

Expte. Nro.: 0000067648

Mendoza, 29 de abril de 2016

NOTA N° 206-L

A la

HONORABLE LEGISLATURA DE LA PROVINCIA

S / R

Tengo el agrado dirigirme a V.H. con el fin de someter a su consideración el adjunto proyecto de ley sobre la celeridad, participación y control de la prisión preventiva, fruto del trabajo de diversos expertos, quienes receptaron los problemas y preocupaciones *que* sobre la prisión preventiva han puesto de relieve tanto los imputados como las víctimas y la sociedad en general, atento los estándares poco claros que rigen la materia.

La temática fue sometida a un *estudio* profundo y, previa consulta con especialistas y operadores, se han propuesto las medidas que considero mínimas e indispensables con relación a las personas privadas de libertad sin sentencia firme, que revisten la categoría vulgarmente conocida de “*procesados*”, como parte de una política pública sobre la seguridad y el sistema de justicia penal que viene reclamando la sociedad.

En este proyecto se integra con distintos aspectos. Por un lado se rescata la necesidad de contar con una información clara y precisa respecto de la situación de las personas privadas de libertad, determinando los tiempos de detención, etapas procesales que transitan y autoridad judicial bajo cuya responsabilidad se encuentran.

La obligación de proporcionar esta información vital, corresponde a quien tiene el gobierno de la administración de justicia y puede obtenerla. El propósito es transparentar la situación de los detenidos sometidos a proceso, como parte de la obligación constitucional que pesa sobre el Alto Tribunal de pasar anualmente

una memoria y estado de dicha administración conforme lo establece el artículo 144 en su inciso 2 de la Constitución Provincial.

Simultáneamente, proponemos reformas al código procesal penal referidas al dictado, control y cese de la prisión preventiva y apuntamos a la modernización del procedimiento oralizando el trámite - lo que va a redundar en una mayor rapidez del mismo-, permitiendo a su vez la intervención de la víctima en él.

Hemos uniformado lo concerniente a esta temática en toda la provincia con independencia del código procesal vigente.

Entendemos que debemos superar la actual divergencia entre la ley -que los jueces están obligados a aplicar según los arts.148 y 149 de la Constitución - y las interpretaciones judiciales autoreferenciales sobre los casos en los cuales resulta posible el dictado de la prisión preventiva, que han llevado a decisiones apartadas del orden legal vigente.

Sólo la Legislatura en ejercicio de sus atribuciones puede disponer normas que partiendo de una correcta interpretación constitucional y de los tratados sobre derechos humanos, establezca con precisión cuando y bajo qué condiciones necesarias puede ordenarse dicha medida cautelar.

En el mismo sentido, hemos propuesto un procedimiento más fluido tanto para dictar como para controlar y eventualmente prorrogar o hacer cesar la prisión preventiva, instaurando la metodología de decisiones judiciales en audiencias orales indelegables, que permita la concentración de actos, celeridad , inmediatez y pronta resolución, poniendo en valor el pleno funcionamiento del sistema acusatorio-adversarial.

Como nota destacada, se impone la obligación al Ministerio Público Fiscal para que en todos los casos de permanencia de la detención, requiera la prisión preventiva al juez competente, disponiendo que el tiempo en que debe hacerlo constituye un término fatal.

Se ordena la participación en todas las audiencias del imputado con su defensor; y que pueda hacerlo el querellante y la víctima, aunque ésta no se haya constituido como tal.

Asimismo, debe adaptarse las normas procesales vigentes que fueron instituidas según la ley 24.390, pero que luego modificó la ley 25.430, y debe promoverse la pronta resolución según los distintos procedimientos (flagrancia; o

de investigación y juicio) y la etapa que transita la causa (de investigación, juicio o recurso extraordinario); determinando el tiempo de duración de la medida cautelar en cada periodo; quién puede pedir la prórroga; causas en que se puede fundar; y el tribunal competente para resolverlo. Ello permitirá racionalizar el uso de la medida cautelar y el control eficaz de su utilización.

Si bien hoy la Provincia no está en condiciones económicas de implementar en su totalidad la ley 6730 en la Segunda y Cuarta Circunscripción Judicial, nada impide a que se uniforme el sistema de la prisión preventiva en toda la provincia con independencia del código procesal que rija. Es que en la actualidad hay normas vigentes que regulan en todas las Circunscripciones Judiciales los criterios de oportunidad, las Salas Unipersonales, la prisión domiciliaria o el Juicio Abreviado, pese a no compartir la misma normativa procesal. Por eso promovemos un régimen único en esta temática y que se habilite a la Suprema Corte de Justicia para que pueda implementar la ley.

Al actualizar, reglamentar, uniformar y modernizar los mecanismos jurídicos y de control, se fortalece el camino de la plena recuperación de los poderes del Estado, en especial se consolida la supremacía constitucional normativa y la independencia de los jueces.

No se trata de que el Poder Ejecutivo y/o el Poder Legislativo estén por encima del Poder Judicial (los jueces o tribunales), sino que todos los Poderes están por debajo de la Constitución y sometidos a ella, pesando sobre todos la obligación de ser “garantes” de su cumplimiento.

Estas razones me llevan a promover el presente Proyecto de Ley y su Exposición de Motivos, que pongo a la consideración de la H. Legislatura, a quien, previa la tramitación correspondiente, pido ejerza la atribución prevista en el inc. 12° del art. 99 de la Constitución de Mendoza y lo sancione con fuerza de ley, restableciendo así la calidad institucional, garantizando la plena vigencia del ordenamiento jurídico, asegurando la independencia de todos y cada uno de los jueces, promoviendo la transparencia sobre la situación judicial de las personas privadas de libertad sin condena, estableciendo un procedimiento ágil y rápido para disponer la prisión preventiva, su prórroga, cese y control, permitiendo la más amplia participación del imputado y la víctima.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El movimiento constitucionalista fue el gran esfuerzo de políticos, filósofos, juristas, hombres de la cultura y ciudadanos que en su lucha por consagrar en constituciones escritas y rígidas, los derechos y garantías con la mayor amplitud de libertad individual y social y simultáneamente poder establecer una organización de gobierno con separación de los poderes que permitan un eficaz accionar.

Pregonó las garantías de la seguridad individual, que receiptó nuestra Constitución Nacional entre muchas otras, que *nadie puede ser penado sin juicio previo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*, como la *inviolabilidad de la defensa en juicio* (como el *principio de inocencia* y el *debido proceso*, según la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Estas seguridades interpretadas jurídica y constitucionalmente en forma sistemática y armónica, han regido el debate sobre el tema detención cautelar durante el proceso: la prisión preventiva.

Entonces, el *principio de inocencia* entendido como *estado jurídico y constitucional de inocencia* por el cual todo imputado o acusado es *jurídicamente inocente* hasta que una sentencia firme lo declare culpable, determina que su libertad sólo puede ser restringida a título *cautelar* y no como pena anticipada, siempre y cuando jurídicamente *se sospeche o se presuma* que es autor o partícipe culpable de un hecho delictivo y que la privación de libertad es para asegurar la efectiva actuación de la ley penal y procesal. Y con ello se trata de evitar el peligro de “*daño jurídico*” que pueda resultar de la conducta del imputado o acusado, mediante maniobras tendientes a entorpecer la investigación, eludir con la fuga el juicio o la ejecución de la pena.

Analizadas desde nuestra realidad, las principales problemáticas modernas sobre la prisión preventiva en el devenir histórico, ellas están relacionadas a:

1°) que no sea utilizada como instrumento de presión para obtener la confesión del imputado, propio del sistema inquisitivo; y tampoco sea utilizada como una pena informal ante la falta o insolvencia de los elementos de prueba para poder elevar la causa a juicio o que en caso de su realización, no se pueda imponer una condena, que hemos evidenciado en los sistemas mixtos; casos estos que son repudiados en forma unánime y jurídicamente están prohibidos;

2°) que no sea por tiempo indeterminado: razón por la cual está previsto que el tiempo de duración de la prisión preventiva hasta el dictado de la sentencia sea limitado a 2 años y la Sala Penal de la Suprema Corte puede prorrogar excepcionalmente hasta por un año más (inc. 4° del art. 295 del C.P.P.) ;

3°) que no sea dispuesta de oficio: con el nuevo código de tipo acusatorio, obtuvo consagración en el art. 348 del C.P.P.-ley 6730, que debe ser a pedido de parte, aunque todavía no se logra aplicación del código en toda la provincia;

4°) que no tenga control: sin perjuicio que actualmente está previsto el control jurisdiccional a pedido de parte en el art. 345 del C.P.P., como la fatalidad de los términos de la investigación cuando está detenido el imputado en el art. 349 del C.P.P. y en el hábeas corpus del párrafo segundo del art. 441 del C.P.P.; se ha reavivado el debate sobre la calidad de los diversos términos establecidos por la ley sobre si son ordenatorios, perentorios o fatales, que proponen soluciones por fuera de la ley, pero no promueven simultáneamente la eficacia y eficiencia de la investigación preparatoria, el enjuiciamiento y la etapa recursiva extraordinaria;

5°) los casos en que procede y los fines que debe tener: el debate letrado abandonó el estudio científico del sistema normativo y en los últimos tiempos promueve una permanente contradicción frente a las sanciones legislativas (en general, y en particular en nuestra provincia), mientras los representantes de la voluntad popular tratan de encausar una reglamentación armonizando las concepciones políticas, jurídicas y filosóficas con los diversos intereses que reclama protección la sociedad, aquella postura desconoce la atribución del Poder Legislativo como poder autorizado.

6°) la forma y tiempo de toma de las decisiones: en general se va imponiendo para todo el proceso, el cambio de la escrituralidad a la metodología de audiencias orales indelegables, aunque ello sea lentamente por la cantidad de medidas estructurales, de gestión y capacitación que requieren, pero que las experiencias y primeros pasos en nuestro medio no han dado el resultado de eficacia y eficiencia esperado;

7°) quienes deben o pueden intervenir en su trámite: aunque nadie pone en duda que el sistema acusatorio no se satisface sólo con la petición del fiscal y requiere la intervención del imputado y su defensor, sin embargo poco es lo realizado en tal sentido. Asimismo, se ha generado una fuerte corriente para permitir la intervención de la víctima.

Por lo precedentemente expuesto, desarrollamos estos presupuestos que nos llevarán al concepto para establecer la prisión preventiva:

1º) La transparencia como presupuesto de la legitimidad.

La transparencia es de la esencia de la república, ella es la que obliga a que los gobernantes y sus diversos funcionarios a que actúen a la vista del pueblo, y aquello que no se realiza ante su vista o no puede hacerse, se está obligado a brindar la información necesaria y de calidad para evidenciar lo que ocurre, lo que se decide y se realiza, no sólo para conocer, sino porque ello permite el control.

Cuando de la actuación de la justicia se trata, es aún mayor la obligación y por lo tanto el cuidado, porque está establecida como garantía y así lo receptó nuestra constitución^[1].

Legitimidad o ilegitimidad de la prisión preventiva por el resultado.

No debe olvidarse la calidad de medida cautelar de la prisión preventiva y que esta debe ser producto de la constitucionalidad y legalidad de su reglamentación dentro de un sistema penal y procesal de origen legítimo y que no puede fundarse sólo en el resultado de la medida y mucho menos si la información está distorsionada, aunque ello sea fundamental para reglamentar mediante ley la prisión preventiva o promover su modificación.

a.- En la primera circunscripción judicial se ha establecido el procedimiento de *flagrancia* separando estas causas del resto, en consecuencia no resulta válido justificar la legitimidad o ilegitimidad de la prisión preventiva por el resultado sin tener en cuenta ambos indicadores, ya que es totalmente distinta la derivación cuando estamos ante la justicia de garantías que si lo hacemos por flagrancia.

Si partimos del análisis de datos con relación a la justicia de flagrancia, la cantidad de personas privadas de libertad con condena firme en las cárceles de Mendoza es del 19%, y si excluimos el 6 % de condenados por la justicia federal, el resto (de 75 %) lo ha sido por las 11 cámaras del crimen de toda la provincia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el procedimiento especial de flagrancia está organizado en solo un (1) juzgado plural de tres (3) jueces en la Primera Circunscripción Judicial, nos da un índice de 6,33% condenados por cada juez de flagrancia, frente al 2,27% de condenados por cada juez de cámara (es decir, a un promedio de 6,81 % por cámara del crimen, tribunal de tres -3- jueces), con mayor razón si tenemos en cuenta que en los últimos años aproximadamente el 94% de las causas en las Cámaras del Crimen se resolvió en Sala Unipersonal.

Esta comparación por índice de resultados se profundiza si tenemos en cuenta que en el proceso de flagrancia no existe la investigación penal preparatoria, su procedimiento es simple, desformalizado, con tiempos procesales previstos de pocos días y los escasos recursos asignados; mientras que la justicia ordinaria cuenta con una cantidad importante de magistrados (fiscales, defensores, jueces de garantías, de instrucción, de cámara de apelación y del crimen), funcionarios (secretarios, prosecretarios, ayudantes fiscales, co-defensores), empleados y recursos materiales destinados a cumplir tales funciones.

Resulta entonces, que si analizáramos la legitimidad de la prisión preventiva por el resultado de condena desde la *flagrancia* concluiríamos que toda prisión preventiva (no sólo en los casos de *flagrancia*) es legítima y está plenamente justificada, y ello sería tan incorrecto, técnica como jurídicamente, como la conclusión inversa que analiza los casos sin tener en cuenta los casos de *flagrancia*.

b.- Cuando se trata de los tiempos que transcurren entre la detención y el dictado de la prisión preventiva los casos más paradigmáticos están relacionados con el procedimiento de flagrancia y de la aplicación del viejo código procesal ley 1.908.

La particularidad de la *flagrancia*, cuyo procedimiento obliga a que el Fiscal, quien ordenó la detención, deba presentar en un día hábil al imputado ante el Juez de Flagrancia en una audiencia, donde se le efectuará la imputación formal y se revisa con vista a las partes la condición de su detención (párrafo cuarto del art. 439 bis. del C.P.P.), tiene la particularidad que de permanecer detenido, aún con el control del juez, no se dicta su prisión preventiva.

Pero cuando no se cumplen los plazos en ocasiones ha superado holgadamente el año de tramitación sin que se dictara la prisión preventiva, ni se realizara la audiencia de finalización (el juicio directísimo), con el correspondiente dictado de la sentencia (autos n° P-11.305/14 “F c./ LAIME ALARCON, Eduardo ...” tramitado ente el Juzgado de Flagrancia n° 1).

En el segundo caso, del código procesal de la ley 1908, el Fiscal de Instrucción no está habilitado a ordenar detenciones y es el Juez de Instrucción quien lo hace.

En ambos supuestos, que son los casos de más demora entre la orden de detención y el dictado de la prisión preventiva o que nunca se dictó esta, y que han sido utilizados como muestra emblemática de esa situación, tenemos que el **control de detención es prácticamente inmediato por el juez de flagrancia** o la **detención ha sido ordenada por el juez de instrucción**.

Esta situación es muy difícil que ocurra en el procedimiento de la Investigación Penal Preparatoria (lo que no significa que se cumpla con el plazo de 10 días para que el Fiscal de Instrucción solicite la prisión preventiva, el cual ha sido tenido por la casi totalidad de jueces de garantías, de la Cámara de Apelaciones y cuando han intervenido los de las Cámaras del Crimen como un término ordenatorio) o no debería ocurrir, o no debería permitirse que ocurra. La dificultad está dada porque el plazo de la investigación fiscal es de tres meses (art. 349 del C.P.P.) y vencido el mismo debe solicitarle al juez de garantías la prórroga, pero ese término que es **fatal** (según el párrafo segundo del art. 195 del C.P.P.) cuando el imputado estuviere privado de libertad y si ocurre la dilación, debería aplicarse sanciones al fiscal y al juez.

2º) El gobierno de la Ley y no de los hombres

El Estado Constitucional democrático moderno se asienta en la idea de que el gobierno (tanto poder legislativo, poder ejecutivo o poder judicial) debe proceder según la Ley (constitución, tratados y leyes) y no estar basado en la mera voluntad de los hombres como era en la monarquía o en las diversas formas de autoritarismo. Es decir, el Estado Constitucional se funda en la supremacía de las normas. Entonces, «... debemos reconocer que la constitución es un proyecto normativo en gran parte no actuado y que el futuro de la democracia depende de la más plena actuación de su normatividad (siempre parcial e imperfecta)» (Luigi Ferrajoli, “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*” en “*Un debate sobre el constitucionalismo*”, Ed. Marial Pons, 2012, p. 50).

a.- Nuestro sistema normativo.

Nuestro **ordenamiento jurídico** establece el **gobierno de la Ley** en los arts. 148 y 149 de la Constitución Provincial: «**Los Tribunales y Jueces deben resolver siempre según la ley, y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos**

los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura» (art. 148); y que «Las sentencias que pronuncien los Tribunales y Jueces Letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso»[2] (art. 149).

La Constitución Nacional dispone la supremacía normativa en el art. 31 y el inc. 22 del art. 75, como en el juramento de los jueces de la Corte Suprema la obligación «de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución» (art. 112 de la C.N.) y es obligación del Gobierno federal afianzar las relaciones de paz «con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución» (art. 27 de la C.N.).

En el mismo sentido normativo lo hace la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, al establecer en el art. 31 la “**regla general de interpretación**” de los tratados[3]. Esta regla de interpretación es obligatoria para todos los jueces, incluidos los integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

Por su parte establece el criterio normativo el art. 76. 1. de la CADH. Tanto la Corte Interamericana, como la Comisión Interamericana pueden proponer por intermedio del Secretario General de la OEA la enmienda de la Convención para someterla a consideración de la Asamblea General si estima que debe modificarse o ampliarse o es conveniente y oportuno hacerlo, las que entrarán en vigencia cuando son ratificadas por 2/3 de los Estados ratificantes[4].

Además la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 29 dispone “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estado Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”. (en sentido equivalente lo establece el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el art. 5; y en el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por ello, la Corte IDH no puede modificar las normas, ni arrogarse poderes o atribuciones que contravengan la Convención de Viena y los otros tratados de derechos humanos, porque ello significaría jurídicamente una **enmienda** o **ampliación** de la Convención, como lo es cuando so pretexto de interpretación se auto-amplía sus facultades o muta los términos de la convención[5]. Por esta vía la Corte Interamericana modifica no sólo el texto de la Convención, sino que modifica la estructura de derecho público de los países que no tienen control difuso de constitucionalidad.

Entonces, si en lugar de promover la enmienda o ampliación del texto normativo de la Convención, la Corte IDH ejercita auto-atribuciones de enmienda, directamente sus decisiones en esos aspectos serían ilegítimas y por lo tanto convertirían en cuestionables su obligatoriedad, por cuanto no han seguido el procedimiento previsto y privan a los Estados Partes de la atribución que hace a la autodeterminación de los pueblos consagrado en el art. I.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[6].

La validez del *control de convencionalidad*, está en admitir que es una atribución que se le reconoce a cada juez de interpretar en el caso concreto las normas. Las normas de la Convención no pueden ser sustituidas por los fallos de los casos particulares. Ni fallos de casos concretos pueden imponer la obligación de sustituir las normas por la voluntad de los jueces.

En consecuencia, el proyecto normativo de nuestro Ordenamiento Jurídico vigente es incuestionable. Por tanto la interpretación de los casos en que procede la prisión preventiva y los fines que debe tener debe comprender las pautas constitucionales, como la concepción universalista de los derechos humanos que protegen entre otros el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de la persona e integridad física, psíquica y moral[7].

b.- Jueces independientes.

Es un **imperativo constitucional** que los jueces deben ser independientes, pero no de la constitución, los tratados y las leyes, a los que están subordinados en la resolución de los casos que se les sometan a su conocimiento, sino de la voluntad de los hombres (governador, legisladores, mayorías políticas, otros jueces o tribunales, o grupo de poder o presión, etc.), es esa independencia precisamente, lo que justifica el sistema de garantías institucionales o prerrogativas (excepciones a las reglas de igualdad para cumplir una función) de inamovilidad

e intangibilidad. Pues **cada uno de los jueces** es poder judicial, no *el* poder judicial, porque cada uno de ellos tiene la atribución de interpretar la constitución, los tratados y las leyes, y de inaplicar una norma en el caso concreto.

Los jueces deben ser independientes, porque así nace de la correcta interpretación de los arts. 18, 110 y 112 de la Constitución Nacional y así lo establece el art. 8. 1. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”; en el mismo sentido lo dispone el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[8].
Tratados que tienen jerarquía constitucional.

Así toda disposición que prive a una persona en el proceso de la garantía de juez independiente, es inconstitucional y no puede ser aplicada por los jueces.

En consecuencia, proponemos al Poder Legislativo reafirmar el contrato social y político plasmado en la Constitución y establecer un sistema de prisión preventiva que resguardando los distintos derechos e intereses tanto del imputado, la víctima y la sociedad, permita a los jueces con independencia e imparcialidad disponer en condiciones de estricta igualdad, cuando sea absolutamente indispensable la prisión preventiva sustentada en la ley, la constitución y los tratados de derechos humanos.

3º) La privación de libertad durante el proceso: la prisión preventiva.

En la actualidad esta fuera de discusión el carácter excepcional y de proporcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar, aunque existe una evidente divergencia ideológica de concepciones sobre qué debe entenderse y cómo aplicarse la misma. Se utilizan las mismas palabras, pero se les atribuyen distintos significados a los fines que debe tener y los casos en que procede; como asimismo, quienes deben o pueden intervenir en su trámite.

Se entiende que los fines jurídicos de la prisión preventiva que nacen del párrafo primero del art. 281 del C.P.P., que dispone que “*la restricción de la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley*”, son los de: 1) asegurar la

presencia del imputado en el proceso; 2) garantizar la investigación (evitar la obstaculización); 3) asegurar la realización del juicio; y 4) asegurar la ejecución de la pena.

Es decir, que la prisión preventiva como medida cautelar es PARA ASEGURAR LA EFECTIVA VIGENCIA DEL DERECHO.

Estos fines deben tenerse en cuenta al reglamentar, interpretar y aplicar el instituto de la prisión preventiva y necesariamente deben estar relacionados con los intereses que tutela el proceso penal a la luz de los nuevos tiempos que imponen una estricta adecuación al sistema acusatorio adversarial, el imputado, la víctima y la sociedad.

Ahora bien, estos fines deben estar vinculados necesariamente a la prueba de existencia del hecho punible y la probable participación culpable del imputado; no se trata de un simple supuesto material, sino de una **condición jurídica constitucional necesaria** que nace del art. 17 de la Constitución de Mendoza.

De no cumplirse la condición necesaria, como puede ocurrir en nombre del “*peligro o riesgo procesal*” se le priva de la libertad a una persona, se la somete al proceso y juicio, durante cuyo transcurso ni siquiera se prueba que el hecho fue delito, ni la participación del enjuiciado.

Hay que evitar el PELIGRO del “*peligro o riesgo procesal*”.

El *peligro procesal* está sustentado exclusivamente en un criterio subjetivo para disponer la prisión preventiva y por tanto habilita la discrecionalidad del juez, que constituye una posición jurídicamente voluntarista. También construye un **discurso contradictorio** sustentando su oposición a la prisión preventiva fundado en la morosidad de la investigación, el juzgamiento y revisión de la sentencia, pero introduce permanentemente diligencias y formalidades reiterativas e innecesarias que interfieren en la celeridad, agravando la morosidad y provocando el colapso del sistema penal.

La morosidad de la justicia penal no justifica por sí sola la flexibilización de la prisión preventiva, ello solo ha acarreado mayor inseguridad y mayor ineficacia e ineficiencia, por incapacidad del sistema de resolver y con ello mayor disconformidad social e injusticia. Cuando lo racional es que la morosidad se la trate con medidas para el funcionamiento eficiente.

La crítica a la prisión preventiva debe estar acompañada con propuestas implementables de cambios estructurales y de gestión, para acelerar los tiempos de investigación y juzgamiento.

Es tan malo al sistema penal la privación de libertad de quien después resulta absuelto, o condenado en suspenso, que disponer la libertad de quien imputado de hechos delictivos graves o sorprendidos en flagrancia o con elementos de prueba de alta probabilidad de condena, que no se pueda realizar nunca el juicio o que realizado, nunca se pueda ejecutar la pena.

Proponemos regular la prisión preventiva en forma constitucional y racional, reduciendo el criterio subjetivo y reglamentando la prisión preventiva de forma objetiva/subjetiva asegurando las garantías de independencia e imparcialidad del juez, como la de igualdad de los interesados ante la ley, con debido proceso; pero también debe ser un compromiso de gobierno implementar simultáneamente y con urgencia.

La construcción jurídica del sistema de prisión preventiva debe ser realizada desde nuestro ordenamiento jurídico vigente, teniendo en cuenta en forma simultánea y armónica la *flagrancia* (art. 69 de la C.N.; arts. 96 párrafo tercero y art. 17 de la Constitución de Mendoza) y el principio de inocencia -como el derecho a ser tratado como inocente-, estableciendo un sistema racional, coherente y proporcional, asegurando la igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N. y art. 7 de la Constitución de Mendoza), la independencia e imparcialidad del juez, los fines del instituto y del debido proceso.

Esta construcción jurídica que proponemos es la que tiene prevista la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando en el art. 7. 2 dispone «Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas».

Para obtener estos logros proponemos que la nueva redacción del art. 293 del C.P.P., sin alterar el art. 281 del C.P.P., ni restringir la *detención domiciliaria* (art. 298 del C.P.P), se establecen tres casos independientes y bien diferenciados en los que a pedido de parte, el juez puede dictar la prisión preventiva:

En el primer inciso están los casos en que han sido sorprendidos *in fraganti*.

En el inciso segundo están comprendidos los casos en los que no sería posible jurídicamente aplicar una condena condicional.

El tercer inciso está previsto para cuando puede existir *riesgo procesal*.

a- Casos de *flagrancia*.

La privación de libertad de la persona sorprendida en *flagrancia* es **un poder jurídico constitucional-procesal**, que se funda en la Constitución. Es de fundamental trascendencia porque está previsto expresamente tanto en la Constitución Nacional, como en la Provincial para el caso de los legisladores que aun teniendo la prerrogativa de arresto, pueden ser detenidos, cuando es «sorprendido **in fraganti** en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva» (art. 69 de la C.N.), y en similar sentido lo hace la Constitución de Mendoza (párrafo tercero del art. 96).

Además, en el art. 17 de la Constitución Provincial entre los casos de excepción a la garantía que tiene todo habitante a no ser detenido, se establece «salvo el caso **in fraganti**, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquier persona».

Esto se debe a que en la *flagrancia* la evidencia probatoria, propia de la circunstancia de sorprender en la comisión del hecho delictivo, hace innecesario una previa investigación para ordenar la detención y cualquier persona puede efectuarla. Y si el hecho punible es grave, y corresponde en caso de condena la pena de prisión en forma efectiva, se justifica y legitima constitucionalmente la prisión preventiva.

A tal punto es esta realidad, que se reformó mediante la ley 7.692 el Código Procesal Penal introduciendo el procedimiento especial de *flagrancia* en los arts. 439 bis, ter y quater, en los que se suprime la investigación penal preparatoria.

Las normas constituciones invocadas determinan las **condiciones necesarias** para que proceda la prisión preventiva en los casos de *flagrancia*: 1) ser sorprendido *in fraganti* en la comisión de un hecho punible; y 2) que por el hecho ilícito o la situación jurídica del autor merezca pena de prisión efectiva.

Entonces, en los casos de *flagrancia* –sin discriminar si se le aplica el procedimiento especial de *flagrancia* previsto en los arts. 439 bis, ter y quater, o no- estamos en los de mayor probabilidad de condena en juicio, por ello, cuando no sea posible la aplicación de ejecución condicional de la pena, la legitimidad constitucional de la prisión preventiva en estos supuestos y el resultado final probable de condena (que antes hemos analizado estadísticamente) justifican y legitiman establecer la presunción objetiva de la ley, de que el imputado tratará de evadir la efectiva vigencia del derecho.

b.- Casos en los que no aparezca procedente la condena condicional.

Los hechos delictivos que no son sorprendidos en *flagrancia*, requieren necesariamente de una previa investigación y en ellos el principio de inocencia adquiere una relevancia trascendental.

El art. 17 de la Constitución Provincial exige para disponer de una medida cautelar de privación de libertad «que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal».

Estamos ante la presencia de un segundo caso de **poder jurídico, constitucional-procesal**, para poder disponer la privación de la libertad de las personas, que requiere expresa reglamentación normativa.

De la interpretación armónica y sistemática del art. 17 de la Constitución de Mendoza y de los casos constitucionales de *flagrancia* nacen las **condiciones necesarias** para que pueda proceder la prisión preventiva en el supuesto que analizamos: 1) que existan elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia de un hecho punible; 2) que la prueba permita sostener como probable la participación punible del imputado; y 3) que por el hecho ilícito que se le atribuye o su situación jurídica del imputado, no aparezca posible aplicar la condena condicional.

En cuanto a la situación jurídica del imputado, entendemos que debe preverse los casos de *reiteración delictiva* y *reincidencia* para que el juez los valore, porque el art. 22 de la Constitución de Mendoza habilita expresamente para que la Legislatura mediante la ley las imponga como limitación a la libertad, es decir, para poder disponer la prisión preventiva.

Esta medida cautelar es coherente jurídicamente con otras que se pueden disponer en el proceso o con el cese de los efectos del delito, aún con la plena vigencia del principio de inocencia y que no exista una sentencia firme, que permiten entre otras: el secuestro del arma portada sin autorización legal, o de las sustancias con apariencia de estupefaciente, del automóvil o el bien sustraído, se libere a la persona privada ilegítimamente de la libertad, se ordena el reintegro del inmueble usurpado, etc..

En consecuencia, cuando se cumpla con la condición necesaria (que existen elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho punible, la probable participación culpable del imputado y que no sea posible aplicarle la condena condicional), se habilita la legitimidad constitucional de la

prisión preventiva que justifica y legitima disponer la presunción objetiva de la ley, de que el imputado tratará de evadir la efectiva actuación del derecho.

c.- En los casos que existe “riesgo procesal”.

Si bien no está previsto en la Constitución Nacional, ni en los Tratados de Derechos Humanos, ni en la Constitución de Mendoza el “*riesgo procesal*” como causa de privación de la libertad durante el proceso, entendemos que por los fines que tiene la prisión preventiva y según una interpretación armónica y sistemática del Título VII, del Libro Primero del Código Procesal Penal, en especial de los arts. 281 y 298 del C.P.P. resulta razonable receptorlo.

Para ello, planteamos un tercer inciso que incluya los casos que siguiendo el criterio subjetivo del “*riesgo procesal*” determinen las **condiciones necesarias** para poder disponer la privación de libertad: 1) que existan elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia de un hecho punible; 2) que se pueda sostener como probable la participación punible del imputado; 3) que aparezca como procedente que en caso de condena se pueda dejar en suspenso la pena; 4) que sea inconveniente la libertad del imputado para: ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o realizar el juicio; o la seguridad del ofendido o los testigos; o cuando exista peligro de fuga y no se someta al proceso, o al eventual cumplimiento de la condena; 5) que se establezca por el tiempo necesario para el logro de los fines que se tienen como causa para disponer la medida.

Para mayor claridad y certeza jurídica, proponemos en tres párrafos se enuncian las causas que las partes pueden invocar, sin perjuicio de otras, y que el juez debe estimar razonable para adoptar la medida cautelar bajo la denominación de: peligro de entorpecimiento; peligro para la víctima o testigo; y peligro de fuga. Hemos tenido muy especialmente como antecedentes la ley 27.063 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, sin perjuicio de otras legislaciones provinciales y de otros países.

Respecto al peligro de entorpecimiento, no genera mayores inconvenientes y existe casi unanimidad sobre cómo debe entenderse.

En cuanto al peligro para la seguridad de la víctima, además de un derecho reconocido en los Tratados de Derechos Humanos tenemos que: «...puede sostenerse que este tipo de causales hasta cierto punto siguen siendo consistentes con la lógica cautelar del proceso penal, desde la perspectiva de proteger el desarrollo del proceso a través de permitir y facilitar la participación de la víctima, ya sea como el principal medio de prueba de la fiscalía o resguardando

su participación y respeto como uno [de] los nuevos sujetos procesales, cuyos intereses legítimos en el proceso penal son reconocidos» (DUCE J., Mauricio; FUENTES M., Claudio; RIEGO R., Cristián; “*La reforma procesal penal en américa latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva*”; en “*Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina – Evaluación y Perspectivas*”; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; 2009; Santiago, República de Chile; p. 29).

Finalmente, con relación al peligro de fuga, partimos de la idea del imputado como la del hombre contextualizado y con historia; por ello, no puede fragmentarse la realidad, como si no tuviera relación su vida, su comportamiento, el hecho punible investigado y la probable consecuencia del eventual juicio para pronosticar aquel peligro de fuga.

d.- Medida menos gravosa a la prisión preventiva.

Entendemos que debe mantenerse el actual art. 298 del Código Procesal Penal que bajo el título de Prisión Domiciliaria establece la posibilidad de otras medidas menos gravosas a la prisión preventiva, y aunque sea discutible su redacción, es incuestionable que a pedido de parte y debidamente probado habilita un número indeterminado de casos y causas en los que “*siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, conforme al artículo 280*”.

Esta norma acredita que las presunciones legales y objetivas previstas en los dos primeros incisos del proyectado artículo 293, son “*iuris tantum*” y ello refuerza la constitucionalidad de la propuesta.

Por otra parte, en el trámite oral previsto en el nuevo art. 294, en los párrafos quinto y sexto se establece que: «El imputado o su Defensor, podrán acreditar entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (art. 298)». «También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria».

Lo que también fortalece la idea que se trata de presunciones *iuris tantum*, disponiendo expresamente su tratamiento, como asimismo la posibilidad de un acuerdo con el Ministerio Público Fiscal.

4°) Metodología de resolver la prisión preventiva.

Existe pleno consenso, por lo menos desde los discursos, que debe utilizarse la metodología de audiencias orales para resolver los pedidos de prisión preventiva y así pretendemos que se consagre en el art. 294 del C.P.P., con un procedimiento ágil, que asegure la plena intervención de los interesados y se extienda el procedimiento a todos los casos en que deban resolverse cuestiones jurídicas relacionadas con ella.

a- Quién debe o puede intervenir en el trámite de la prisión preventiva.

¿Cómo se puede hablar de peligrosidad procesal sin la participación en el trámite del acusado y de la víctima o damnificado?

Aunque casi nadie discute la participación del imputado en el procedimiento de la prisión preventiva, nuestra legislación, como la mayoría en nuestro país con un trámite escrito no lo tiene previsto, estimamos que debemos avanzar rápidamente a garantizar plenamente este derecho.

Mientras que cuando se trata de la víctima, la confiscación que sufriera de su poder en el conflicto penal con la estatización del ejercicio de la acción penal y su exclusión del enjuiciamiento, relegándola a simple testigo, llevó con el tiempo a que la doctrina y la legislación tuvieran al proceso penal consagrado como medio indispensable para tutelar la administración de justicia para garantía de la sociedad y del individuo sometido al proceso; de modo que se entendía que cumplía una doble función de tutela jurídica: protegía el interés social por el imperio del derecho, o sea, por la represión del delincuente y el interés individual por la libertad personal y ambos intereses estaban jurídicamente protegidos.

El argumento abolicionista de invocar aquella confiscación histórica del poder de la víctima, pero no para proponer empoderarla en el proceso penal, sino para tener por consolidada esa supresión y aislándola del mismo fragmenta el conflicto y omitiendo los derechos humanos de la víctima configura un discurso entre el imputado frente al Estado como represor exclusivamente, suprimiendo además el hecho delictivo, teniendo como comienzo del conflicto el inicio del proceso y presentando al sospechado, imputado, o acusado como la víctima del

sistema y justificar precisamente en aquella confiscación del poder a la víctima, planteo que debilita la potestad punitiva y de las medidas coercitivas.

Por el contrario, para la visión de la multiplicidad y diversidad de intereses tutelados en el proceso penal es fundamental el respeto al ordenamiento jurídico vigente, como a la eficacia y eficiencia del sistema penal, logrando así una buena administración de justicia.

Por otra parte, la implementación del sistema acusatorio adversarial, con igualdad de armas, obliga a que se **empodere a la víctima** en el conflicto y en el proceso penal, mientras que el interés de la sociedad (expresado en el sistema de normas que regulan el sistema penal y representado por los funcionarios y magistrados que lo actúan) es el estricto cumplimiento del debido proceso y la efectiva vigencia del derecho.

Esta nueva realidad requiere modificaciones culturales y normativas, las que se han ido progresivamente incorporando y debe continuar, desde habilitar la constitución en querellante, ejercer la acción penal, incluso contra la opinión del Ministerio Público Fiscal y su protección, como reconocerles su intervención al momento de adoptar medidas cautelares como la prisión preventiva, en el juicio y en la ejecución de la pena al resolver la libertad condicional o la conmutación de pena.

Los intereses implicados en el proceso penal y la prisión preventiva, cuya efectiva protección resultan de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos, debe consagrarlos la Legislatura mediante la sanción de una ley que busque una solución armónica y en equilibrio de los fines, que sea el producto de la correcta interpretación de todas las normas pertinentes.

No puede quedar al margen de esta actualización la relevancia de la **independencia del juez**, que no sólo es una **garantía para el imputado** y que la sociedad tiene un interés legítimo que se cumpla, sino que **para la víctima también es una garantía**.

La justificación de la prisión preventiva no sólo debe serlo ante la sociedad sino también ante el imputado y la víctima o en su caso quien pueda constituirse además como querellante.

Entonces, no solo debe parecerle legítima la privación de libertad al imputado, como plantea unidireccionalmente la doctrina del “Riesgo Procesal”, sino que no debe parecerle ilegítima la libertad del imputado a la

víctima o quien en su caso pueda constituirse como querellante damnificada y a la sociedad.

b.- Trámite en la audiencia.

Por todas estas razones la orden de prisión preventiva no sólo no puede disponerse de oficio, ni inaudita parte, sino que debe darse en el marco de un procedimiento en el que necesariamente deben participar el imputado y su defensor, como también otorgar la posibilidad de intervenir a la víctima o parte damnificada si no se han constituido en querellante y ello exige para poder implementar en un tiempo razonable que se lo haga en una audiencia oral, pública e indelegable, con presencia del Tribunal, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad, debiendo asegurarse la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización, por ello hemos previsto la modificación del art. 294 que consagre esta moderna metodología de trámite y resolución de dicha medida.

Para poder implementar un trámite de estas características, resulta indispensable hacerlo en una audiencia oral pública e indelegable.

c.- Extensión de la metodología.

Esta metodología de audiencia oral, en la que se consagran los principios procesales, las garantías de intervención, los trámites y formas imprescindibles a realizar en un procedimiento oral y adversarial para resolver el pedido de prisión preventiva deberán obligatoriamente seguirse bajo pena de nulidad en cada oportunidad que se trate sobre la apelación de la prisión preventiva o el cese o prórroga de misma, sin distinguir quien es el juez o tribunal competente que debe tramitarla, sea el juez de garantías, de flagrancia, de instrucción, la Cámara de Apelaciones, la Cámara del Crimen, o la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia.

Además, proponemos que deberá seguirse la misma metodología en los casos de control jurisdiccional previsto en el art. 345, norma a la que también se propone su adecuación mediante su sustitución.

5º) Plazo de la prisión preventiva.

Al sancionar la ley 6730 a fines de 1999, en la elaboración del entonces nuevo código procesal penal se tuvo en cuenta en cuanto al plazo de la prisión preventiva la entonces vigente ley 24.390 que en su redacción original establecía

un plazo legal máximo fatal, pero poco tiempo después se modificó mediante la ley 25.430 que como ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación descarta la posible interpretación de la existencia de un plazo legal fatal. En su nueva redacción se estableció un **plazo legal inicial de duración**, como plazo legal genérico y un **plazo judicial final de duración**, como determinación judicial en el caso concreto (ver Dictamen del Procurador General y Fallo de la C.S.J.N. *in re* “ACOSTA”), pero esta modificación esencial no ha sido receptada en las normas procesales, y entendemos conveniente acoger este nuevo criterio siguiendo la ley que reglamenta el plazo de la prisión preventiva y que rige en todo el país, modificando el art. 295 del C.P.P..

Este cambio debe aprovecharse para:

a.- Incorporar al inciso 1, un segundo párrafo, que tiene como uno de los motivos de nuevos elementos para el cese de la prisión, previsto en el párrafo primero, cuando un juicio abreviado es rechazado por el juez, pero que según el acuerdo alcanzado por las partes el imputado debería recuperar la libertad.

Se funda ello en que, si el Ministerio Público que tiene el ejercicio de la acción penal y es quien debe requerir la prisión preventiva llega a un acuerdo por el cual la pena solicitada se agotaría con el tiempo que lleva el imputado privado de la libertad, la ley presume que no existe interés jurídico del Fiscal en mantener la medida cautelar.

b.- Se suprime el actual inciso 2, por ser jurídicamente anacrónico.

c.- El actual inciso 3 pasa como inciso 2, a los fines de mantener un orden lógico jurídico en el presente artículo.

d.- Se propone como inciso 3 una práctica de los tribunales que aplican el inciso 5° del art. 317 del C.P.P.- Ley 1908, como autoriza el art. 2 de la ley 6730 durante la transición de aplicación de ambos códigos procesales, cuando de acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que la misma quede firme, se considere prima facie que, oportunamente, podría concedérsele la libertad condicional.

El nuevo art. 13 del Código Penal establece requisitos que deben incorporarse y reglamentarse debidamente en el procedimiento, haciendo distinción entre los casos de penas superiores a los tres años que se exige la totalidad de las condiciones, y solo la de cumplir con regularidad los reglamentos carcelarios para los que tengan penas inferiores.

Asimismo, deberá imponérsele reglas de cuidado y vigilancia previstas en el art. 280.

También se incorpora la obligación del Juez de Ejecución de transformar el cese en libertad condicional y ejercer el control, sino ordena que aquella quede sin efecto.

e.- Con la modificación del inciso 4, si bien se mantiene la regla general inicial de dos años sin que se haya dictado sentencia, se propone racionalizarla al disponer la posibilidad de prórroga a pedido del Fiscal o el querellante, fundada en la cantidad de los delitos atribuidos al procesado –siguiendo el criterio de la ley 24.390 modificada por la ley 25.430- o la evidente complejidad o su difícil investigación que impidan llegar a la misma en el plazo indicado, distinguiendo por etapa del proceso o tipo de procedimiento y determinando la competencia para resolverla acorde a la necesidad de celeridad y según la metodología de audiencia oral que se establece en el art. 294.

Durante la investigación penal preparatoria será competente el juez de garantías y podrá otorgar una prórroga hasta por seis meses más.

En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen, según el ejercicio de la competencia asignada de acuerdo a los arts. 45 y 46 del C.P.P., podrá prorrogarla hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad de tres años. No obstante los plazos y siguiendo la Ley 24.390 modificada por la ley 25.430, el Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de realizar el debate o concluir el ya iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en inc. 3 del art. 293 del Código Procesal Penal, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

f.- Con la incorporación del inciso 5 se actualiza la norma con el procedimiento de flagrancia previsto por la ley 7692 que modificó el código procesal original incorporando los arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., y se contempla la mayor problemática que presenta este procedimiento especial, el excesivo tiempo para llegar a una sentencia en las causas con privación de la libertad del acusado.

Para ello se propone establecer un plazo máximo de tres (3) meses de duración de la prisión preventiva sin que se haya dictado la sentencia y a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres (3) meses el plazo mediante resolución fundada.

g.- En consideración a que entre las personas privadas de libertad bajo la denominación de procesada se encuentran las que tienen sentencia no firme y recurrida esperan que la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia dicte el fallo del recurso extraordinario, corresponde imponerle un plazo de duración a la privación de libertad para los casos de sentencia no firme recurrida que no debe exceder de seis meses, pero a pedido del Procurador, la Sala Penal podrá prorrogarlo por otros tres meses.

h.- Como son diversos los tribunales que pueden disponer la prórroga de la prisión preventiva y a fin de mantener el control de dicha medida se impone la obligación de comunicar la decisión a la SCJ.

i.- Se mantiene la responsabilidad cuando no se hace lugar a la extensión del plazo; y los efectos de la apelación.

6°) Oralidad para el control jurisdiccional.

Si bien está previsto que en el penúltimo párrafo del artículo 294 que dispone la implementación del procedimiento oral para los casos de control jurisdiccional bajo pena de nulidad, sólo para mayor claridad y evitar interpretaciones incorrectas proponemos cambiar ese artículo modificando exclusivamente lo referido a dicho procedimiento y el trámite de la apelación.

7°) Plazo para solicitar la prisión preventiva

La tradicional problemática existente con relación al actual art. 348 del C.P.P., deriva del antecedente, el Código Procesal de Penal de Córdoba que establecía la atribución del Fiscal para dictar la Prisión Preventiva, que autorizaba su constitución pero que el art. 17 de la Constitución de Mendoza exige que sea dictada por juez competente.

La adaptación de dicho precedente a la ley 6.730, generó la confusión sobre el término de 10 días, no sólo respecto a si es ordenatorio el plazo, sino también si está destinado al Fiscal o al Juez y entonces sobre cuánto tiempo tiene realmente el Fiscal para solicitar la medida y cuando debe resolver el Juez, por ello estamos convencidos que es necesario clarificar la situación y adecuarla a la nueva metodología de trámite en audiencia pública oral e indelegable prevista en el art. 294.

En el primer párrafo se establece el término de 10 días, la fatalidad y que se debe contar desde la imputación formal para que el Fiscal requiera la audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva.

También se establece la posibilidad de prórroga de dicho término hasta por otros 10 días cuando la cantidad de delitos atribuidos o la evidente complejidad o la difícil investigación lo justifiquen, debiendo el Fiscal solicitarlo antes del vencimiento y el Juez deberá resolver en el plazo de 1 día, cuya resolución será inapelable.

Ya hemos expuesto la problemática del procedimiento de flagrancia diseñado para tramitarse en pocos días, pero que la realidad ha transformado en letra muerta, demorando meses e incluso en algunas oportunidades superando el año, con la injustificable demora en las causas en las que el acusado está privado de la libertad, por lo que es conveniente establecer en este procedimiento especial además de la duración de la prisión preventiva (art. 295 inc. 5°) la obligación del Fiscal de solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo y que dicha solicitud nunca puede ser en un tiempo superior a los diez días de plazo fatal.

Finalmente, es conveniente que los tiempos que tiene el Ministerio público como términos fatales en este artículo sean limpios, es decir, excluyendo los tiempos que puedan significar la intervención del juez o la cámara.

Así, se propone que desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previsto en este artículo.

8°) Régimen único de prisión preventiva en la provincia.

Quince años después de sancionada la ley 6730, ha tenido distintos grados de aplicación en el territorio de la provincia partes del código y de institutos, sin lograr hasta la fecha su total implementación.

Aun así, entraron en vigencia desde el inicio en todo territorio de la provincia, con algunas incompatibilidades con el sistema procesal vigente en ocasiones, la división en salas para ejercer la competencia en las cámaras del crimen, querellante particular, citación de garantía del asegurador, los criterios de oportunidad, juicio abreviado inicial y final, detención domiciliaria, y gradualmente el juicio común etc., lo que ha exigido un esfuerzo de interpretación que ha resultado exitoso, ya que permitió aplicar estas normas en beneficio del espíritu de los nuevos institutos.

Asimismo, en función del art. 2 del C.P.P.-Ley 6730, ha permitido que la coexistencia de los dos sistemas de privación de la libertad en la provincia, por vía de la interpretación más favorable de las normas de cada código en definitiva se haya transformado en un sincretismo que es necesario superar estableciendo a partir de la publicación de la presente ley un único régimen de prisión preventiva, cese y prórroga, previstos por los art. 293, 294, 295 y 348 del Código Procesal Penal ley 6730 y sus modificaciones, que satisfaga el art. 7 de la Constitución de Mendoza cuando dispone que “*Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes*”.

Aclarando que el resto de las normas del C.P.P.-ley 1908 deben interpretarse en sustento de dichas disposiciones.

Por otra parte, para evitar cualquier duda deben derogarse los arts. 312, 317, 318 y 338 de la ley 1908 y sus modificatorias.

Saludo a V. H. con distinguida consideración.

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

Sobre transparencia, celeridad, participación y control de las personas privadas de libertad

Artículo 1º - Sustitúyase el art. 293 del C.P.P. el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Art. 293 - Procedencia de la Prisión Preventiva.

Corresponde dictar la prisión preventiva después de efectuada la imputación formal y a pedido del Fiscal, si se diera alguno de los siguientes supuestos:

1) Casos de *flagrancia*.

Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido *in fraganti* (art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, *en principio*, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2º) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional.

Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, sea en razón de las circunstancias y naturaleza del hecho delictivo que determinan la pena en abstracto asignada por la ley, sea por la cantidad y tipo de delitos que se le atribuyan y la pena que se espera como resultado del proceso, o finalmente, por la situación jurídica del imputado. A todo efecto deberá aplicarse el artículo 22 de la Constitución de Mendoza.

Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposos.

3º) Casos de “*riesgo procesal*”.

a) Peligro de entorpecimiento: Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante: 1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba; 2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo: Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga: Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros: 1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado; 2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal; y 3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.”

Artículo 2º - Sustitúyase el art. 294 del C.P.P. el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Art. 294 – Procedimiento.

Formulado el pedido de prisión preventiva, el tribunal fijará inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio, a realizarse dentro de los dos días, debiendo citarse a las partes, y la víctima o en su caso quien pueda constituirse como querellante. Las citaciones deberán realizarse en forma telefónica o electrónica, salvo impedimento.

La audiencia deberá tramitar con la presencia del Tribunal, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización.

Escuchado el fundamento del peticionante, se concederá la palabra sucesivamente a los intervinientes según el orden que corresponda para ejercer facultades o derechos. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que no hubieren sido antes discutidos. Luego se escuchará a la víctima o quien pueda constituirse en querellante, si hubiera comparecido y finalmente se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar.

En caso que la presencia simultánea del imputado y la víctima en la sala resulte inconveniente o que pueda implicar algún riesgo o perjuicio sobre el estado emocional de esta, podrá alejarse temporalmente al imputado y luego de escuchada la víctima, deberá reingresárselo haciéndole conocer lo manifestado por ella.

El imputado o su Defensor, podrán acreditar entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (art. 298).

También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria.

El juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente. Deberá materializarse por escrito el auto de prisión preventiva, que deberá contener bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; somera enunciación de hecho que se le atribuye; exposición muy sucinta de los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal, con cita de las disposiciones aplicables.

La resolución denegatoria de la prisión preventiva, será apelable por el Fiscal y querellante. La que disponga la medida de coerción, lo será por el imputado y el Defensor. En ambos casos, el recurso será concedido sólo con efecto devolutivo.

El procedimiento previsto en el presente artículo deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (art. 295).

La apelación tramitará siempre por compulsas de las partes pertinentes, sin desplazamiento del expediente y la audiencia prevista en el presente artículo deberá realizarse dentro de los 5 días. Si el Ministerio Público no mantiene el recurso deberá hacerlo saber por escrito antes de la audiencia.”

Artículo 3° - Sustitúyase el art. 295 del C.P.P. el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Art. 295 - Cesación de la Prisión Preventiva.

Se dispondrá fundadamente la cesación de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, que deberá efectivizarse sin más trámite, desde el lugar que se lo notifique, cuando:

1) Nuevos elementos de juicio demostraren que no concurren los motivos exigidos por el artículo 293.

Se entenderá, entre otros, que existen nuevos elementos de juicio cuando el Tribunal rechazare el procedimiento abreviado o el acuerdo alcanzado por las partes, y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el Juicio Abreviado previsto en los arts. 359 o 418 del C.P.P., estuviere agotada por el tiempo que lleva el imputado privado de libertad en esa causa.

2) Se estimare *prima facie*, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del art. 13 del Código Penal.

3) De acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere *prima facie*, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cuando la pena supere los tres años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el art. 13 del Código Penal.

El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el art. 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto.

4) La duración de la prisión preventiva excediere de dos años, sin que se haya dictado sentencia.

Cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o su difícil investigación haya impedido llegar a la misma en el plazo indicado a pedido del Fiscal o del querellante este término podrá prorrogarse:

a) Durante la investigación penal preparatoria por el juez de garantías hasta por seis meses más.

b) En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres años. No obstante los plazos, el Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de realizar el debate o concluir el ya iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el inc. 3° del art. 293 del Código

Procesal Penal, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

5°) La duración excediere de tres meses cuando se aplica el procedimiento de flagrancia previsto por los arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., sin que se haya dictado la sentencia; a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres meses el plazo mediante resolución fundada.

6°) La duración excediere de seis meses sin que se haya dictado el fallo del recurso extraordinario interpuesto contra sentencia no firme. A pedido del Procurador, la Sala Penal podrá prorrogar por tres meses el plazo.

Siempre que se disponga la prórroga de la prisión preventiva o se deniegue la misma, se deberá comunicar la decisión a la Suprema Corte de Justicia. Cuando no se hace lugar a la extensión, se ordenará el cese de la prisión preventiva al cumplirse el plazo, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiere corresponderle a los funcionarios públicos intervinientes, que deberá controlar el Ministerio Público Fiscal, para determinar si ha existido mal desempeño.

Cuando sea dictado por el Juez el auto que conceda o deniegue la libertad, será apelable por el Ministerio Público Fiscal o el imputado, sin efecto suspensivo.”

Artículo 4° - Sustitúyase el art. 345 del C.P.P. el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 345.- Control Jurisdiccional.

En cualquier momento, el imputado podrá solicitar la aplicación de los artículos 281, 292 y 295, directamente al Juez de Garantías, quien deberá seguir el procedimiento previsto por el art. 294, bajo pena de nulidad.

La resolución será apelable por el Fiscal o el imputado, sin efecto suspensivo y deberá seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del art. 294, bajo pena de nulidad.”

Artículo 5° - Sustitúyase el art. 348 del C.P.P. el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 348.- Pedido de la Prisión Preventiva.

En el término fatal de diez días a contar desde la imputación formal del detenido, el Fiscal deberá requerir se fije audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva. Cuando la cantidad de delitos atribuidos o la evidente complejidad o la difícil investigación lo justifiquen podrá el Fiscal solicitar la ampliación del término antes del vencimiento y el juez deberá resolver en el plazo de 1 día, pudiendo prorrogarlo hasta por otros 10 días. La resolución es inapelable.

En el procedimiento especial de flagrancia previsto en los arts. 439 bis, ter y quater, el Fiscal deberá solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo, que nunca podrá ser superior al plazo fatal de diez días, término que no podrá prorrogarse.

Desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previsto en el presente artículo”

Artículo 6° - Rige a partir de la publicación de la presente ley como único régimen de prisión preventiva, cese y prórroga, los previstos por los art. 293, 294, 295 y 348 del Código Procesal Penal ley 6730 y sus modificaciones. Debiendo interpretarse el resto de normas del C.P.P. ley 1.908 en sustento de dichas disposiciones.

Artículo 7° - Deróganse los arts. 312, 317, 318 y 338 de la ley 1908 y sus modificatorias.

Artículo 8°- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dr. GIANNI A. P. VENIER
V.CORNEJO

Ministro de Seguridad

Lic. ALFREDO

Gobernador de la Provincia

[1] El art. 146 establece “Los procedimientos ante todos los tribunales de la Provincia serán públicos salvo los casos en que la publicidad afecte la moral, la seguridad o el orden social”

[2] Estando comprendidos en esta segunda obligación los Jueces Letrados de Primera Instancia (del art. 154 de la C.P.) y los Jueces de Paz Letrados (del art. 155 de la C.P.), mientras que quedan excluidos los jueces de la justicia inferior o de paz (de los arts. 173, 174, 175 y 176).

[3] «1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes».

[4] «2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes de esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación».

[5] Como ha sido la «doctrina del control de convencionalidad que importa una interpretación mutativa por adición, en el sentido que la Corte Interamericana ha agregado al derecho del Pacto algo que éste claramente no decía, aunque tal operación puede explicarse como una vía de afirmación de la autoridad del Pacto y de la misma Corte» (SAGÜES, Néstor Pedro; “Manual de derecho

constitucional”, Ed. Astrea; 2ª Edición; Buenos Aires; 2012; p. 529), con lo cual se violaría el art. 1. Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando dispone «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural».

[6] *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.*

[7] Por ello resulta imprescindible interpretar de forma tal que no se excluya o limite el derecho que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADH-), que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH-); que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida” (art. 4. 1. de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH-), que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (art. 5. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH-); que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales” (art. 7.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH-); “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley” (art. 6. 1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCyP-); “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.” (art. 9.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCyP-).

[8] «Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, **independiente** e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil».