarcelación del imputado bajo el tamiz del segundo supuesto del artículo 316 del CPPN<sup>49</sup>, también debe practicarse por quienes juzgan que tales presunciones de riesgo son "*iuris tantum*", al evaluar situaciones en las que la libertad, en principio, no resulta viable por no adecuarse a ninguno de los dos supuestos contemplados por el artículo 316 del Código ritual, mas el imputado ha propuesto elementos para conmovier tales presunciones legales de riesgo.

El resultado que arroje tal valoración habrá de constituir la "pena en expectativa" y su "magnitud" una premisa que si bien no devendrá terminante, sí resultará significativa de la posible conducta que habrá de adoptar el imputado con relación al proceso, si éste recuperara o mantuviera su libertad<sup>50</sup>.

aceptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los informes "Firmenich", 12/96 y 2/97; así como por la Resolución 17 del Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, aludiendo a la "indole y gravedad del presunto delito", así como a la "pena que cabría aplicar" (ob. cit., ps. 94 y 95). Precisamente, como ya se señalara anteriormente, la Comisión IDH en el aludido informe 2/97 señaló que "la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia" (véase párr. 28, "peligro de fuga").

<sup>49</sup> Este juicio hipotético de pena reviste fundamental importancia en supuestos de delitos cometidos contra la integridad sexual de menores. Conforme se consignara con anterioridad (véase nota 20), no pocos admiten la aplicación de una condena condicional. Sin embargo, no caben dudas de que no todos los casos merecen el empleo de la excepción a que se faculta a los jueces (art. 26 del Cód. Pen.), por lo que dependiendo de las características de la acción; de los medios empleados para ejecutarla; la extensión del daño y del peligro causados; las costumbres y la conducta precedente del sujeto; los vínculos personales; la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar y modo y ocasión que demuestren su mayor peligrosidad (art. 41, incs. 1º y 2º del Cód. Pen.), no siempre resultará prudente ni ajustado a derecho establecer que la efectivización de la pena sea dejada en suspenso.

<sup>50</sup> Binder, al tratar los criterios que justifican la prisión preventiva (para tal autor "el criterio", puesto que sólo reconoce como pauta el riesgo de fuga), señala que toda

Mas como se consignara, es en la importancia que se le da a la "magnitud de la pena en expectativa" donde aparecen las principales disquisiciones entre quienes admiten que las presunciones legales de riesgo fijadas por el legislador admiten prueba en contrario.

Y tal controversia puede advertirse con claridad precisamente en el antecedente "Chabán". Allí el juez Pociello Argerich señaló en su voto disidente que "He sostenido en numerosos antecedentes que la amenaza de imposición de pena de efectivo cumplimiento, resulta un elemento de gran relevancia para presumir, conforme a la experiencia recogida, que quien recupere su libertad intentará eludir el accionar de la justicia [...]"<sup>51</sup> Entiendo que quien sabe que deberá volver a prisión, al menos en algún momento del proceso, tal vez no inmediato, lo evitará, no resultando suficiente para impedirlo condición o caución alguna [...] No desconozco la doctrina sentada por mis distinguidísimos colegas en anteriores pronunciamientos, y aun cuando pudiera coincidir en muchos de sus presupuestos, no puedo dejar de lado la convicción de que objetivamente valorados los elementos que por el momento se han arrojado al expediente, permiten concluir con gran grado de coherencia que existe un real peligro de fuga si se concediese la libertad solicitada"<sup>52</sup>. Por su parte, los magistrados Garrigós de Rébora y

apreciación sobre el futuro es, en última instancia, indemostrable (BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 199 y ss.). A pesar de lo certero de la afirmación, no se advierte de qué manera se pueden sostener tales eventuales riesgos procesales si no es a través de una presunción fundada de que ello ocurrirá. El término "presumir" utilizado precisamente por el legislador en la redacción del artículo 319 significa sospechar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello. Por su parte "sospechar" comporta "aprehender o imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o visos de la realidad" (*Diccionario de la Real Academia Española...* cit., ps. 1828 y 2095). De modo que se sospecha o, si se quiere, se imagina que el imputado, si recupera su libertad, va a fugarse o entorpecer las investigaciones debiendo fundamentarse los motivos de tal conjetura.

<sup>51</sup> Se citan los fallos de la sala V de la CNCCorr., c. 2587, "Pizarro, Sandro D. s/Excarcelación", rta. el 10-12-2004; c. 25.604, "Rodríguez, Néstor F. s/Excarcelación", rta. el 12-11-2004 y c. 25.057, "Contigiani, Daniel D. s/Excarcelación", rta. el 24-9-2004.

<sup>52</sup> La afirmación resulta sumamente relevante. El juez Pociello Argerich señala: "no puedo dejar de lado la convicción de que objetivamente valorados los elementos que por el momento se han arrojado al expediente permiten concluir con gran grado de

Bruzzone dijeron: "...no se advierte objetivamente que Chabán intentará eludir la acción de la justicia, lo que constituye el nudo de las discusiones que separan, en doctrina y jurisprudencia, a los que consideran que la expectativa de pena, por sí sola, ya es un elemento determinante y definitivo para impedir que un imputado pueda transitar el proceso penal en libertad, de la de otros que consideran que esa circunstancia sólo es un elemento de peso a ponderar, pero nunca definitivo. Los que sostienen la primera posición, consideran que ello no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*)<sup>53</sup>; los segundos sí (*iuris tantum*). Como surge de lo expuesto hasta aquí, nosotros nos enrolamos en la última posición. En realidad, en el presente caso, tanto el juez Lucini como el distinguido colega preopinante se hacen cargo de esa posición, pero valoran la constatación del peligro de fuga de manera diferente a como lo hacemos nosotros"<sup>54</sup>.

La discrepancia volvió a repetirse en "Villarreal"<sup>55</sup>, en donde el magistrado Pociello Argerich reiteró los argumentos vertidos en "Chabán"<sup>56</sup>, mientras que los jueces Bruzzone y Garrigós de Rébora vol-

coherencia que existe un real peligro de fuga si se concediese la libertad solicitada". De modo que no descarta la eventualidad de que se conceda la libertad si se revierte el riesgo de fuga. Pero con los elementos arrimados "por el momento" al expediente no alcanza. Así, cuanto mayor es la magnitud de la pena en expectativa, mayores deben ser las exigencias que se formulan para conmovir la presunción de fuga. Y ésta además debe ser desvirtuada por el imputado o su defensa (nótese que el magistrado apoya su decisión en base a "los elementos que por el momento se han arrimado al expediente").

<sup>53</sup> Hemos analizado, sin embargo, que quienes entienden que las presunciones de fuga son *iuris et de iure*, no admiten que éstas cedan ante prueba en contrario y piensan que son absolutas porque el legislador hubo de establecer tal límite, al regular que cuando la amenaza penal exceda cierta gravedad se impone siempre la prisión preventiva por presumirse (*iuris et de iure*) que el imputado va a preferir entorpecer los límites del proceso antes que someterse a él.

<sup>54</sup> Efectivamente, ambos tienen en cuenta la magnitud de la pena en expectativa que los lleva a pensar que frente a ella el imputado optará por darse a la fuga.

<sup>55</sup> Véase nota 8.

<sup>56</sup> Allí, luego de invocar nuevamente el informe 2/97 de la Comisión IDH, subrayó que no resultaba desproporcionada la detención que venía padeciendo el imputado, frente a la pena en expectativa, y agregó que no podía dejar de considerarse el contexto en que aquél pretendía recuperar su libertad. Tal extremo, "no entendido como la repercusión social que generaría su excarcelación (supuesto si previsto por el mentado

vieron a subrayar que "la expectativa de pena no puede interpretarse como una premisa absoluta de la cual se derive, inevitablemente, la conclusión de que el imputado se dará a la fuga si recupera su libertad. Es una pauta importante que debe ser tenida en cuenta pero no es la única"<sup>57</sup>.

Más allá de lo expuesto, es dable observar que el grado de importancia que se le atribuya a la "magnitud de la pena en expectativa", sí resulta significativa para los que entienden que las presunciones legales de riesgo ceden frente a prueba en contrario (*iuris tantum*), puesto que a mayor pena en expectativa, mayor también deberá ser la prueba que habrá que acreditar el imputado a fuer de desvirtuar tal suposición de fuga o entorpecimiento<sup>58</sup>. Finalmente, también de-

antecedente de la Comisión Interamericana y que fuera derogado de nuestra legislación procesal ya del régimen de la ley 2372, en su artículo 280 del Código Procesal en Materia Penal por la ley 24.050 en el año 1984), sino como un elemento objetivo que, sin duda, tendrá influencia sobre la actitud que adopte en caso de accederse a su soltura. Sólo a modo de indicio para fortalecer tal posición valga decir que el imputado no registra un arraigo que permita concluir por sí su necesidad de permanecer en la jurisdicción, extremo que si bien no cabe valorar en su contra, tampoco apoya la postura contraria".

<sup>57</sup> Agregaron además que "...es criterio de los suscriptos que la viabilidad de la excarcelación no depende de la calificación legal de los hechos sino de las pautas establecidas en los arts. 280 y 319 del CPPN". Y que "...no puede soslayarse que todas las cuestiones relacionadas con la calificación legal del hecho serán decididas en forma definitiva en la próxima etapa, en tanto, durante la instrucción, tienen carácter provisionales por lo cual si sólo se tienen en cuenta como parámetros los arts. 316 y 317, CPPN, para conceder o no la libertad a una persona, se corre en riesgo de incurrir en un adelanto de pena, que torna al encierro inconstitucional".

<sup>58</sup> En tal sentido Solimine acentúa que no basta decir que en el caso no se advierte la existencia de riesgo de fuga o de entorpecimiento, pues con ello no se desvirtúa la presunción legal que rige la cuestión. Deberán explicitarse las razones por las cuales esa presunción legal debe ceder. Así para tal análisis "entiendo que la fuerza de tal presunción legal, pasa tanto más por la 'magnitud de la pena en expectativa' —como corolario de la gravedad y naturaleza del hecho delictivo imputado— que por la sola improbabilidad de aplicar condena en suspenso. Claro que es esta última circunstancia (con independencia del monto a aplicar) la que torna operativa la presunción de riesgo procesal. Quiero significar con ello, que para la pretendida destrucción de la presunción legal, deberán arrimarse mayor cantidad de elementos descalificantes de ella, cuanto más alto sea el monto de la pena que se espera en definitiva, ecuación que bien puede hacerse toda vez que el artículo 316 al utilizar la fórmula prima facie

viene trascendental para quienes aun soslayando el esquema diseñado por el legislador en los artículos 316 y 319 del CPPN, analizan la situación del imputado directamente desde la óptica de los artículos 280 y 317 del Código ritual, puesto que la "objetiva y provisional valoración de las características del hecho" a que refiere el último precepto no puede dejar de examinarse sin tener en cuenta si ese hecho constituye un delito o un concurso de delitos, lo que inevitablemente llevará a considerar la sanción con que éste, o su conjunto, se encuentra reprimido<sup>59</sup>.

De modo que cuanto más graves sean las características del hecho, mayor será la sanción que habrá de corresponderle al imputado si eventualmente resulta condenado; en otras palabras, mayor será la "magnitud de la pena en expectativa". Y esta pauta, entre otras<sup>60</sup>, es la que habrá de determinar la presunción fundada de que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

### 3.2. *El riesgo de entorpecimiento de la investigación*

Analizado en forma extremadamente somera uno de los extremos que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar el peligro de fuga<sup>61</sup>,

habilita a practicar el pronóstico de pena, considerando todas las variables que mensuran los arts. 26, 40 y 41 del Cód. Pen., aventando toda posibilidad de indebido prejuzgamiento" (SOLIMINE, *La interpretación de las normas excarcelatorias...* cit., ps. 6 y ss.).

<sup>59</sup> Este criterio, de más está aclarar, no coincide con el plasmado en "Barbará" y demás pronunciamientos similares.

<sup>60</sup> El artículo 319 estipula la posibilidad de declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado y si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores. Pero además es posible ponderar otros indicadores de riesgo procesal no enunciados por la norma, como por ejemplo las condenas anteriores, las causas paralelas, la violación de la libertad condicional, la declaración de rebeldía, la necesidad de extraditar al justiciable, la actitud del imputado frente al daño causado, la actitud del imputado frente a la marcha de la investigación y claro está la magnitud de la pena en expectativa (véase SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación...* cit., ps. 90-97).

<sup>61</sup> Criterio por de más importante en lo que atañe a episodios graves cometidos contra la integridad sexual de menores de edad, reprimidos con sanciones proporcionalmente graves. Aun cuando no se comparta el enfoque dado a su respecto en este análisis, entiendo que igualmente deberían tenerse presente las observaciones que aquí se formulan en torno al riesgo de entorpecimiento de la investigación.

corresponde pasar al examen de otro de los presupuestos de riesgo procesal, que guarda trascendental relación con el tema que nos ocupa, recuérdese, la libertad de los sujetos imputados de un delito de paidofilia durante el proceso penal.

Me refiero al riesgo de entorpecimiento de las investigaciones, debiendo entenderse por tal el peligro de que el imputado utilice su libertad para borrar o destruir las huellas del delito; intimidar, sobornar o influenciar a los testigos y concertarse con sus cómplices o encubridores<sup>62</sup>.

No resulta difícil advertir que a esta presunción legal de riesgo procesal tanto en la doctrina como en la práctica no se le confiere importancia superlativa e inclusive algunos autores la descartan como motivo válido para justificar el encierro del imputado durante la investigación y el juicio.

En efecto, para Binder, dentro de nuestro sistema constitucional solamente el riesgo de fuga puede constituir un fundamento genuino para el encarcelamiento preventivo y no así el entorpecimiento de la investigación. Entiende en tal sentido que este presupuesto no se erige como argumento válido para el encarcelamiento de una persona porque "el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado". Además, agrega: "es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar a la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad"<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación...* cit., p. 24.

<sup>63</sup> BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal* cit., p. 199. Apunta el autor citado que distinta es la consideración respecto del peligro de fuga. En tal sentido el Estado se encuentra con un límite absoluto que es la imposibilidad de realizar los juicios en ausencia (no se pueden realizar juicios penales de rebeldía del imputado). En consecuencia, "aquí el imputado tiene efectivamente un poder real para obstaculizar el desarrollo del proceso e impedir la aplicación de una pena" (ob. cit., p. 199).

Cafferata Nores, en cambio, acepta tal pauta y señala que con ella se trata de evitar la manipulación o falseamiento de alguna prueba en concreto mas no de la actividad probatoria abstracta y genéricamente considerada<sup>64</sup>.

Igual criterio mantiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual a través del informe 2/97 subrayó: "La Comisión considera que no es legítimo invocar las *necesidades de la investigación* de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación tiene que fundarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado"<sup>65</sup>.

Finalmente, para Solimine, la causal de peligro de entorpecimiento de la investigación debe ser real y sólo puede operar en los primeros momentos de la causa<sup>66</sup>.

En lo que respecta a los hechos delictivos cometidos contra menores de edad, principalmente los que detentan características sexuales y sobre todo los cometidos dentro del seno familiar, es decir, los delitos intrafamiliares, el peligro procesal derivado del riesgo de entorpecimiento de la investigación en gran parte de los casos puede persistir durante todo el transcurso del proceso penal, pudiendo neutralizarse únicamente si se mantiene distanciado al imputado de su víctima directa, esto es, del niño vulnerado, como así también de sus víctimas indirectas: el resto de su familia.

Según las características particulares del caso, las condiciones personales del imputado (y de su familia), su actitud ante la marcha de la investigación y frente al daño causado, y teniendo en cuenta la magnitud de la pena con que puede sancionarse en caso de resultar

<sup>64</sup> CAFFERATA NORES, José I., *Limitación temporal de la prisión preventiva y recepción de los standards de la jurisprudencia supranacional*, en L. L. 2001-B-354.

<sup>65</sup> Conf. párr. 34 del citado informe.

<sup>66</sup> SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación...* cit., p. 24. Igual criterio parece ser el de Cafferata Nores, para quien generalmente la posibilidad de obstaculizar el descubrimiento de la verdad existirá al comienzo de la investigación, agregando en tal sentido que "Tanto es así que la mayoría de los códigos se ocupan de esta causal restrictiva al legislar sobre la detención. Sin embargo, para los casos excepcionales en que el peligro subsista, éste podrá fundar legítimamente la negativa de excarcelación" (CAFFERATA NORES, *La excarcelación* cit., p. 79).

condenado, el órgano judicial deberá determinar la procedencia, o no, de su libertad. Por su parte, para evaluar el eventual entorpecimiento de la investigación que podría desplegar, impidiendo así el descubrimiento de la verdad y con ello lograr eludir o burlar la acción de la justicia<sup>67</sup>, deberán tenerse en cuenta tanto la forma en la que el imputado se condujo respecto de su víctima y el resto de su entorno, como las características propias de este tipo de delitos que en la mayoría de los casos conllevan a arrepentimientos o retractaciones derivadas del terror o la misericordia por parte de los ofendidos.

De modo que, corresponde adelantar, si la versión de la víctima y de su entorno familiar conviviente se recibe al principio de la investigación; si para ello se respetan las formalidades exigidas por la ley ritual reguladas a tal efecto<sup>68</sup> observándose los derechos y garantías que le asisten al imputado (especialmente su derecho a controlar o hacer controlar la prueba producida)<sup>69</sup> de manera que dicha prueba pueda ser utilizada en el juicio, es decir, sin la necesidad de reproducirla tiempo después, lo cierto es que se diluye el peligro de que el imputado pueda entorpecer la investigación. Así, de determinarse que tampoco existe peligro de fuga, no existirán motivos que fundamenten su encierro preventivo, ya que podrá mantenerse alejado de su víctima (y del entorno familiar) a través de alguna de las medidas alternativas a la prisión preventiva cuya aplicación autoriza el artículo 310 del CPPN.

#### 4. Las retractaciones, los falsos negativos y el entorpecimiento de la investigación

Eva Giberti previene que es habitual, o por lo menos no es infrecuente, que los niños se desdigan de lo que denunciaron, es decir, que asuman haber mentido. La retractación de aquello que sostuvieron constituye uno de los momentos más complejos de las intervenciones ju-

<sup>67</sup> CAFFERATA NORES, *La excarcelación* cit., p. 79.

<sup>68</sup> Esta cuestión la abordé en *Derecho del niño víctima a ser oído en el proceso criminal. Su reglamentación en el Código Procesal Penal de la Nación*, en *Doctrina Judicial* del 9-2-2005, p. 254.

<sup>69</sup> Art. 14.3 (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

diciales, si bien, como indica tal autora, quienes tienen práctica en estos temas saben que es esperable que esto ocurra<sup>70</sup>.

Es que, justamente, los niños no toleran los principales efectos que pueden llegar a tener sus denuncias: el encarcelamiento del padre, el desguarnecimiento económico familiar y la hostilidad de la madre. Así, ante las consecuencias de la denuncia, el niño confronta como reales los tan imaginados miedos; la realidad se hace terrorífica, tal como fueron las amenazas; el niño puede ser alejado de su casa y ambiente y en muchos casos hay repetición del maltrato pero esta vez a niveles institucionales. El padre puede ser condenado, la madre oscila entre la incredulidad y la desesperación, la familia se fragmenta y el niño es culpado de esa fragmentación familiar, y si la intervención terapéutica no se produce rápidamente (y a veces aun así), el niño tratará de deshacer lo que provocó y se retractará de su acusación<sup>71</sup>.

A ello debe añadirse su exposición como testigo y víctima de los hechos más las revisiones de los profesionales que tienen a su cargo el análisis de lo sucedido. Todo ello gesta un nuevo modelo de vergüenza socializada, diferente de la ya conocida por ellos, que se mantenía en el plano de lo psicológico personal y familiar.

Concluye entonces Giberti que los niños terminan por expresar claramente que están cansados de todo este proceso y que precisan sentirse tranquilos. Es entonces que descubren que la retractación es el camino para retroceder respecto de aquello que añade tanto dolor (victimización debido a sus declaraciones, consultas forenses y repercusiones respecto de la persona que imputaron)<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Conf. GIBERTI, Eva, *El incesto paterno-filial contra la hija/niña*, disponible de World Wide Web, en: <http://www.psiconet.com/foros/generopaternalfilial.htm>.

<sup>71</sup> Conf. KUPERMAN DE KUITCA, María Lea, *Violencia familiar y abuso sexual infante-juvenil*, en *Psicoanálisis*, vol. XXII, N° 2, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (APdeBA), Buenos Aires, 2000, p. 363.

<sup>72</sup> GIBERTI, *El incesto paterno-filial contra la hija/niña...* cit., quien sobre el tema agrega que el reconocimiento que pueden llegar a efectuar los niños de que mintieron, no tiene las mismas características de la retractación de quien, siendo adulto, debe admitir que falseó los hechos y en un segundo momento, elige desdecirse de lo afirmado. Según Giberti ambos momentos pueden confundirse en los niños. Así, avergonzarse por haber mentado, podría evaluarse como menos doloroso que sobrellevar los efectos de la verdad. De donde la retractación —palabra que posee connotaciones

Esta particularidad del testimonio infantil ya era advertida a principios del siglo pasado al estudiarse supuestos en que los niños se retractaban para no perjudicar a sus padres abusadores<sup>73</sup>.

Así, en ocasiones se han comparado las retractaciones del testigo con las del inculpado, constatándose que existían diferencias esenciales entre unas y otras ya que las primeras se hacían a favor de otro, mientras que las segundas a favor de uno mismo. Consecuentemente, estas últimas resultaban sospechosas a priori, pero no las otras. Por lo expuesto se aconsejaba ante todo averiguar “por qué motivo y en qué circunstancias el testigo cambió sus declaraciones, a fin de advertir si fue espontáneamente y por un motivo de conciencia, o si, por el contrario, fue bajo una influencia extraña y por un motivo interesado o afectivo”<sup>74</sup>.

No puede sesgarse entonces que son muchos más los falsos negativos (retractaciones falsas, por ejemplo) que los falsos positivos. Son muchos más los casos en los que tuvo lugar el abuso y en los que los niños acaban retractándose de su historia por presiones, desestimándose de tal modo su primera versión de lo ocurrido, que las denuncias falsas. En efecto, en los estudios que se vienen realizando sobre el particular en España se ha corroborado que la retractación forma parte del proceso que atraviesa el niño. Para colmo de males, allí se comprobó que el sistema judicial cree con mucha facilidad las retractaciones. Es que en realidad la retractación es un alivio para las instituciones, que ante semejante suceso aterrador, prefieren pensar que no ha ocurrido a afrontar todo el proceso. Entonces, cuando el niño se retracta, se tiende a creer con mayor facilidad la retractación que la versión primera<sup>75</sup>. Corolario de ello en principio resulta ser que no se pone el

adultas— no significa para ellos lo que para nosotros, dada la dimensión social que implica retroceder, dañando el narcisismo adulto.

<sup>73</sup> PLAUT, Paul, *Der Zeuge und seine Aussage im Strafprozess (El testigo y su declaración en juicio)*, Thieme, Leipzig, 1931, ps. 195 y ss., cit. por GORPHE, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, trad. al castellano de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1967, ps. 405 y ss.

<sup>74</sup> GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas* cit., ps. 405 y ss.

<sup>75</sup> Conf. SÁNCHEZ HERAS, Josefa, *Análisis de los logros y carencias de la aplicación del sistema penal en los casos de abuso sexual infantil y de las medidas de protección del menor en distintas comunidades autónomas*, en *Niños y niñas víctimas*

mismo énfasis en comprobar y validar los motivos que han podido llevar al niño o niña a retractarse como el que se aplica en comprobar la veracidad y fiabilidad de su testimonio.

Pero ello no es todo. También las probabilidades de que existan retractaciones y falsos negativos se acentúan en la medida en que el agresor se mantiene en contacto, o lo que es peor, continúa la convivencia con el ofendido. De manera que éste habrá de aprovechar tal intermediación para instalar en la víctima sentimientos de miedo, angustia, aflicción o lástima que determinarán que ineludiblemente deba mutar la versión del hecho que lo ofendiera.

Esa reacción del sujeto imputado no obstante puede preverse, valorando su comportamiento desde la época en que comenzó a desplegar los hechos delictivos hasta la fecha en que fueron develados. Así, el órgano jurisdiccional podrá conocer, y en su caso fundamentar, si se encuentra ante un riesgo de entorpecimiento de la investigación que habilite a restringir la libertad de aquél.

#### 4.1. *Pautas que determinan el peligro de entorpecimiento de la investigación en supuestos de episodios abusivos perpetrados en perjuicio de menores*

El proceso de "preparación" de la víctima menor de edad para su sometimiento sexual, sobre todo en los casos de incesto, es denominado por algunos autores como "estrategias de seducción y preparación". Estas estrategias revisten diversos estadios y si bien suelen tener su génesis presentando un clima afable hacia la víctima, no en pocas ocasiones se develan y culminan en episodios de violencia.

Diana Sanz refiere que el grado creciente de conductas abusivas implica un grado creciente de intimidación en la relación abusador-abusado. En efecto, no se requieren las mismas maniobras persuasivas para acariciar los genitales por encima de la ropa que para iniciar una penetración. El grado de persuasión va en aumento, hasta evolucionar en la coerción franca y abierta con maniobras psicológicas y amenazas y hasta castigos físicos, y esto es así porque el grado de

*de abuso sexual y el procedimiento judicial*, Grupo Europa de la Alianza Save the Children, España, s/fecha, p. 61.

resistencia pasiva que ejerce el niño no es igual en el proceso de seducción que hacia el final del mismo<sup>76</sup>.

Generalmente en un principio el abusador incestuoso no suele ser violento ni agresivo con su víctima; por el contrario, ésta es la hija o el hijo preferido que recibe los favores del padre desde temprana edad, por lo que el vínculo abusivo se establece mucho tiempo antes que la familia descubra el contacto y se produzca la crisis familiar inevitable<sup>77</sup>.

Excluyendo el daño físico que generalmente precipita la intervención, el abuso sexual queda enmascarado en prácticas habituales "normales" que rara vez son cuestionadas. Ello responde a que el trabajo de sometimiento que realiza el abusador sobre el menor requiere tiempo y paciencia ya que en un principio se establece un período de captación en el cual el adulto coparticipa la responsabilidad del contacto con el niño, sugiriendo guardar el secreto bajo el pretexto de que se trata de una cuestión que sólo a ellos les incumbe.

A medida que el niño crece y el abuso se vuelve crónico se produce en el psiquismo infantil el síndrome de acomodación, es decir, se acomoda a las experiencias traumáticas mediante comportamientos que le permiten sobrevivir con una fachada de seudonormalidad. De modo que, cuando el secreto del abuso se revela, rara vez es de manera espontánea<sup>78</sup>. Sale a la luz porque estalla un conflicto familiar,

<sup>76</sup> SANZ, Diana y MOLINA, Alejandro, *Violencia y abuso en la familia*, Lumen-Humanitas, Buenos Aires, 1999, p. 69.

<sup>77</sup> En realidad, excluyendo los ataques ocasionales en donde la víctima es elegida en forma azarosa, "toda relación sexual entre un adulto y un niño, tanto intra como extrafamiliar, se inicia con la creación de un vínculo de confianza y afecto absoluto, que el perpetrador va adquiriendo a través de maniobras de gratificación de la autoestima del niño y que tienen como objetivo asegurarse la complacencia infantil. Cuanto más pequeño el niño, más fácil es lograrlo, basta con una dedicación especial: juegos, regalos y un poco de tiempo compartido; entre la pubertad y la adolescencia, el grado de 'soborno' emocional es mayor, y el trabajo de colocar al niño/a en el lugar de el/la favorita exige más inversión de tiempo" (SANZ y MOLINA, *Violencia y abuso en la familia* cit., p. 69).

<sup>78</sup> Kuperman de Kuitca opina que "La ruptura del silencio ocurre solamente cuando alguno de los mecanismos de acomodación implementados por el niño dejan de ser efectivos, por lo general esto pasa después de un prolongado tiempo y aun años de abuso continuado. Es común que la víctima permanezca silenciosa hasta entrada en

por el descubrimiento accidental de un tercero o por la detección por personal especializado.

Cabe resaltar que en el abuso extrafamiliar, el proceso de creación del vínculo de confianza con la víctima es planeado de modo consciente por el perpetrador, para asegurarse la complacencia del niño. Por el contrario, en el abuso intrafamiliar, la intimidación de las relaciones, la inversión de roles, el autoritarismo ejercido por la familia (en general, por el abusador), son las que en definitiva favorecen las maniobras seductoras de éste<sup>79</sup>.

De modo que cuando el abuso sexual tiene lugar dentro de una familia, generalmente existirá una fuerte presión para mantenerlo en secreto respecto del mundo externo. El grado de organización, el mantenimiento de límites personales e intergeneracionales y la amplitud de comunicación dentro de la familia determinarán cuán abierto será el secreto y cuán fuerte el mandato para que no sea conocido afuera<sup>80</sup>. Así, debe tenerse presente que "el secreto supone la convicción de que las vivencias en cuestión son incomunicables. Entre las personas involucradas nace entonces un vínculo de facto, sin alternativas [...] El abusador manipula el poder y carga a la víctima con la responsabilidad del secreto. El silencio del niño protege no sólo al abusador, sino a sí mismo y a su familia"<sup>81</sup>.

la adolescencia donde los patrones de interrelación (con sus padres) suelen cambiar" (KUPERMAN DE KUITCA, *Violencia familiar y abuso sexual infanto-juvenil* cit., p. 363).

<sup>79</sup> SANZ y MOLINA, *Violencia y abuso en la familia* cit., p. 69.

<sup>80</sup> GLASER, Danya y FROSH, Stephen, *Abuso sexual de niños*, Paidós, Buenos Aires, 1ª reimp., 1998, p. 80. En cuanto al secreto, consignan además los autores evocados que si bien éste constituye la característica del abuso sexual infantil intrafamiliar, puede encontrarse también en casos en que el abusador no es miembro de la familia. En la medida en que la familia del niño sea consciente de la situación de abuso, el mantenimiento del secreto se relacionará directamente con la estrechez de la vinculación entre el abusador y el que provee cuidados al niño. Cuanto más cercana sea la vinculación, como cuando el abusador es un amigo de la familia o un pariente, mayor será el grado de secreto. La forma última y más perjudicial de esta proximidad se observa cuando el proveedor de cuidados y el abusador son una misma persona (ob. cit., p. 80).

<sup>81</sup> PERRONE, Reynaldo y NANNINI, Martine, *Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional*, Paidós, Buenos Aires, 1997, p. 138.

En efecto, aun cuando el abusador no despliegue actitudes intimidantes, se suscita lo que ha dado en denominarse "la represalia oculta". Ésta opera cuando el niño se percata del sometimiento que viene padeciendo y provoca que a éste le resulte evidente que cualquier intento de cambiar su statu quo de la situación lo perjudicará a él y a su familia. Torturan el espíritu de estos niños ideas de destrucción, vergüenza, separación, suicidio y muerte.

Hay una diferencia entre la represalia oculta y la amenaza. La primera provoca una perturbación más intensa, porque conlleva la idea de que el mal y sus consecuencias se originan en la acción defensiva de la víctima. De modo que esta acción se volvería contra el que tratase de defenderse. En cambio, en la amenaza se anuncia de manera explícita que habrá represalias contra quien actúe o realice una acción prohibida, y también se define quién ejercerá el castigo. El abusador utiliza ambos mensajes, pero el que mayores trastornos psicológicos ocasiona a la víctima es el de la represalia oculta<sup>82</sup>.

Todo ello lleva a apuntar que como forma extrema de relación no igualitaria, se conforma entre abusador y abusado lo que ha dado en denominarse en la teoría psicológica como "hechizo". Éste se caracteriza por la influencia que una persona ejerce sobre otra, sin que ésta lo sepa, siendo este aspecto esencial y específico. El sujeto sometido registra el comportamiento del otro, pero el contexto o los medios de que dispone no le permiten escapar de la situación. Se observa una colonización de espíritu de uno por el otro. Se trata de una suerte de invasión de territorio, una negación de la existencia, siendo la palabra el canal más sofisticado del conjunto de estrategias que el abusador utiliza con fines de captación<sup>83</sup>.

Consecuentemente, cuando las amenazas y las exhortaciones al secreto se concretan, pueden contribuir a que el niño se sienta demasiado culpable o asustado para "admitir" la existencia del contacto sexual. En tal sentido, luego de la revelación de lo ocurrido, más que estar expuesto de forma inmediata al abuso sexual adicional, hay mayores posibili-

<sup>82</sup> PERRONE y NANNINI, *Violencia y abusos sexuales en la familia...* cit., ps. 115 y ss.

<sup>83</sup> PERRONE y NANNINI, *Violencia y abusos sexuales en la familia...* cit., ps. 143 y ss.

dades de que el niño se encuentre en peligro de sufrir traumas emocionales y físicos adicionales provocados por el descreimiento, la presión para retractarse y el castigo por su revelación. De modo que sólo podrá asegurarse una inmediata protección ante el abusador si todo contacto con el niño (y posiblemente sus hermanos con aquél) es supervisado por un adulto que no forme parte del sistema existente familia-abusador. Las consecuencias prácticas de esta manifestación son que si el niño y el abusador viven juntos, uno de los dos deberá retirarse<sup>84</sup>.

Las particularidades apuntadas revisten significativa importancia a la hora de valorar la conducta que puede desplegar el abusador de volver a tomar contacto con el niño luego de la denuncia y antes de la finalización del juicio, o bien las consecuencias derivadas de tal intermediación.

En tal hipótesis, la pregunta que corresponde formularse es, ¿puede el imputado en tal caso llegar a entorpecer las investigaciones al pretender mutar la versión inicial de la víctima por una que favorezca su situación? Y la respuesta a tal interrogante debe ser: tal vez no en forma voluntaria, mas la situación fáctica preexistente, que además el juez puede acreditar tanto a través de informes psicológicos y psiquiátricos como por la propia versión del niño de lo ocurrido, habilita a presumir la posibilidad de que operen los ya aludidos mecanismos de "hechizo" derivados de la "represalia oculta" o "amenaza directa", que ciertamente no desaparecen por arte de magia en el tiempo, y menos aún durante el exiguo estadio inicial de la instrucción. De modo que, sin hesitaciones, el niño habrá de mutar su exposición de lo ocurrido, con el consecuente perjuicio que ello habrá de acarrear a la investigación, más allá de que en definitiva se crea o no en su retractación.

##### 5. La aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva

Los fundamentos apuntados en los párrafos anteriores autorizan a presumir que en supuestos de abuso sexual cometidos contra menores de edad, principalmente aquellos suscitados en el ámbito intrafamiliar, el

<sup>84</sup> GLASER y FROSH, *Abuso sexual de niños* cit., p. 131.

imputado probablemente entorpezca la investigación de volver a mantener contacto con su víctima. Sin embargo, ello no implica que en todos los casos el mismo, por tal motivo, necesariamente deba ser sometido a encierro mientras dure el proceso en donde se investiga su conducta.

Se ha señalado que el peligro de entorpecimiento cesa si la versión del niño es recibida de modo que también pueda ser utilizada en el juicio<sup>85</sup>, con lo cual sólo restará analizar la posibilidad de que el imputado se fugue si recupera su libertad.

Si esta última presunción legal de riesgo procesal resulta conmovida<sup>86</sup>, entonces pueden (y deben) disponerse medidas alternativas a la prisión habilitando así al imputado a permanecer en libertad, aventando sin embargo toda posibilidad de que el mismo intente influenciar al ofendido y demás testigos para que declaren favorablemente a sus intereses.

<sup>85</sup> Lo expuesto implica que tal versión sea recibida a modo de adelanto de prueba que habrá de utilizarse en el juicio. Sobre el particular puede consultarse mi trabajo *Derecho del niño víctima a ser oído en el proceso criminal* cit., p. 254. En otro orden de ideas merece apuntarse que la recepción definitiva de la declaración del niño no implica la disipación automática de potenciales nuevos ataques por parte del abusador. Sin embargo, tal causal, como se ha analizado, no resulta un fundamento válido para disponer el encierro preventivo del imputado. Ello no obsta a que en los autos principales y a modo de medida cautelar se adopten mecanismos de protección respecto del niño víctima a fuer de evitar tales agresiones.

<sup>86</sup> Posiblemente al analizar el arraigo y las condiciones personales del imputado el órgano jurisdiccional habrá de encontrarse con un sujeto que mantiene muchos estereotipos de interés prosocial y respetabilidad. Sin embargo, también deberá tenerse en cuenta que tales individuos generalmente engañan. Así, si bien aparecen como relativamente competentes en su trabajo y su vida social, ejercen un control estricto sobre sus esposas e hijos y si es necesario dominan a sus familias mediante el uso de la fuerza (GLASER y FROSH, *Abuso sexual de niños* cit., p. 39). "En realidad están controlando que el abusado no halle apoyos o respaldos en terceros que pudieran ver descubierto su accionar delictivo. Muchos se engañan a sí mismos y a los demás no considerándose delinquentes sexuales y puede que los demás tampoco los reconozcan como tales. Ello ya que practican con gran facilidad el disimulo y la mentira, escondiéndose de sí mismos y de los demás" (VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la integridad sexual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 29 y ss.). Por otra parte, de considerarse prudente la imposición de una caución real, especial cuidado deberá guardarse si el imputado pretendiese afrontar la misma con bienes que, eventualmente ejecutados ante su incumplimiento, terminen por causar mayores perjuicios a la propia víctima poniendo en riesgo su derecho alimentario.

El artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación dispone en su primer párrafo que: "Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312<sup>87</sup>, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se señalen. Si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad".

Este tipo de obligaciones y restricciones constituyen medidas de coerción, que resultan de menor intensidad que la prisión preventiva y, en principio, están pensadas como medidas sustitutivas del encarcelamiento cautelar, para los casos en que éste, merced al principio de proporcionalidad<sup>88</sup>, queda excluido por no haber pena privativa de

<sup>87</sup> Art. 312 del CPPN: "El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando: 1) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. 2) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el art. 319".

<sup>88</sup> La aplicación de este principio se verifica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida y supone determinar, mediante la utilización de las técnicas de contrapeso de bienes o valores y la ponderación de los intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles. Tiene así un contenido valorativo-ponderativo, que atiende al aspecto cualitativo de la injerencia estatal sobre el sometido a proceso (conf. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, ps. 225 y ss.). Sobre el tema, en "Rímolo", el juez González hubo de señalar: "...la magnitud de la pena en expectativa, evaluada con estricta observancia del principio de proporcionalidad, me obliga, con mayor intensidad que en las ocasiones de cita anterior, a sostener sin ambages mi opinión contraria a la procedencia de la excarcelación impetrada. Tal como señala Bovino citando a Binder, dicho principio 'exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados'. El sentido actual del principio es el de estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo, el principio de proporcionalidad ha sido denominado 'prohibición de exceso'. Así, la doctrina mayoritaria más moderna

libertad o si ésta va a ser de cumplimiento en suspenso. A su vez, si bien el precepto estipula como regla que estas medidas pueden disponerse con el procesamiento, también resulta admisible su aplicación antes de él y aun después: antes pueden ser aplicadas al concederse la excarcelación o exención de prisión; en tanto que la aplicación con posterioridad al procesamiento se puede decretar cuando aparezcan nuevas circunstancias de riesgo procesal de fuga o entorpecimiento a las investigaciones, que tornen necesaria la imposición de este tipo de restricciones<sup>89</sup>.

Paralelamente a lo expuesto corresponde subrayar que a través del dictado de la ley 24.417<sup>90</sup> -artículo 8º-, se incorporó como segundo párrafo al artículo 310 del CPPN el siguiente: "En los procesos por alguno de los delitos previstos en el Libro Segundo, Títulos I, II, III, V y VI, y Título V, Capítulo I del Código Penal cometidos dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que pueden repetirse, el juez podrá disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado. Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que se promuevan las acciones que correspondan"<sup>91</sup>.

sostiene: 'la violencia que se ejerce como medida de coerción (encarcelamiento preventivo) nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de pena, en caso de probarse el delito en cuestión' (BOVINO, Alberto, *Contra la inocencia, en Justicia penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 100). En la específica situación de la señora Rímolo puede advertirse nitidamente la ausencia del 'exceso' que podría tornar arbitrario un mantenimiento caprichoso de su detención, tomando en cuenta el tiempo que ha cumplido en prisión preventiva y la grave expectativa de pena emergente del concurso de delitos que de momento se le endilga, en tanto que ningún elemento objetivo obrante en el legajo parece indicar la disminución del potencial riesgo de fuga que en forma recurrente constituyera un constante reparo para su soltura" (CNCCorr., sala IV, c. 26.437, "Rímolo, Mónica Cristina", rta. el 2-5-2005).

<sup>89</sup> Conf. SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva...* cit., p. 497.

<sup>90</sup> Denominada "Ley de Protección contra la Violencia Familiar", sancionada el 7-12-94, promulgada el 28-12-94, publicada en el B. O. del 3-1-95.

<sup>91</sup> Adviértase que el legislador incurrió en un error al describir los delitos comprendidos por la previsión legal.

De modo que, al momento de decidir la libertad del imputado, el órgano jurisdiccional se encontrará habilitado y deberá optar por una o varias de las medidas a que autoriza el texto legal<sup>92</sup> invocado, es decir:

- a) Ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) prohibir el acceso al autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio;
- c) ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor;
- d) decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos<sup>93</sup>.

Finalmente, el juez también se encontrará habilitado a establecer el tiempo de duración de tales disposiciones de acuerdo a los antecedentes de la causa<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Conf. art. 4º *in fine* de la ley 24.417.

<sup>93</sup> Tal vez las medidas consignadas en este último punto, a excepción del derecho de comunicación con los hijos (que también puede vedarlo por razones de seguridad el juez penal), convenga que las disponga el juez de Familia especializado en cuestiones de alimentos y competencia, tal como se regula en el artículo 8º *in fine* de la ley 24.417, en el que se consigna que "Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que se promuevan las acciones que correspondan". Grosman y Martínez Alcorta, quienes entienden que las medidas enumeradas expresamente por la norma no son taxativas y que el juez se encuentra habilitado a disponer "toda medida que ampare a quien ha sufrido el abuso, aun cuando la misma no conste expresamente pues se trata de disposiciones protectoras de la persona". Por su parte advierten que la exclusión de la vivienda a que alude el inciso a, del art. 4º de la ley comentada, procede en todos los casos, aun cuando el excluido fuese el propietario del inmueble. En estos casos, debe seguirse el criterio que opera en todas las normas de protección de la vivienda familiar, que expresan especial preocupación por amparar a la persona que se encuentra en condiciones más desfavorables para conseguir albergue, tutelándose primordialmente al núcleo integrado por el progenitor y los hijos a su cargo. Según las autoras, "este criterio debe aplicarse con mayor razón cuando la persona debe ser excluida por el abuso y daño ocasionado a los componentes del grupo familiar" (GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Una ley a mitad de camino. La Ley de Protección contra la Violencia Familiar*, en L. L. 1995-B-851 y ss.).

<sup>94</sup> Las medidas apuntadas además pueden adoptarse en los autos principales, esto

## 6. Colofón

Repasando entonces algunos conceptos desarrollados a lo largo de este análisis, a modo de conclusión, corresponde insistir con las siguientes observaciones:

- a) El encarcelamiento preventivo, como se encuentra regulado en el ordenamiento procesal nacional, sólo puede fundamentarse si se dispone para posibilitar la efectiva realización del juicio. Consecuentemente, el encierro del imputado antes del dictado de una sentencia únicamente puede disponerse para aventar los peligros procesales que atentan contra tal fin, siendo éstos el riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación.
- b) Más allá de lo dispuesto a través del mecanismo de presunciones legales consagrado en el artículo 316, párrafo 2º del Código adjetivo, el imputado se encuentra habilitado a invocar que, en su caso, no existe riesgo procesal, lo cual, de verificarse, habilita a que permanezca en libertad durante la tramitación del proceso penal que se sigue en su contra.
- c) En tales circunstancias, uno de los temas a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional (mas no el único) al momento de decidir tal libertad lo constituye la magnitud de la pena en expectativa. En tal sentido y con el objeto de evitar el riesgo de fuga, habrán de exigirse mayores elementos de prueba cuanto mayor sea la pena en expectativa.
- d) Por su parte, y en lo que respecta a las investigaciones vinculadas con episodios delictivos perpetrados en perjuicio de la integridad sexual de niños, especialmente si tales episodios tuvieron lugar a nivel intrafamiliar o fueron llevados a cabo por personas de confianza o cercanas a la familia de la víctima, el riesgo de entorpecimiento de la investigación es permanente hasta la finalización del juicio, máxime si se permite la intermediación directa y sin ningún contralor externo a la familia entre el niño ofendido y el imputado. Claro que también este peligro, al igual que como

es, no necesariamente al resolverse la excarcelación o exención de prisión de un imputado, por resultar medidas cautelares de naturaleza tuitiva para el grupo de convivencia que resulta víctima del delito investigado.

ocurre con el riesgo de fuga, podrá ser desvirtuado a través de elementos probatorios que demuestren lo contrario y que el juez deberá evaluar con criterio restrictivo, y tener en cuenta las particulares condiciones psicofísicas que revisten los niños abusados luego de develar los pavorosos episodios que debieron padecer.

- e) La confirmación del peligro de entorpecimiento de la investigación en el caso concreto no implica necesariamente la disposición del encierro preventivo del imputado durante el proceso, salvo que además se verifique el riesgo de fuga, ya que pueden adoptarse medidas alternativas a la prisión, tales como las que faculta a imponer la Ley de Protección contra la Violencia Familiar.
- f) Esas medidas, cuando se resuelve la libertad del imputado, sólo pueden disponerse a fin de neutralizar el riesgo de que aquél intente influenciar al niño para que se retracte de sus afirmaciones. De modo que las mismas no pueden fundarse en su peligrosidad delictual, por temor a que vuelva a desplegar actos lesivos similares a los que originaron la investigación (criterio sustantivista). Sin embargo, ello no obsta a que, con un fin tuitivo, tales prevenciones sean decididas a modo de medida cautelar en la causa principal.

## DOS INTERESANTES FALLOS ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

por DIEGO L. GUARDIA

### I

Dos decisiones judiciales convocan aquí nuestra atención. Siguiendo un orden cronológico, en primer término, la decisión de la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de declarar la inconstitucionalidad de la interpretación efectuada por un magistrado de jerarquía inferior, que había realizado la aplicación *ius et de iure* de las pautas establecidas en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, sin que se hubiera advertido, de manera objetiva, la concurrencia de los peligros procesales establecidos en el artículo 280 de ese ordenamiento legal, concediendo la exención de prisión de un imputado del delito de asociación ilícita en carácter de organizador, en concurso real con estafa reiterada –ciento veintinueve hechos– y tentativa de estafa reiterada –ocho hechos– y tentativa de hurto reiterado –sesenta y cinco hechos– todos en calidad de partícipe necesario, los cuales concurren realmente con el delito de falsificación de documento público –dos hechos– en calidad de coautor<sup>1</sup>.

En segundo término, la decisión de la sala III de la Excelentísima Cámara Nacional de Casación Penal de conceder la exención de prisión de una imputada del delito de evasión tributaria agravada por entender

<sup>1</sup> “Barbará, Rodrigo Ruy”, CNCCorr., sala I, causa 21.143, rta. el 10-11-2003.