

Cámara Nacional de Casación Penal

REGISTRO Nro

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de diciembre del año dos mil ocho, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los doctores Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García como Vocales asistidos por la Prosecretaria Letrada doctora Sol Déboli, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de fs. 49/56 de la causa n° 9829 del registro de esta Sala, caratulada: "Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el Sr. Fiscal General, doctor Raúl Omar Plée, la Defensa Oficial de Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice, por la doctora Laura Beatriz Pollastri.

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

I) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad resolvió a fs. 49/56 "Homologar el dispositivo I, de la resolución que en copias obra a fs. 1/11 y su acumulada, en cuanto dispone la prorroga de la prisión preventiva de JORGE EDUARDO ACOSTA y JORGE CARLOS RADICE por el término de UN AÑO (artículo 1º de la ley 24.390)".

II) Que contra la resolución de la Cámara la defensa del imputado interpuso recurso de casación, el cual fue concedido a fs. 81/82 y mantenido a fs.92.

Los puntos de agravio serán expuestos por separado para facilitar su tratamiento en el considerando V.

a) En primer lugar el recurrente cuestionó la intervención del magistrado subrogante -Dr. Eduardo Farah-, por resultar violatoria de la garantía

de imparcialidad judicial consagrada en la normativa constitucional y ser un caso de gravedad institucional, desde que su designación no había tenido lugar conforme al trámite previsto en la Constitución Nacional.

b) Asimismo planteó la caducidad del término legal para mantener en prisión preventiva a sus defendidos.

Al respecto señaló que los imputados Acosta y Radice fueron detenidos en relación a estas actuaciones, con fecha 31 de mayo del 2005. El 2 de septiembre de ese año se dictó procesamiento con prisión preventiva y el 14 de agosto de 2006 la querrela requirió la elevación a juicio y, lo mismo hizo el Fiscal, el 3 de octubre de ese año. Luego, el 31 de mayo de 2007 se prorrogó la prisión preventiva y el 30 de mayo del 2008 se prorrogó por un nuevo año.

En torno a la situación particular de Jorge Eduardo Acosta, el Defensor Oficial señaló que se encuentra detenido en prisión preventiva, por los distintos tramos de la causa ESMA, desde hace 9 años.

Por su parte, Jorge Carlos Radice se encuentra detenido en relación al expte. 7694/99 desde el 20 de agosto del 2001, cuya imputación sobre asociación ilícita surte efectos en estas actuaciones.

En concreto solicitó que se tuviera en cuenta la fecha primigenia de detención y no en forma parcial como se viene haciendo en los distintos incidentes formados a esos fines.

El recurrente remarcó que “...*ni la complejidad de las actuaciones, ni la cantidad de hechos imputados fue lo que signó que este trámite se viera retardado, sino que fue la actuación de los órganos jurisdiccionales la que lo provocó, siendo sólo ellos quienes deban afrontar el costo, no siendo legítimo trasladarlo a mis pupilos, quienes terminan por pagarlos en moneda de prisión preventiva.*”. En este sentido aseguró que la detención de los mencionados ha devenido en ilegítima puesto que no hay legislación que habilite la prolongación de la medida como se da en este caso, puesto que se encuentra sobradamente cumplido el término de tres años establecido por el art. 1° de la ley 24.390.

Cámara Nacional de Casación Penal

La defensa indica que en base a la edad de los imputados, su situación familiar, condiciones de arraigo y la imposibilidad de entorpecer la investigación y la obtención de pruebas faltantes, la cual se encuentra precluida ya que cuenta con elevación a juicio, hacen evidente la inexistencia de peligros procesales.

c) También planteó la ultractividad de la ley penal más benigna en virtud de que *"ninguna de las pautas abstractamente señaladas se encuentra contenida en el art. 1° de la Ley Nro. 24.390 (en su antigua redacción). Ello, nos lleva a la segunda cuestión, la ultractividad de la ley penal más benigna, pues evidentemente el Tribunal a quo ha considerado aquellos patrones a la luz de la normativa actualmente vigente (según modificaciones de la Ley 25.430). La aplicación de esta norma temporalmente inválida, sin duda facilita la invocación del peligro procesal en virtud de la reforma introducida en su art. 3°.*

d) Por último, cuestionó la resolución en crisis por considerarla arbitraria, debido a que se fundamenta en apreciaciones dogmáticas carentes de motivación suficiente, además de que no se tomaron en cuenta las objeciones realizadas por el recurrente.

En este sentido, la defensa afirmó que la Sala II de la Cámara Federal no analizó de modo alguno la situación concreta de sus defendidos. Además alegó que *"...el interés estatal en la persecución de los delitos deriva de los principios de legalidad procesal y de oficialidad establecidos en nuestra ley adjetiva, y es en función de ellos que el Estado debe tender en todos los procesos a culminar en una sentencia que ponga fin al proceso. Sin embargo, ello per se no significa que se deba mantener al acusado privado de su libertad, pues justamente el constituyente previó el principio contrario: nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia de condena firme así lo declare."*

III) Durante el término de oficina, previsto en los arts. 465 primer

párrafo y 466 del C.P.P.N., el Sr. Fiscal General, Dr. Raúl Omar Plée y la Defensora Oficial, doctora Laura Beatriz Pollastri, fueron debidamente notificados a fs. 93/vta. respectivamente y guardaron silencio en la instancia.

A fs. 132 se dejó constancia de haberse superado la etapa procesal prevista en el art. 468 del C.P.P.N..

IV) Que respecto a los agravios expuestos en el punto (a) en torno a la actuación del juez Eduardo Farah, como juez subrogante, debo mantener la postura ya expuesta por esta Sala (cfr. cn° 9727, “Weber, Ernesto Frimon s/recurso de queja”, rta.: 25/09/08, Reg.: 13.230; cn° 9803, “Acosta, Jorge Eduardo s/recurso de queja”, rta.: 25/09/08, Rta.: 13.229, entre otras), motivo por el cual considero que el fallo es inadmisibile. En aquellas oportunidades se señaló que el nombrado ha sido designado magistrado subrogante ante la Cámara Nacional de Apelaciones Federal por decreto 1319 de fecha 21 de marzo de dos mil siete y ha jurado como Juez de la Sala II de ese Tribunal de Alzada el 22 de agosto del corriente año. Hasta ese momento venía desempeñándose en el mismo cargo como juez subrogante en esa Cámara.

En relación al régimen de designaciones de magistrados subrogantes, es de notar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso extraordinario” (R. 1309 X LII, rta. 23/5/07), ha declarado la inconstitucionalidad de la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura- régimen de subrogancia-, pero al mismo tiempo, ha sostenido la validez de los actos realizados por dichos jueces y se ha mantenido la designación de aquellos, hasta que cesaren las razones que originaron tal nombramiento o hasta que sean reemplazados o ratificados, mediante un procesamiento constitucionalmente válido que deberá dictarse en el plazo máximo de un año (cfr. considerando 19, 20, 21 y parte dispositiva).

Asimismo, en ese precedente se ha señalado que la calidad de juez se obtiene, tal como lo prevé la pauta constitucional, con la participación del Consejo de la Magistratura, el Senado de la Nación y el Poder Ejecutivo Nacional. Es decir

Cámara Nacional de Casación Penal

que se exige para su constitucionalidad que la designación que realiza el Poder Ejecutivo de la Nación, de una de las tres personas propuestas por el Consejo de la Magistratura, sea con el acuerdo del Senado. Por otra parte, también se dijo que este sistema no excluía la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de que se produzca una vacante, pero éste régimen alternativo y excepcional, al igual que aquél, requiere la participación de los órganos mencionados (cfr. considerandos 11 y 14).

Posteriormente, el Tribunal Superior dictó la Acordada nº 10/08, mediante la cual prorrogó las designaciones de todos los jueces nombrados en tales circunstancias, hasta que, en los términos previstos en el art. 2 del Código Civil, se produjese la entrada en vigencia del nuevo régimen de subrogaciones sancionado por el Congreso de la Nación (art. 1).

El Alto Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

No puede omitirse considerar que el doctor Eduardo Farah, revestía de la calidad de juez con anterioridad a su designación como magistrado subrogante de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, desde que había sido nombrado -mediante el procedimiento previsto constitucionalmente- y asumido como titular del Juzgado Federal de Mar del Plata (decreto 1101 de 26 de agosto de 2004), por lo que no se advierte que las directrices sentadas en el fallo citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional, respecto de

funcionarios designados como subrogantes pueden extenderse directamente a los casos de subrogación por un juez designado según el procedimiento constitucional.

V) Que abocado a entender en estas actuaciones considero que la decisión recurrida, en tanto restringe la libertad de los imputados con anterioridad al fallo final de la causa, ocasiona un perjuicio que podría resultar *prima facie* de imposible reparación ulterior, por ende, es equiparable a una sentencia definitiva en los términos previstos en el artículo 457 del C.P.P.N., por afectar un derecho que requiere tutela inmediata. Por estos motivos el recurso de casación deducido por la Defensa Oficial de Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice es formalmente admisible.

Ahora bien, a fin de dar tratamiento a los agravios manifestados en el punto (b), en primer lugar, corresponde señalar que este incidente tiene su origen en la causa 1376/04 donde se dispuso procesamiento con prisión preventiva el 2 de septiembre de 2005, confirmado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones Federal con Registro n° 25.099, en orden a los delitos de robo, en concurso real con extorsión reiterada (tres hechos), en concurso real con falsificación ideológica de instrumento público, los que a su vez concurren con el delito de asociación ilícita por el que, Jorge Eduardo Acosta se encuentra en calidad de organizador, y Jorge Carlos Radice como integrante. Estas actuaciones, a su vez, es conexas con la causa 7694/99 en la que ambos también fueron procesados por los delitos que allí se investigan.

Conforme emerge de la presente, los hechos que se le imputan a Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice tienen relación con el desempeño de los imputados como integrantes de una fuerza armada que atentó contra la población civil, para lo cual se utilizaron medios estatales, de modo que se caracterizó a estos ilícitos como delitos de lesa humanidad.

El Tribunal *a quo* indicó que *“El 27 de diciembre de 2007 se declaró parcialmente clausurada la instrucción y se elevó a juicio las actuaciones en lo*

Cámara Nacional de Casación Penal

atinente a los hechos que damnificaran a Juan Carlos Muneta (imputados a Acosta y Radice), Hugo Abraham Tarnopolsky y Mercedes Inés Carazza (enrostrados a Acosta), continuando la instrucción en lo atinente a los eventos acaecidos en los inmuebles de Besares 2019/25, unidades 1 y 2 (Acosta y Radice), y aquéllos cometidos en perjuicio de Camilo Hernández (Acosta y Radice) y Nilda Noemí Goretta (Acosta)".

La extrema gravedad de los delitos atribuidos al encausado, así como la sanción que eventualmente le corresponderá, la naturaleza de aquellos, la repercusión y alarma social que producen son, en principio, un serio impedimento para que pueda accederse a la soltura impetrada. Tanto más cuanto que al haberse perpetrado los hechos acriminados al amparo de la impunidad que significaba la ocasional protección estatal es dable sostener que existen indicios suficientes para presumir que intentará eludir la acción de la justicia, en concreto, el cumplimiento de la pena que podría corresponderle .

En este sentido comparto la postura del Procurador General de la Nación, doctor Luis Santiago González Warcalde, en el dictamen efectuado en la causa "Massera, Emilio Eduardo s/incidente de excarcelación" (M. 960. rta: 3/10/2002). Allí expuso que para la aplicación del plazo establecido por la ley 24.390 debe buscarse una interpretación armónica con la doctrina emanada de los casos Firmenich (Fallos 310:1476), Arana (Fallos 318:1877) y Bramajo (Fallos 319:1840), donde surge que ese plazo debe entenderse conforme al "plazo razonable" en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

El concepto de plazo razonable abarca el análisis de factores como las condiciones personales del imputado, la gravedad de los hechos y la complejidad del caso. En este sentido el Procurador señaló que "*...se trata de condiciones objetivas y subjetivas similares a las valoradas en este caso por el a quo -sin que se advierta arbitrariedad al respecto- y que se compadecen con las restricciones legales a la excarcelación...Por otro lado, cabe señalar que la parte no demuestra*

concretamente en su recurso que la duración del proceso esté originada en una morosidad injustificada de la actividad procesal del juzgado, más bien parece estar causada por la naturaleza y número de los hechos que se investigan, la índole de las personas involucradas, la destrucción u ocultamiento de pruebas, ciertas reticencias de los órganos obligados a brindar información, es decir por algunas de las razones por las cuales la misma ley admite una prórroga de la prisión preventiva (artículo 1 y sgtes. de la ley 24.390)".

En esta misma línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso en un reciente caso resuelto el 27 de noviembre del 2007 que se debía denegar el recurso extraordinario interpuesto por la defensa de David Esteban Pereyra quien había solicitado su excarcelación, en virtud de que había transcurrido el plazo máximo de encarcelamiento preventivo establecido en el art. 1° de la ley 24.390.

El Tribunal Oral había denegado ese pedido en base a la gravedad de los hechos, la pena máxima contemplada para ese delito, la complejidad de la causa, la cantidad de personas implicadas, el cúmulo de pruebas recolectadas y la persistente actividad recursiva de la parte.

En este caso la Corte resolvió rechazar el recurso en base a las argumentaciones expuestas en el dictamen del Procurador Fiscal, de donde surgen determinados datos de la causa que nos permiten considerar el criterio allí establecido como útil para analizar las cuestiones que están bajo estudio de esta Sala, dado que Pereyra había sido detenido el 31 de agosto de 2002 y la primera prórroga de prisión preventiva se había dispuesto el 16 de septiembre de 2004, es decir que al momento en que la Corte se expidió sobre el tema Pereyra ya llevaba 4 prórrogas. Por otra parte, en cuanto a los hechos si bien no se trataba de delitos de lesa humanidad, como es nuestro caso, éstos eran de características particularmente violentas, toda vez que a Pereyra se le imputaba la muerte de un menor calificada como secuestro extorsivo en

concurso real con homicidio agravado por alevosía, ensañamiento y cometido con el fin de ocultar otro delito. Otro dato a tener en cuenta es que la causa no contaba con fecha de juicio y se encontraba en la etapa del art. 356 CPPN.

Como se advierte las características del caso se ajustan a la situación de Radice y Acosta puesto que la causa donde se los imputa por estos delitos aún no tiene fecha de juicio y en relación al tiempo que llevan privados de libertad sin condena. Sobre esta última cuestión, en el caso de Acosta se debe contar desde la primera fecha de detención en relación a estas actuaciones, es decir desde el 16 de agosto del 2001 a lo que se suma los tres meses que estuvo detenido en el año 1987. Es decir que a la actualidad cuenta con 6 prórrogas de prisión preventiva, teniendo en cuenta la prórroga dispuesta por el Tribunal Oral con fecha 22 de mayo del corriente, la cual se encuentran a estudio de esta Sala bajo el número 9508, en virtud del control que se debe realizar, en base a la ley 24.390. Luego, en relación a Radice también su primera fecha de detención fue el 20 de agosto de 2001, y en el marco de la causa 10.103 del registro de esta Sala se encuentra a estudio el control de prórroga de prisión preventiva dispuesta por el Tribunal Oral el pasado 23 de octubre, es decir que a la actualidad cuenta con seis prórrogas de prisión preventiva.

En concreto el Procurador Fiscal sostuvo que *"...no se advierte, ni la defensa lo demuestra en concreto, que se hubiera sobrepasado el límite razonable de su encarcelamiento preventivo. Tan es así, que en ningún momento la recurrente indica, más allá de las alegaciones generales por el tiempo transcurrido, en qué fueron negligentes las autoridades judiciales. Tampoco se explica en qué consistió la mora procesal en que habrían incurrido los tribunales, ni cuáles fueron los períodos en que permanecieron inactivos de manera injustificada, ni los actos que se atrasaron o pospusieron más allá de lo*

necesario. Por el contrario, la complejidad de la causa, la necesidad de que no se frustré un juicio pronto y justo, en el que tanto la sociedad - donde este hecho repercutió de manera muy honda por sus características: se cobró el rescate; se asesinó al cautivo -como las partes- los imputados, las víctimas- y este Ministerio Público tienen puestas sus expectativas, nos persuaden de que no se han traspasado los límites estrictamente necesarios para mantener en prisión a Pereyra” (causa n°6485, “Pereyra, David Esteban s/recurso de hecho”, P. 784 XLII).

Por lo demás existe en el legajo auto de procesamiento firme en el que se han tenido por acreditados los sucesos investigados y la calidad de autor del imputado, con las exigencias legales para ese pronunciamiento.

Asimismo, la complejidad y extensión de la causa y las articulaciones de las partes que la han demorado aún más de lo necesario hacen que tampoco se encuentre excedido el plazo razonable para la culminación del juicio.

De esta forma, resulta ajustado el tratamiento que realiza el *a quo*, en cuanto a que el plazo contemplado en el artículo 1º de la ley 24.390, no resulta de aplicación automática, en este sentido tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Bramajo” que “...considera que la validez del art. 1º de la ley 24.390 se halla supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal respectivamente, a efectos de establecer si la detención ha sido razonable” (Fallos: 319:1840).

Respecto a los agravios incorporados en el punto (c) no comparto las razones expuestas por el recurrente puesto que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 2 del CP y art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se aplica para la ley sustantiva pero no para leyes procesales como son las invocadas por la defensa, en relación a las normas de la ley 24.390 que contemplan la prórroga de prisión preventiva.

En torno a los agravios expuestos en el punto (d) resulta dable destacar que la resolución que se ataca se encuentra razonada y debidamente fundamentada, emergiendo que los agravios del recurrente dejan ver una opinión diferente sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos 302:284; 304: 415 entre otros); considerando que el decisorio se haya lógica y suficientemente sustentado en base jurídica sólida que impide su crítica como acto jurídico válido (conf. fallos: 293: 294, 299: 226, 300:92 entre otros precedentes).

En tales condiciones, de un detallado estudio del escrito de interposición y conforme las facultades otorgadas por los artículos 444 del Código de Procedimiento Penal de la Nación, corresponde rechazar el recurso de casación incoado por la defensa, en virtud de que examinada la resolución puesta en crisis no se advierte que la misma sea arbitraria, ni menos aún, violatoria de principios de rango constitucional, y tampoco se evidencia que carezca de sustento, sino más bien una opinión diversa sobre la cuestión bajo análisis. Ello se debe a que en el recurso se menciona que fue la actuación de los órganos jurisdiccionales la que provocó la demora del proceso pero la defensa no circunscribe en forma clara y concreta cuáles habrían sido los actos que generaron esa demora.

Por ello, en base a los argumentos expuestos, voto en favor de rechazar el recurso de casación de fs. 59/76vta., con costas.-

El Sr. juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

I.-

Que corresponde entender en el recurso de casación dirigido contra la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal recaída en el expediente n°1376/04/23/24 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n°12, Secretaria n°23, respecto de los procesados Jorge Carlos Radice y Jorge Eduardo Acosta y el pedido de homologación de la prórroga de la prisión preventiva formulado por el Tribunal Oral en lo Federal n°5 en la causa n°1270/07 -"Testimonios A"- respecto de

Acosta y en la causa 10.103 “Testimonios C” respecto de Radice, sean analizados a partir de los mismos presupuestos normativos y atendiendo a la situación actual de los acusados. De esto da cuenta la resolución del tribunal de juicio mencionada.

Para esto se ha atendido a que en ambos casos, el objeto sometido a escrutinio de esta Sala es la prórroga de la prisión preventiva dispuesta respecto de los imputados Acosta y Radice en las investigaciones antes aludidas, que integran tanto las extensiones oportunamente convalidadas por la Cámara Federal, como el pedido de ratificación de una nueva prolongación presentada ante esta Casación por el tribunal de juicio.

Esta última circunstancia, posterior a la presentación de agravios en el recurso de casación mencionado es la que determina la situación actual a la que debe atender en definitiva este Tribunal para ponderar el caso. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que los agravios deben ser atendidos “...de acuerdo a su subsistencia en oportunidad del pronunciamiento ... y que las sentencias han de ceñirse a las circunstancias existentes cuando ellas se dictan, aunque éstas sean sobrevinientes al recurso deducido (Fallos: 310:112; 311:787, 311:2010; 315:2074; 316:1644; entre otros).

II.-

a) En lo que aquí interesa el juez a cargo de la instrucción del sumario dispuso la prórroga de la prisión preventiva de los encausados Jorge Eduardo Acosta y Jorge Radice por el plazo de un año. Dicha decisión fue homologada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal el 2 de julio del 2008. Contra esa decisión, la defensa presentó recurso de casación.

En ese orden, el *a quo* señaló con cita de jurisprudencia que el plazo fijado por el art.1º de la ley 24.390 no resulta de aplicación automática por el mero transcurso del término que establece y que su razonabilidad debe ser valorada por las pautas de la excarcelación -arts.316, 317 y 319 del CPPN-.

Dentro de esos argumentos, precisó que la detención de los encartados en “los autos principales” se dispuso el 31 de mayo de 2005 y que el 27 de diciembre de 2007 se declaró parcialmente clausurada la instrucción y se elevó a juicio las actuaciones en lo atinente a un grupo de hechos. Sin perjuicio de esto,

Cámara Nacional de Casación Penal

señaló que existen causas conexas, describiendo el objeto procesal allí investigado.

Asumiendo la totalidad de esas imputaciones, el *a quo* entendió que *"en función del conjunto de hechos y su provisoria calificación legal, dada la expectativa de pena que conmina tales conductas, la presunción de que en el caso pudieran recaer condenas de efectivo cumplimiento y cierta magnitud, no resulta arbitraria"*.

Para eso indicó que la Corte Suprema reconoció el compromiso de investigar ese tipo de crímenes *-delicta iuris gentium-*, perseguirlos y sancionarlos. Avanzó además afirmando la existencia de riesgos procesales concretos, más allá de la clandestinidad que rodeó el accionar del Grupo de Tareas que funcionaba en la Escuela de Mecánica de la Armada. Concluyendo que *"...se verifica un actuar tendiente a evitar que se descubra el destino final de las víctimas...prolongando de este modo el daño causado por los delitos cometidos"*. Por eso reprodujo in extenso lo resuelto en el expediente n°24.898, y precisó que los delitos imputados fueron cometidos por las agencias del poder punitivo, integrado por personas que hasta hoy eluden la acción de la justicia.

A su vez señalaron que durante años se había logrado obstaculizar el total esclarecimiento de lo sucedido, de manera que de recuperar su libertad es probable que intentaran impedir la labor de investigación. Desde esa perspectiva, se recordó que los hechos imputados fueron cometidos hace más de treinta años, a través de fuerzas armadas y de seguridad y su investigación se inicia con el advenimiento de la democracia.

En ese contexto se hizo referencia a las dificultades en la recolección de pruebas, la imposibilidad de acceder a antecedentes que sirvan para la localización de quienes aún hoy resultan desaparecidos, reiterando la reproducción in extenso de lo dispuesto en el expediente n°24.898.

En síntesis, la gravedad, cantidad y características de los hechos, el compromiso estatal en perseguirlos y sancionarlos, la calidad de las víctimas, los riesgos mencionados, la complejidad, la imposible reparación del daño causado y dificultad de la investigación y los riesgos de fuga justifican para el *a quo* la homologación de la prórroga cuestionada.

b) Elevado el sumario al tribunal de juicio, este dispuso el 22 de mayo de 2008 prorrogar una vez más, por el término de un año, la prisión preventiva que vienen cumpliendo los procesados Jorge Eduardo Acosta, Juan Antonio Azic, Alfredo Ignacio Astiz, Antonio Pernías, Raúl Enrique Scheller y Manuel Jacinto García Tallada, aplicando el artículo 1 de la ley 24.390, texto según ley 25.430, remitiendo esa resolución a estudio de ésta Cámara de Casación. Lo mismo ocurrió el 23 de octubre de este año respecto de Jorge Carlos Radice junto con otros imputados de estas actuaciones, causa que se encuentra a estudio de esta Sala bajo el número de registro 10.103, de acuerdo al sistema de control de prórroga de prisión preventiva.

En sus considerandos, el tribunal de juicio señaló que desde el 27 de febrero de 1987, Acosta estuvo bajo prisión preventiva rigurosa, de acuerdo con los términos del art.312 del Código de Justicia Militar, en relación con parte de los hechos por los que resulta imputado y que allí se identifican.

La aplicación de la ley 23.521 determinó el cese de esa situación. Sin embargo, con motivo de la reapertura de las actuaciones en virtud de la ley 25.779, se dispuso con fecha 16 de septiembre del 2003 el encarcelamiento preventivo de todos los nombrados. En ese orden, el 22 de mayo de 2007, el juez de instrucción, Sergio Torres resolvió prorrogar esa medida cautelar, la cual fue homologada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

El tribunal de juicio reclama ahora la homologación de una nueva extensión excepcional de la prisión preventiva de los acusados, aduciendo que los términos previstos en la ley 24.390 -texto según ley 25.430- no son de “aplicación automática”. Sobre ese presupuesto y con cita de jurisprudencia de ésta misma Sala de Casación en su anterior integración, sostuvo que el concepto de plazo razonable ha de quedar sujeto *“... a las pautas del art.319 del CPPN”, “...a la gravedad de la infracción”, “... la complejidad del hecho investigado y la índole del mismo con la consiguiente dificultad que ello conlleva para el esclarecimiento de la verdad, las numerosas medidas probatorias practicadas que implican demoras en la tramitación de la causa y además la escala penal de los ilícitos reprochados, su cantidad y la consiguiente amenaza de pena...”*.

Agregó el *a quo* que *“... la aplicación automática de cese de la*

prisión preventiva es contraria a la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con cita del precedente "Firmenich" (Fallos 310:476), refiriéndose especialmente a que no era posible traducir la noción de plazo razonable a un número fijo de días, semanas, meses o de años.

Por esos motivos, el tribunal de juicio estableció como reglas para sostener la razonabilidad de la prórroga la verificación de las circunstancias del art.319 del CPPN y la complejidad de las actuaciones en el marco de la especial gravedad de los sucesos investigados. Sobre esos puntos adujo que el art.319 ya citado determina por imperio del principio de inocencia que la privación de la libertad se justifica solo en aquellos casos en que sea *"imprescindible y a la vez no sustituible por otra medida de similar eficacia -pero ciertamente menos gravosa- en vista de los fines del proceso"*. Tras admitir su carácter excepcional, indicó que la razonabilidad de las medidas de coerción procesal *"necesitan de reglas claras que limiten al máximo su utilización"*. De esa forma y a pesar de reconocer en virtud del requerimiento de elevación a juicio la sospecha sustantiva de culpabilidad, asumió que la prisión preventiva no podía tener *"una función de pena anticipada"*. A su entender, *"el Estado de derecho tolera las medidas cautelares con el fin de asegurar la realización del juicio"*.

Desde esa perspectiva, en la resolución del *a quo* se atendió a la gravedad de la pena en expectativa por los hechos cometidos y la complejidad de los mismos. Sobre ese particular indicó la *"forma de comisión"*, *"que la investigación tuvo que sortear diversos obstáculos que dificultaron la tarea jurisdiccional"*, *"la distancia temporal"* con el momento de los sucesos, las dificultades en materia probatoria, el hecho de que el plan de represión del terrorismo *"fue desarrollado en forma clandestina desde órganos estatales"*, la *"evidente voluminosidad"* del proceso y el hecho de que el tribunal *"tiene en miras iniciar el debate oral y público...a la mayor brevedad posible, siendo que la libertad anticipada podría frustrar dicha pretensión"*.

III.-

Contra la resolución mencionada en el apartado II. a) la defensa presentó recurso de casación con cita de los arts.456, 457, 463 y concordantes del

CPPN.

En lo sustancial el recurrente considera inobservados los arts.18, 75 22, 99 inc.4 y 114 de la CN. Arst.3, 9, 10 y 11 de la DUDH, arts.1, 25 y 26 de la DADH, arts.7, 3.5, 6 y 8.1 y 2 de la CADH, arts.9.1, 3, 5 y 14 PIDC y P, arts.1, 2, 123, 167 inc.1 y 280 del CPPN y arts. 1 y 3 de la ley 24.390 -redacción original-

La defensa se agravia en particular por la existencia de un caso de gravedad institucional en tanto considera que en la causa ha intervenido un magistrado cuya designación es incompatible con las disposiciones constitucionales.

Asimismo, entiende aplicable a la situación de su defendido la redacción originaria de la ley 24.390, en virtud del principio de ultractividad de la ley penal más benigna.

Pretende, por otro lado, que el computo de la medida cautelar que viene siendo aplicada al acusado Acosta contemple los períodos cumplidos en prisión preventiva rigurosa y en las causas que fueron desdobladas y fragmentadas, lo que determinaría un lapso de más de siete años para ese momento.

Respecto del procesado Radice, señala que se encuentra privado de su libertad desde el 20 de agosto de 2001 -en relación con el expediente n°7694/99 del Juzgado federal n°12- cuya imputación sobre asociación ilícita surte efectos en estos actuados.

Desde esa perspectiva, sostiene que el computo general de la medida cautelar encuentra fundamento en la identidad de la base fáctica de la imputación penal, la conexidad reconocida por los propios tribunales y el hecho de que el desdoblamiento y la fragmentación de los expedientes obedece a fines de utilidad administrativa.

En igual sentido, considera que no hay posibilidad de extender los plazos asumidos en la ley 24.390 más allá del término precisado en su articulado.

Al mismo tiempo criticó la resolución del *a quo* por los argumentos a los que recurrió para la homologación de la prórroga de la prisión preventiva ya que entiende que ha desvirtuado los fines de la medida, carece de motivación concreta y no ha dado respuesta a los planteos formulados por la parte.

IV.-

Cámara Nacional de Casación Penal

En punto a los agravios de la defensa relacionados con la legalidad y legitimidad del juez actuante comparto las conclusiones expuestas por el juez preopinante.

Por lo demás, estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, inc.2° del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que la defensa invocó la errónea aplicación de la ley procesal y sustantiva; además el pronunciamiento recurrido si bien no se encuentra previsto en el art.457 del CP.P.N, por sus efectos es equiparable a sentencia definitiva y el recurrente ha señalado fundadamente que se encuentra involucrada una cuestión federal.

Por eso corresponde su análisis de acuerdo a los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 328:1108 ("Di Nunzio, Beatriz Herminia"), en virtud del cual se ha asignado a la Casación carácter de tribunal intermedio, facultado para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final.

Conforme tiene dicho la Corte Suprema en el precedente antes citado "*...el concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario, no difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima, siempre que se invoque en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento conforme la doctrina de esta Corte*" (consid. 12): Por eso, habiéndose invocado en el recurso agravios de naturaleza federal "*... estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio...*" (consid. 13).

V.-

En relación al agravio tratado en el punto (II.c) del voto del Juez Mitchell, la ley 24.390 es de tipo complejo y sus reglas internas deben ser analizadas de acuerdo a la naturaleza particular de las mismas. En ese orden he

sostenido que el art.7 que modifica el computo de la prisión preventiva que establece el art.24 del Código Penal en abono de la pena, por su finalidad alcanza aspectos de tipo sustantivo o material que integran el concepto de ley previsto en el principio de legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege previa) que ha sido reconocido en el art.18 de la CN y prohíbe la retroactividad de la ley penal con excepción de los casos en que ésta resulte más benigna (arts. 9 de CADH y 15.1 del PIDC y P). En ese punto, la extensión del proceso a partir del momento de los hechos determina por imperio del art.2 del Código Penal, la ultractividad de la ley penal más beneficiosa para el imputado. Esto es lo que ocurre con la ley 24.390 en su art.7 que otorgó un cómputo privilegiado de la prisión preventiva que alcanzaba incidencia clara en la pena concreta a cumplir por el condenado.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación con remisión al dictamen del procurador en el precedente Arce al indicar que *“Si de acuerdo entonces con lo que se viene diciendo, el artículo 7 de la ley 24.390 era la ley vigente en el momento del hecho, la aplicación retroactiva de la ley 25.430, que derogó esa norma, se halla vedada por el principio constitucional mencionado en atención al carácter material que -en mi opinión- ostentan las reglas de cómputo de la prisión preventiva. Más aún, tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se considerara que revisten carácter procedimental (cf. Righi, Derecho penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pg. 86)”*(L. XLI, causa 5531, “Arce, Enrique Herminio s/homicidio agravado al ser cometido con ensañamiento”).

En ese orden, efectivamente el texto originario de la ley 24.390 alcanza ultractividad como ley penal más benigna pero en solo en lo que respecta a ese computo privilegiado por las razones antes indicadas, pero no extiende esa eficacia a las normas de tipo procesal como son las que cita el recurrente.

Las reglas que disciplinan la prisión preventiva, sus fundamentos, extensión y cese poseen en principio carácter procesal y por eso no resultan abarcadas por esa garantía, ya que operan desde el momento de su promulgación.

En lo que aquí interesa entonces, la normativa aplicable es la que expresa el texto de la ley 25.430.

En torno a los agravios expuestos en el punto (II.b) contra los fundamentos de la homologación resuelta por la Sala II de la Cámara Nacional de

Apelaciones en Criminal y Correccional Federal y los motivos expuestos por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°5 para disponer una nueva prórroga de la prisión preventiva deben ser analizados de acuerdo a los principios, reglas y estándares que gobiernan la cuestión y resultan comunes en ambos casos. Los presupuestos para justificar la extensión de la medida cautelar también resultan semejantes. Si bien cabe pronunciarse en primer lugar sobre la casación presentada, de todos modos, entiendo que ha de tenerse en cuenta la situación actual del imputado -tanto en relación con la prolongación temporal de la restricción cuanto al estadio en que ahora se encuentra el proceso- que está determinada por la resolución del tribunal de juicio.

Si bien coincido con la opinión del juez Mitchell en la circunstancia de que el solo agotamiento de los términos legales previstos en el art.1 de la ley 24.390 no produce *ipso facto* el cese de la medida cautelar, conforme a la interpretación impuesta al menos hasta el presente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "*Bramajo*", lo cierto es que el mismo Tribunal ha recordado que la duración de la prisión preventiva cualquiera sea el caso, debe respetar criterios de razonabilidad, en virtud de la limitación de derechos constitucionales que provoca. De esa forma, sólo comparto la premisa del razonamiento del voto precedente pues concluyo de manera totalmente diversa. Asumo que nuestro Máximo Tribunal ha otorgado a la normativa en cuestión un criterio hermenéutico flexible que obsta en principio a una comprensión automática sobre la finalización de la medida cautelar una vez vencido el plazo excepcional de prórroga. Sin embargo, entiendo que la prolongación de la prisión preventiva a través de sucesivas extensiones, como en el caso bajo análisis, ponen en duda la razonabilidad de la medida.

En oportunidad de pronunciarme en otros casos (Cfr. Votos en las causas de esta Sala II, n°9189, "Del Barco, Carolina s/rec.de casación, Reg.11.779, rta. 5/5/08; n°8955, "Méndez, Mario, Carlos s/recurso de casación, Reg. 11.896, rta. el 22/5/2008; n°8929 "Delmé, Hugo Jorge s/recurso de casación, Reg. 11.897, rta. el 28/5/2008, entre otros) he sostenido que la libertad durante el proceso encuentra fundamento en los derechos reconocidos en el art. 14 C.N. y, en lo que aquí interesa, en las

garantías de los arts.18 y 19 de la C.N. que regulan las limitaciones a esos derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en ese punto “...que cuando el art. 18 de la C.N. dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Así lo entendió esta Corte en un viejo precedente de 1871, al decir que ‘...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario’ (Fallos: 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de ‘presunción de inculpabilidad’ (Fallos: 102:219 -1905-)(Fallos: 321.3630).

Como correlato de este estado de inocencia -en tanto no se pruebe lo contrario- surge, con igual jerarquía constitucional, el derecho a gozar de libertad durante el transcurso del proceso. Así, ha puesto de resalto nuestro Máximo Tribunal que “la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma (Fallos: 7:368; 16:88; 54:264; 64:352; 102:219 y 312:185), y que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional (causa: R.324 XXIII, “Rodríguez Landívar, Blanca Sofía s/incidente de excarcelación”, del 6 de agosto de 1991).

Por eso en el antecedente de Fallos: 54:254, se afirma que “La prisión preventiva ... no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción...”. En ese contexto se integra el principio de proporcionalidad que debe guiar ese tipo de decisiones en relación con los fines penales, al indicar que “... si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio... compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado....que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, puede decirse, además, que esa garantía del derecho individual se funda también en la Constitución, porque nace de la forma republicana de gobierno ...”

Sin embargo, como allí mismo se expone, el derecho a gozar de libertad mientras no se rompa el estado de inocencia mediante una sentencia condenatoria que ponga fin al proceso, no es absoluto y puede ser limitado sin violar las disposiciones de raigambre constitucional. La Corte Suprema ha sostenido en el precedente de Fallos, 305:1022 que *"...el derecho consistente en gozar de libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional..."*. De hecho, el instituto de la prisión preventiva encuentra fundamento en las propias disposiciones del art.18 C.N.(Fallos: 280:297; 300:642; 305:1022).

Para evaluar la legitimación de la prisión preventiva, ha de ponderarse en primer lugar los fundamentos de su dictado, que han de estar claramente vinculados con los fines que persigue esa restricción de derechos de acuerdo a los criterios antes mencionados, pues Nuestro Máximo Tribunal ha destacado que *"... el equilibrio entre el interés general individual y el interés general que la Corte procura mantener en tan trascendente materia..."* puede perderse *"... cuando la detención cautelar no encuentre ... respaldo en la estricta necesidad de asegurar la consecución de los fines del proceso penal: averiguación de la verdad real y efectiva aplicación de la pena que pudiere corresponder al delincuente"* (Fallos: 316:1934 voto de los jueces Boggiano y Nazareno).

Esto resulta congruente con lo señalado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos sosteniendo que *"... la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general,... pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia"* (caso "Suarez Rosero" Sentencia del 2 de noviembre de 1997, Serie C, n°35).

Por eso, las medidas cautelares que implican una privación de libertad solo se sostienen en *"... los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la*

investigación judicial" (Informe. nº 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Si bien he sostenido reiteradamente que en las primeras instancias de investigación, la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena, son factores de ponderación en principio razonables y a tener en cuenta en las medidas restrictivas de la libertad para asegurar los fines del proceso (Informe 2/97, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), en el Plenario N° 13 de esta Cámara ("Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley", Acuerdo nº 1/2008, rto. el 30/10/2008) se estableció que "*no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal*".

Sin embargo, ese juicio de razonabilidad no puede ser suplido por alegaciones genéricas o sin vinculación con el caso concreto o sin relación con las alegaciones de las partes o con la situación personal de los acusados. En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "*...el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas... La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito*". Con sentido aún más preciso señaló que los códigos procesales "*...sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juez para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva*" (Informe. nº 35/07 de la CIDH). En ese orden cabe recordar que ha precisado hace tiempo que "*... si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve*

injustificada" (Informe. nº 2/97 de la CIDH). En definitiva, de acuerdo a los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, la libertad es la regla, y la restricción de la misma mediante la prisión preventiva -medida cautelar, no punitiva- es la excepción.

Así lo dispone, por otra parte nuestra normativa interna, en el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación, afirmando el carácter excepcional de las medidas de restricción, al indicar que "*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*".

Desde esos puntos de vista, en estas investigaciones el dictado de la prisión preventiva a los procesados Acosta y Radice, encontró adecuado fundamento constitucional en la complejidad de los hechos, la odiosidad de los crímenes imputados, su clandestinidad, la manipulación del aparato de seguridad y la expectativa de pena para quienes se sospecha responsables de estos.

Sin embargo, luego de ese primer período de investigación, se fueron disponiendo sucesivas prórrogas de esas medidas cautelares hasta llegar al presente. La prolongación de la prisión preventiva tiene límites temporales que deben ser atendidos para impedir que se constituya en una pena anticipada. Con el paso del tiempo, la razonabilidad de esa restricción ya no quedará exclusivamente vinculada a sus fundamentos originarios sino ligada preferentemente a evitar la afectación de derechos y garantías de naturaleza constitucional provocada por la prolongación del proceso sin alcanzar un juicio definitivo sobre la imputación. Dicho de otro modo, la prisión preventiva no puede avanzar indefinidamente en el tiempo, incluso frente a la permanencia de circunstancias que en su momento la justificaron, pues esto implicaría anular los criterios de proporcionalidad que la regulan.

Esto ha sido reafirmado recientemente por la Comisión IDH al señalar que "*...la duración excesiva de la prisión preventiva origina el*

riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada". Por eso estableció que: *"Como derivación del principio de inocencia se exige un límite temporal "razonable" a la prisión preventiva..."* y, recordando el precedente "Velázquez Rodríguez" reafirmó que *"...por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercer sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos...."* (Inf.35/07).

En sentido análogo, el TEDH ha indicado sobre la base de garantías similares a las que aquí rigen, que si bien la sospecha razonable de que la persona detenida ha cometido un delito resulta una exigencia indispensable para el dictado de la prisión preventiva, transcurrido cierto lapso ello ya no es suficiente (Neumeister, 27 de junio de 1968, serie A, n° 8 y Stögmüller, 10 de noviembre de 1969, serie A, n° 9).

Justamente, los arts. 1 y 3 de la ley 24.390 -texto según ley 25.430- deben interpretarse de manera congruente con el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que *"toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y **tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad**, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio"* (el resaltado me pertenece).

En la extensión de las prórroga dispuestas por las diferentes instancias debe atenderse entonces no solo a los criterios que justificaron oportunamente el dictado de la medida, sino especialmente a su extensión sin arribar a un juicio definitivo de responsabilidad. Frente a esta circunstancia, es decir, la proyección temporal de la restricción, la gravedad de los hechos o la expectativa de pena no integran propiamente el criterio de razonabilidad o proporcionalidad que disciplina la aplicación de las restricciones de derecho. Esto es así, pues la prisión preventiva no

es un adelanto de la punibilidad prevista para los hechos sino un medio de aseguramiento procesal que integra en el juicio de proporcionalidad otros extremos o relaciones (peligros procesales). La Comisión IDH lo ha recordado expresamente al decir que *"en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento jurídico distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación"* (Inf. 35/07).

En definitiva, el examen sobre la duración de la prisión preventiva presupone la subsistencia de los motivos que legitiman la imposición, pero su prolongación no puede justificarse en la gravedad de los hechos, la intensidad de la pena amenazada y las consecuencias derivadas de la importancia y complejidad o voluminosidad del proceso. Por eso la mayoría de los argumentos volcados por el *a quo* al momento de disponer la prórroga de la medida resultan ajenos al criterio de razonabilidad que aquí está en juego, determinando que la extensión de la prisión se torne infundada.

Sucede que los motivos que validaron la determinación de la prisión preventiva no operan *per se* como justificativo para su continuidad *sine die* pues en ese caso se estaría aplicando de manera encubierta una pena bajo la denominación de medida cautelar. El aseguramiento preventivo vinculado a peligros procesales se tornaría por su duración la expresión de significado retributivo por los hechos que se imputan a los acusados, es decir, una sanción. Esta confusión de planos en la extensión irrazonable de la prisión preventiva no es de recibo en el Estado de derecho. Esto aparece reflejado en el art.9.3 del PIDCyP, en cuanto determina que la persona detenida tiene el derecho *"...a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad..."* sin perjuicio de *"...las garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio..."*.

Las medidas cautelares tienen por su naturaleza una función de aseguramiento frente a ciertos riesgos. En este caso, la prisión preventiva pretende neutralizar el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Para definir esa circunstancia, la gravedad del delito, la importancia de la pena y algunas situaciones relacionadas con la investigación brindan motivos que pueden resultar razonables para imponer la medida restrictiva de la libertad ya que son estándares objetivos que permiten presumir la presencia de esos riesgos.

Sin embargo, la prolongación ilimitada de ese instrumento cautelar sobre la base de la gravedad de los hechos y la personalidad del acusado terminan modificando la función de aseguramiento, transformándose en una alternativa de tipo punitivo o sancionador sin los presupuestos exigidos por el art. 18 de la CN, ya que no se ha anulado la presunción de inocencia que garantiza la situación de todo imputado de un delito.

Mientras la prisión preventiva opera fácticamente, como una reacción de aseguramiento frente a peligros, la pena privativa de la libertad significa la restauración del orden jurídico alterado por el delito comprobado y el señalamiento de la responsabilidad personal del sujeto declarado culpable. Pertenecen pues a dos niveles diferentes de sentido normativo a pesar de que en los hechos impliquen una restricción de la libertad similar. Por eso cuando la prolongación de la medida cautelar excede lo razonable y se argumenta en términos de gravedad del delito y severidad de la pena, se termina asimilando de manera inconstitucional ambos niveles. La prisión preventiva entonces debe quedar sujeta a un lapso de duración razonable que se vincula con criterios restrictivos para evitar la violación de derechos y garantías.

En la declaración de “Principios y Reglas para las Personas Detenidas” de marzo del 2008, la Comisión IDH ha precisado que *“...en el marco de un proceso penal, deberán existir elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado...Ello configura una exigencia o condición sine qua non a la hora de imponer*

cualquier medida cautelar, no obstante, transcurrido cierto lapso, ello ya no es suficiente" (apartado 2).

En los casos bajo examen, la consideración del lapso de esas medidas cautelares no puede ser fraccionado de acuerdo al desmembramiento de causas o desprendimientos parciales para su elevación a juicio. Como esas investigaciones tienen por objeto una misma base fáctica con unidad objetiva y criterios de imputación subjetiva comunes, la formación de "testimonios" o expedientes diferenciados no puede modificar la circunstancia de que la privación de la libertad se viene extendiendo en el tiempo con fundamento en un mismo modo ilícito de actuar que remite a crímenes de especial naturaleza y gravedad. La propia argumentación del *a quo* pone en evidencia esa relación y conexidad que se da tanto en la prolongación del proceso, por un lado, como en la extensión de la medida cautelar, por el otro.

La noción de "plazo razonable" es asumida en la CADH en tres instancias diferentes. Así, en el art.7.5 se refiere a la persona detenida, en el art.8.1 a la sustanciación del proceso y en el art.25.1 a la aplicación de un recurso rápido que permita la efectiva protección judicial.

En consecuencia cabe distinguir en el caso bajo examen, entre la razonabilidad de la duración del proceso en si mismo, incluso a través de los distintos fraccionamientos y la correspondiente a la prisión preventiva, pues responden a garantías diferentes. Un proceso de las características aquí analizadas, conforme por lo demás lo expresa el *a quo* en su resolución, podría en principio, extenderse hasta la fecha sin violentar el art.8.1 de CADH ("*...toda persona tiene derecho a ser oído...dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...*") pues resultaría razonable de acuerdo a las circunstancias apuntadas en la decisión. Aquí debe considerarse las remisiones a la clandestinidad de la actuación, las dificultades probatorias, el uso del aparato estatal para promover la impunidad y la complejidad de los sucesos.

Sin embargo, esos criterios no merecen el mismo juicio de razonabilidad cuando se ponen en contraste con las reglas que surgen del art.7.5 de la CADH antes mencionado (*“toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley...y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...”*). En este último caso, lo que ésta en juego es la duración de la prisión preventiva que debe ceder sin perjuicio de la prolongación del proceso hasta la audiencia de juicio.

Observo que en este caso los imputados Acosta y Radice llevan en prisión preventiva -incluido el periodo bajo aplicación del régimen de justicia militar- un plazo superior a los siete años de restricción cautelar de su libertad sin arribar a la audiencia de debate.

En el antecedente de Fallos: 319:1840 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que al resultar la ley 24.390 reglamentaria del art. 7.5, CADH, ésta debía ser interpretada “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, 2º párrafo). Para ello cabe remitir al modo en que la CADH es aplicada por los órganos internacionales en la materia. En el precedente “López Álvarez vs. Honduras” del 1 de febrero del 2006, la Corte IDH recordó que *“el plazo razonable al que se refiere el art.8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva...y debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse...la Corte tomará en consideración tres elementos a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, y c) conducta de las autoridades judiciales...”*, ratificando así lo dicho en los casos “Acosta Calderón”, Sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C, n°129 y “Suarez Rosero” Sentencia del 2 de noviembre de 1997, Serie C, n°35.

A estos aspectos se refieren los argumentos del tribunal de juicio expresados en la decisión como motivos para prolongar en el proceso una vez más la prisión cautelar. Como se advierte, estos en

realidad operan sobre la proporcionalidad de la duración de la causa sin sentencia firme, pero no son aplicables a la reiterada extensión de la prisión preventiva por esos motivos.

En el mismo caso, la Corte IDH reafirmó que existe una obligación estatal "*...de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni eludirá la acción de la justicia*". Sin embargo, en lo que aquí interesa, ha expuesto que "*Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismo, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva*". Por eso ha decidido que "*se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un periodo excesivamente prolongado y, por lo tanto, desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar pena*". En esos puntos ha mantenido la doctrina de los casos "Palamara Iribarne", "García Asto" y "Suárez Rosero".

En particular, dentro de su voto razonado dentro del fallo, el juez García Ramírez ha señalado que "*.. la prisión preventiva no es una verdadera sanción, no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera...por ello ...es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva*". Y recuerda explícitamente que "*Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito...en el reproche que...merece el...autor y en la pena...aplicable, sin considerar otros datos...contraviene flagrantemente la presunción de inocencia...y adelanta manifiestamente la imposición de la pena*". Por eso, García Ramírez ofrece como un elemento clave para considerar la razonabilidad de la extensión temporal la idea de "*situación jurídica*" entendiendo por tal la afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes del individuo.

Por eso la Corte IDH ha establecido igualmente que: "*... los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben*

valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen...De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse” (“Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez vs. Ecuador”, sentencia de 21/11/2007, Serie C, n° 170).

En términos expresos, la Comisión ha dicho más tarde que “*el principio de proporcionalidad impone, además de establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, determinar un límite superado el cual la consecuencia ineludible será sustituirla por una menos lesiva o, directamente, disponer la libertad del imputado...tanto el artículo 7 como el 8 de la Convención Americana persiguen el propósito de que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes*” (Inf. n° 35/07).

En la legislación nacional la cuestión remite a la ley 24.390, que rige la prisión preventiva en el presente caso y en lo que aquí interesa, como y se dijo, de acuerdo al texto reformado por ley 25.430. El art.1 determina que “*La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia*” aunque autoriza una prórroga adicional de un año más, “*por resolución fundada*”, en virtud de “*...la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado*”. Estas restricciones ceden por imperio del art. 2, cuando los plazos se cumplieren una vez “*...dictada sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme*”.

Por lo demás, la norma estipula en el art. 3, que “*El Ministerio Público podrá oponerse a la libertad del imputado por la especial gravedad del delito que le fuere atribuido, o cuando entendiera que concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación, o que existieron articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa*”.

Si bien en el precedente de Fallos: 319:1840, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, con cita del caso "Firmenich", que la determinación del plazo razonable surge de la interpretación de la ley ritual y que no existe "*... un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias...*" pues la interpretación del concepto aparece ligada "*... a la apreciación de la gravedad de la infracción...*" y no resulten los tiempos legales "*..,de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en...el Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal*", lo cierto es que ninguna prisión preventiva queda ajena a la ponderación de la razonabilidad de su extensión temporal. De allí que el tema haya merecido nuevas consideraciones en la jurisdicción internacional y de la propia Corte nacional desarrollando criterios que deben ser tomados en cuenta dentro del caso.

Más allá de la relativa actualidad que puedan mostrar los argumentos volcados por la Corte Suprema en el precedente "Bramajo", no puede obviarse que la compatibilidad de la aplicación normativa en la materia con las condiciones de vigencia de la CADH (art.75, 22 de la CN) debe ser siempre resguardada, en razón del progreso que la Comisión y la Corte IDH desenvuelven en estos puntos. En tal sentido debe tomarse en cuenta el precedente de la Corte I.D.H., "Bayarri vs. Argentina", del 30 de octubre de 2008, pues el tribunal internacional se hace cargo una vez más de la cuestión y se refiere a la ley 24.390 en particular. En ese orden explica que el art.7.5 de la C.A.D.H. "*...impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación de la libertad mediante encarcelamiento*" (parágrafo 70).

Al referirse a los plazos de la ley 24.390, la Corte I.D.H. precisó en ese caso que las autoridades nacionales -por las de nuestro país- denegaron en

todas las oportunidades la excarcelación “...argumentando que la ley 24.390 “no ha derogado las normas rituales que rigen el instituto de la excarcelación” y que estas normas no garantizan un ‘sistema de libertad automática’”. Señaló también que los tribunales argentinos “valoraron las características del delito...sus condiciones personales (las del imputado) y las penas solicitadas para presumir fundadamente que de otorgarse su libertad...eludiría la acción de la justicia” (parágrafo 73).

Por eso, tras recordar que son las autoridades locales las encargadas de valorar la pertinencia del mantenimiento o no de las medidas cautelares, indicó que tales restricciones deben contar con “fundamentos suficientes”. En ese orden, precisó que “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aún cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el art.7.5 garantiza que aquella sea liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la ley 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años, luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado...Resulta claro que la detención de...no podía exceder dicho plazo...” (parágrafo 74).

Esto se advierte en el análisis que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha volcado en el precedente de Fallos: 320:2105 (“Estévez, José Luis”), donde en aras de atender a la razonabilidad en la continuidad de la medida cautelar se estableció que no basta con fórmulas genéricas y abstractas, debiendo indicarse en concreto las circunstancias que sostenían esas presunción. Por eso, en los votos de los jueces Fayt y Petracchi se precisó que “a pesar de los categóricos términos de la ley 24.390, el a quo ha apelado, sin más ni más, a «... los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio ...»”. En esa línea el juez Bossert señaló respecto de la norma en cuestión que “la ley ha dispuesto... un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado -sin remisión explícita a otras normas- a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley”. Por eso entendió que reducir el alcance de la ley 24.390 a repetir la normativa procesal

supone apartarse *"irrazonablemente del citado principio de interpretación de las garantías constitucionales..."*.

En consecuencia, la regla general sobre el tiempo de duración de la prisión preventiva que surge del art.1 de la ley 24.390, determina la fijación de un límite legal que prevé por vía de excepción una prórroga de un año sobre la base de los motivos ya analizados. En el caso bajo examen, esa extensión excepcional se ha aplicado reiteradamente y se pretende hacerlo una vez más mediante la homologación de una nueva decisión de igual duración -un año- sin que exista fecha determinada de debate conforme lo expresa el propio tribunal oral.

La naturaleza restrictiva de este tipo de excepciones, incluso bajo la perspectiva del precedente "Bramajo", determina que no haya motivos plausibles en este proceso para una nueva homologación. No se advierte que cumplidos siete años de prisión preventiva en ambos casos, pueda haber razonabilidad, de acuerdo a los estándares internacionales de los derechos humanos. Por lo demás, no se han señalado articulaciones dilatorias que vayan más allá de la actividad de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción o de la propia jurisdicción.

Las alegaciones sobre la complejidad del caso y la pluralidad de hechos atribuidos, fueron idóneas para fundar como se hizo, el dictado de la prisión preventiva en su oportunidad. Sin embargo, transcurridos los plazos antes mencionados, sin que se tenga fecha cierta sobre la realización de la audiencia de debate, torna esos mismos argumentos, luego de sucesivas prórrogas, inoponibles a la crítica desenvuelta por el recurrente. Otro tanto ocurre con la gravedad de los hechos y la amenaza de sanción. La Comisión IDH ha señalado en el informe 35/07 que la seriedad del delito y la severidad de la pena aptos para analizar el riesgo de evasión, no pueden ser sin embargo utilizados *"...para justificar una prolongada prisión previa a la condena..."* pues de esto *"...produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad"*.

En sentido similar, por otra parte, se ha expresado recientemente la Sala III de esta Cámara en la causa n° 9068, “Azic, Juan Antonio s/ recurso de casación” (rta. 30 de octubre de 2008, Reg. n° 1516.3).

Desde esa perspectiva, confirmar o autorizar nuevas extensiones de la medida cautelar, no previstas expresamente en la normativa, significaría en esta causa una decisión contraria al control de razonabilidad conforme a los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 320: 2105; 326:4604; 327:954 entre otros, y los estándares fijados por la Comisión IDH en el Informe 35/07 y por la Corte IDH en los precedentes ya citados.

La razonabilidad en la extensión del plazo excepcional de un año respecto del término de dos años previsto en el art.1 de la ley 24.390, que determina la interpretación propuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, más allá de su vinculación con cada caso concreto, debe respetar el principio en virtud del cual la prisión preventiva no puede extenderse sin otro límite que no sea el dictado de la sentencia definitiva acerca de la responsabilidad del imputado (cfr. Caso “Bayarri vs. Argentina” ya citado, parágrafo 76).

En ese orden, los propios criterios fijados por el legislador - cantidad de delitos atribuidos o complejidad de la causa- permiten de acuerdo al caso, una nueva prórroga a la excepcionalmente prevista, con el fin de culminar la etapa preparatoria del juicio o disponer la realización de la audiencia de debate. Más allá de este plazo la prisión preventiva deja de responder a criterios de proporcionalidad vinculados a sus fines procesales y tiende a constituir una pena anticipada.

Por lo demás, la doctrina fijada en el Plenario n°13 de ésta Cámara de Casación Penal, establece criterios que deben ser atendidos al momento de interpretar la normativa procesal a la que remite el art.3 de la ley 24.390.

En los procesos bajo examen la extensión de la prisión preventiva por más de siete años deja sin proporcionalidad la continuidad de la medida cautelar ante la indeterminación de la realización del juicio.

Sobre esos presupuestos entonces, la decisión recurrida no satisface las exigencias del art. 123 CPPN, pues termina remitiendo en su fundamentación a alegaciones genéricas y no a referencias concretas que hagan a la razonabilidad de la extensión de la medida cautelar, tras repetidas prórrogas excepcionales, sin que se haya fijado aún fecha de debate. He dicho ya que ésta última circunstancia -fijación de fecha de debate o realización de la audiencia- resulta en principio una causa objetiva adecuada para sostener la extensión de la medida cautelar (Ver mis votos en causan°8964, "Losito, Horacio y Piriz, Carlos R. S/recurso de casación", reg. 11.828, rta.: 9/05/2008 y causa n° 8940, "De Marchi, Juan Carlos s/recurso de casación", reg. 11.830, rta.: 9/05/2008). Al no verificarse esa situación en el presente caso, las carencias apuntadas cobran plena virtualidad y no pueden ser neutralizadas por la expectativa indeterminada del tribunal de juicio de fijar en su momento la audiencia correspondiente.

De esa forma entiendo que cabe hacer lugar a los agravios del recurrente contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal y rechazar el pedido de homologación de la prórroga de la prisión preventiva elevada por el Tribunal Oral Federal n°5.

Entiendo que el aseguramiento de la presencia de los imputados al momento de disponerse la realización de la audiencia de juicio reclama, en virtud de las consideraciones efectuadas por el a quo, la aplicación de medidas idóneas para esto. En tal sentido, considero que la caución de orden personal resulta un mecanismo eficaz para esos fines, pues compromete a terceros en la obligación de comparecer a juicio que asumen los imputados.

VII.-

Por todo lo expuesto, entiendo que debe anularse la prórroga de la prisión preventiva dispuesta por el a quo, disponer el cese de esa medida y reenviar a la instancia para que adopte a través de una caución

de naturaleza personal, los resguardos pertinentes respecto de los procesados Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice, para su oportuna comparecencia a juicio, sin costas (arts 14, 18 y 75 inc. 22 de la CN; arts. 7.5, 8.1 y 8.2 de la CADH; arts. 9.3, 14.2 y 14.3 del PIDCyP; art. 1º ley 24.390 y arts. 316, 317, 319, 320 y 280 del CPPN).

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

La impugnación se dirige contra la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, de fs. 49/56, por la que decidió: “Homologar el dispositivo I, de la resolución que en copias obra a fs. 1/11 y su acumulada, en cuanto dispone la prorroga de la prisión preventiva de Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice por el término de un año (artículo 1º de la ley 24.390)”.

El recurrente pretende que esta Cámara revise la decisión impugnada, invocando dos motivos: a) que la Sala de la Cámara se integró con el juez doctor Dr. Eduardo Farah como juez subrogante, agraviándose de que se ha omitido el trámite constitucional para la designación de los jueces de la Nación, y b) que la decisión impugnada ha incurrido en errónea interpretación de la ley 24.390.

Concuero con lo que se sostiene en el primer voto en cuanto a que el recurso de casación es formalmente admisible.

-II-

En lo que concierne al motivo de casación por el que el recurrente se queja de la integración de la Sala II de la Cámara Federal que homologó la prisión preventiva, la cuestión sustancialmente idéntica a la propuesta ha sido objeto de consideración y decisión por esta Sala en las causas n° 9727, “Weber, Ernesto Frimon s/recurso de queja”, rta.: 25/09/08, Reg.: 13.230; y n° 9803, “Acosta, Jorge Eduardo s/recurso de queja”, rta.: 25/09/08, Reg. 13.229, a cuyos términos cabe remitirse por razón de brevedad. Por ello concuerdo con la solución que se

Cámara Nacional de Casación Penal

propicia en el primer voto, y que el recurso de casación debe ser parcialmente rechazado.

Sin embargo, entiendo, por lo que diré, que debe ser considerado procedente por el siguiente motivo de casación.

-III-

Según surge de la decisión recurrida, en los autos principales en los que fue promovida esta incidencia (causa n° 1376/04 del registro del juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n° 12), Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice fueron detenidos en relación a ese proceso el día 31 de mayo de 2005, y que se les impuso auto de procesamiento con prisión preventiva por decisión de 2 de septiembre de 2005, por las imputaciones de robo, en concurso real con extorsión reiterada -tres hechos-, en concurso real con falsificación ideológica de instrumento público, los a a su vez concurren con el delito de asociación ilícita, en carácter de organizador el primero, y de integrante el segundo (fs. 50 vta. de la decisión recurrida).

Los imputados no se encontraban en libertad al ordenarse su detención con relación a la presente causa sino que estaban privados de ella y bajo régimen de prisión preventiva en procesos conexos, como se verá más adelante. El primero había sido detenido entre el 27 de febrero y el 23 de junio de 1987, recuperó su libertad por imperio de la ley 23.521, y fue detenido nuevamente en la causa conexa n° 7694/99 a partir 16 de agosto de 2001; mientras que el segundo está detenido, sin solución de continuidad, desde el 20 de agosto de 2001 en la misma causa.

En sustancia, el recurso traído a decisión de esta Sala contra la decisión de prórroga de la prisión preventiva de Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice impone establecer la interpretación de los arts. 1 y 3 de la ley 24.390 -texto según ley 25.430- de un modo compatible con el art. 18 C.N. Al respecto comparto lo que se dice en el voto del juez doctor Guillermo Yacobucci en punto a que el art. 2 del Código Penal no

impide la aplicación inmediata de los arts. 1, 2 y 3 de la ley 25.430, que modificaron los homólogos de la ley 24.390.

También está en juego el alcance del art. 7.5 CADH en cuanto establece que *“toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*.

Al emitir mi voto en la causa n° 9181 del registro de la Sala II de esta Cámara, "Umere, María Antonia s/recurso de casación", rta. 15 de agosto de 2008, Reg. n° 13.090 había propuesto que no deben confundirse los criterios pertinentes para la justificación de la imposición de la prisión preventiva con finalidades cautelares (indicios de peligro de fuga o peligro de que el imputado entorpezca las investigaciones) con los que son relevantes para decidir si una prisión preventiva inicialmente justificada, se ha vuelto desproporcionada. Así señalé que una vez que se han obtenido indicios pertinentes y suficientes para confirmar la presunción sobre esos peligros, entonces el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable o a obtener su libertad impone un examen de la duración de la prisión preventiva desde puntos de vista de necesidad y proporcionalidad. Advertí que *“aquí ya no es dirimente que subsista el peligro de fuga, porque, si no subsistiese, desaparecería el presupuesto cautelar de la prisión preventiva cualquiera hubiese sido su duración [...] lo relevante es examinar el trámite del proceso con relación a la finalidad de llegar a una sentencia del modo más rápido posible, teniendo en cuenta los criterios de tratamiento prioritario, diligencia, complejidad del caso y conductas dilatorias del imputado o su defensa, porque la subsistencia del peligro de fuga no autoriza a una prolongación indeterminada de la prisión preventiva [...] no se trata aquí ya de la proporción que pudiera encontrarse entre la pena que podría caber al imputado en caso de ser condenado y el tiempo de prisión preventiva que ha sufrido con causa en la imputación, sino de la proporción entre este*

tiempo, y su fin cual es el de llevar adelante el proceso y realizar el juicio respecto del imputado empleando la diligencia exigible según los estándares señalados".

En otros términos, el examen sobre la duración de la prisión preventiva presupone la subsistencia de los presupuestos que legitiman su imposición, pero viene en segundo orden, constatada la subsistencia, la prolongación no puede justificarse meramente en que esos presupuestos aún se encuentran presentes.

A ese respecto es útil evocar que en tiempos recientes, la Corte IDH ha declarado que como garantía contra la arbitrariedad, y con el fin de evitar que una prisión preventiva inicialmente justificada degenerare en un anticipo de pena, los órganos del Estado deben asegurar un control periódico, en estos términos: *"La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse"* ("Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador", sentencia de 21/11/2007, Serie C, n° 170, § 117; véase tb. "Yvon Neptune vs. Haití", sent. de 6/5/2008, Serie C, n° 180, § 108). De este pasaje surge claro que no sólo debe constatarse la subsistencia de las causas y fines que justificaron la imposición de la medida cautelar, sino además, en segundo término, si su duración es proporcional a la finalidad de consecución de esos fines.

En la misma dirección, y de modo más específico se ha pronunciado la Comisión IDH, que reiteradamente ha separado el examen de los criterios que justifican la imposición de la prisión

preventiva de los que deben emplearse para controlar su duración una vez impuesta ésta. De su práctica surge con claridad que la subsistencia de los presupuestos y su revisión periódica tienen por objeto examinar la justificación de la prisión preventiva por los fines perseguidos, pero con ello no se agotan las garantías de la CADH, en la medida en que son aplicables criterios adicionales para examinar si el período de detención ha sido excesivo o resulta irrazonable, aunque se mantuviesen los presupuestos tenidos en cuenta en el momento de su imposición.

En sus informes ha establecido el deber de los órganos del Estado de emplear la debida diligencia en la sustanciación del procedimiento de manera que el plazo de detención no se torne irrazonable (Inf. n° 12/96, § 38; Inf. n° 2/97, § 99) lo que se traduce en el deber de dar prioridad a los procesos en los que los imputados se encuentran privados de su libertad (Inf. n° 12/96, § 40; Inf. n° 35/07, § 76; Inf. n° 35/07, § 127). Esta diligencia se examina según la complejidad del proceso y las demoras que podrían atribuirse a conductas abusivas del acusado (Inf. n° 12/96, §§ 41, 42; Inf. n° 2/97, §§ 103/105; Inf. n° 35/07, § 127/131).

En este segundo abordaje, la prolongación no puede justificarse con la demostración de que persiste el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, porque estos son presupuestos de imposición de la prisión preventiva que, si no persistiesen, no justificarían ninguna continuación de la privación de la libertad aunque el plazo de ésta no fuese en sí excesivo o desproporcionado. De modo que cuando se determina la falta de proporcionalidad de la prisión preventiva, o en otros términos su duración excesiva e irrazonable, la prisión preventiva debe hacerse cesar aunque persistan los peligros procesales. Esta comprensión, estaba implícita en los Informes n° 12/96 y 2/97, en los que la Comisión no ha examinado la subsistencia del peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación cuando se trata de determinar si la duración de la prisión preventiva es desproporcionada. Según su abordaje es la diligencia con relación a la decisión sobre el objeto del proceso, o en otros términos, para alcanzar el juicio, y las demoras no

imputables a órganos del Estado, lo que proporciona las perspectivas decisivas. En términos expresos la Comisión ha dicho más tarde que *"el principio de proporcionalidad impone, además de establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, determinar un límite superado el cual la consecuencia ineludible será sustituirla por una menos lesiva o, directamente, disponer la libertad del imputado"* (Inf. n° 35/07, § 124), pues *"tanto el artículo 7 (5) como el 8 (1) de la Convención Americana persiguen el propósito de que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes"* (Ibídem, § 126).

Y ha concluido: *"una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar"*, y distinguió este supuesto del caso en que no subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar, expresando que si no subsisten *"la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento"* (Inf. n° 35/07, § 134).

Si bien estos criterios fijados por la Comisión IDH en el Informe 35/07 emitido a tenor del art. 50 CADH tienen el alcance de una recomendación no pública dirigida al Estado de la República Oriental del Uruguay, y no los de una recomendación pública con la que la Comisión puede dar su opinión definitiva en un procedimiento contencioso a tenor del art. 51 CADH, y por ende no puede tener el valor de guía que la Corte Suprema le ha asignado a estos últimos informes (ver mi voto en la causa n° 10.038, "Capdevila, Carlos Octavio s/ recurso de casación", rta.

6 de noviembre de 2008, reg. n° 13.476), no cabe duda de que brinda criterios útiles para prever cuál podría ser el estándar futuro de protección contra prisiones preventivas arbitrarias por ilegítimas o desproporcionadas.

Sentado ello, persiste el problema de determinar cuáles son los parámetros bajo los cuales debe examinarse si una prisión preventiva inicialmente justificada, se ha vuelto irrazonable o desproporcionada por su duración.

He señalado ya que si la prisión preventiva sólo persigue la finalidad de asegurar el proceso para arribar a una sentencia final que decida el caso, entonces la proporción no puede medirse sino según esa finalidad.

Sólo en tiempos recientes la Comisión IDH ha aclarado conceptualmente este punto al declarar que *“si la privación de la libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos, entonces, la severidad de una eventual condena no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera”* y también ha señalado que *“en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento jurídico distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación”* (Inf. 35/07, §§140/ 141).

Con esto la Comisión IDH se ha apartado de la interpretación que había sostenido en su informe 17/89 del caso 10.037 "Firmenich, Mario c/República Argentina".

Ahora bien, según lo entiendo, la jurisprudencia de la Corte y Comisión IDH no puede ser mal interpretada en el sentido de que los Estados pueden desligarse del cumplimiento de su ley doméstica que establece límites temporales más estrictos a la prisión preventiva, invocando aquella jurisprudencia. Este abordaje sería injustificado a la luz del principio *pro homine* entendido como norma de reenvío frente a diferentes textos legales concurrentes o aplicables al mismo caso (confr.

mi voto en la causa n° 9212 del registro de la Sala II, "Germano, Karina Dana s/recurso de casación", rta. 11 de julio de 2008, Reg. n° 12.079, y la distinción ha sido seguida por el juez García Ramírez de la Corte IDH en el caso "Mack Chang, Myrna v. Guatemala", sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nro. 101, § 39).

En este sentido, el principio *pro homine* prohíbe utilizar las disposiciones de una convención para limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor y aplicable al caso. Esta decisión normativa encuentra su explicación en el hecho de que los instrumentos internacionales de derechos humanos son subsidiarios de las normas domésticas de protección, y que por ende, definen un piso mínimo de protección, piso que puede ser superado por otros instrumentos o por las normas de derecho doméstico, en cuyo caso, mandan aplicar las que contienen estándares más altos de protección (BIDART CAMPOS, Germán J., "El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos", en ABREGÚ / COURTIS (Compiladores), op. cit., pp. 81, p.79, y el mismo autor en "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna", en NIETO NAVIA, Rafael, (editor), "La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", San José de Costa Rica, 1994, pp. 39 y ss., esp. p. 47).

En aquel voto he advertido que no se trata de un problema de "compatibilización" o interpretación "conglobada" entre normas que pertenecen a distintos órdenes (derecho internacional y derecho estatal), o de interpretación "conjunta" sino de elección de la norma aplicable al caso según una norma jurídica de reenvío, que ha alcanzado expresión positiva en varios instrumentos de derechos humanos (V. gr., art. 5 PIDCP; art. 29, inc. b, CADH; art. 5 PIDE SyC; art. 1(1) de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño).

A sólo título de ejemplo puede verse el art. 29 (b) CADH, que declara: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser

interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros pactos internacionales de la misma naturaleza". Aquí se observa en primer lugar que la confrontación se da entre convenciones o pactos y las leyes domésticas de los Estados. Adicionalmente, la confrontación puede hacerse frente a las normas de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En el marco del PIDCyP, el art. 5 (2) enuncia: "*[...] 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".* En este marco, la confrontación se debe hacer entre las disposiciones del PIDCyP y las leyes domésticas, otras convenciones y "reglamentos o costumbres". Aquí no se trata de una referencia a la costumbre internacional sino a la doméstica (Confr. BOSSUYT, Marc J., *"Guide to the travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights"*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster 1987, p. 109). De tal suerte, si una ley doméstica establece límites estrictos a la duración de la prisión preventiva, la jurisprudencia de la Corte o la Comisión IDH no autoriza a los tribunales del Estado a liberarse de esos límites invocando que la CADH, según es interpretada por esos órganos autorizados, da una protección menor que la ley interna, porque esa interpretación sería *contra homine* y estaría en insuperable infracción al art. 29, inciso b, CADH.

Esto ha sido advertido recientemente por la Comisión IDH, que ha declarado que *"en los Estados en los que se ha establecido un límite objetivo a la actividad procesal, si la legislación interna concede un mayor goce de los derechos que la Convención, se debe aplicar aquélla en virtud del principio pro homine"* (Inf. 35/07, § 137). Corresponde pues

examinar si existe una ley doméstica que imponga límites más estrictos a la duración de la prisión preventiva que los que surgen del art. 7.5 CADH, según lo han interpretado la Corte y la Comisión IDH. Abordaré esto en el punto siguiente.

-IV-

El Código Procesal Penal de la Nación, que rige el presente caso, no establece un límite estricto a la duración de la prisión preventiva.

A este respecto, si bien el inciso segundo del art. 317 C.P.P.N. permite la excarcelación cuando el imputado hubiese cumplido en prisión preventiva el máximo de la pena prevista por la ley para el o los delitos imputados, este límite no está guiado por criterios de proporcionalidad con la finalidad procesal de la medida cautelar, sino con la pena amenazada, y en la mayoría de los delitos graves o de mediana gravedad no constituye un límite operativo para asegurar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de la duración del proceso. En los demás supuestos de los incisos tercero a quinto de la misma disposición, se permite la excarcelación sobre la base del tiempo que el imputado ha sufrido en prisión preventiva con relación a la pena pedida por la acusación, a la pena impuesta por sentencia no firme, o a los tiempos para obtener la libertad condicional si hubiese existido sentencia firme. Tampoco aquí se trata de una proporción con las finalidades de la medida cautelar, ni se establecen criterios estrictos de proporcionalidad con las necesidades cautelares. Por lo demás, no está en principio excluida la denegación en estos casos, a tenor del art. 319 C.P.P.N., que no tiene base en criterios de proporcionalidad, sino en la subsistencia de peligro de fuga o entorpecimiento de las investigaciones.

Es oportuno evocar que durante la vigencia del anterior Código de Procedimientos en materia Penal, se había discutido si la disposición del art. 379, inc. 6, CPMP, que establecía que el juez podía conceder al excarcelación al imputado cuando se hubiese superado el

plazo de dos años señalado en el art. 701, imponía sin excepción la excarcelación, o si ella podría estar todavía restringida por el art. 380 CPMP. Al decidir en el caso Fallos: 318:1877 (“Arana, Juan Carlos”) la Corte Suprema, por mayoría había sostenido que *“el art. 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal es la pauta interpretativa del . 379, inc. 6º, del código citado y que las dos normas se adecuan a lo establecido por el art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que no determinan plazos fijos para la procedencia de la excarcelación, sino que la decisión ha de quedar a criterio del juez según determinadas circunstancias que el magistrado deberá examinar y valorar en forma concreta”* (consid. 14). La jurisprudencia de la Corte no reconocía pues, en aquél código, la existencia de una limitación estricta a la duración de la prisión preventiva.

Ahora bien, el legislador ha elegido establecer límites a la duración de la prisión preventiva en una ley especial, fuera del Código Procesal Penal: la ley 24.390, que rige la prisión preventiva en el presente caso según el texto reformado por ley 25.430. Adelanto que esta reforma ha modificado a tal punto el sistema original que, para comprender el alcance de la modificación, se hace necesario empezar por el comienzo.

En su versión original el art. 1 establecía que la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, no obstante, autorizaba una prórroga por otro año más, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hubiesen impedido la finalización del proceso en el plazo indicado. A su vez el art. 2 autorizaba una prórroga adicional por seis meses, si aquellos plazos se cumpliesen mediando sentencia condenatoria y ésta no se encontrase firme.

En principio estos límites eran estrictos, salvo que el Ministerio Público alegase y demostrase que hubiesen existido de parte de la defensa articulaciones manifiestamente dilatorias. Si la oposición fuese aceptada, en los tiempos del art. 1 no se computarían los de demoras imputables a la defensa, según los arts. 3 y 4. La complejidad

del caso y la cantidad de hechos atribuidos era la única posible justificación de la prórroga, que estaba limitada en el tiempo, según el texto legal, por plazos determinados en años y meses. La actividad dilatoria de la defensa, si hubiese existido, permitía descontar de ese tiempo las demoras imputables a esas dilaciones.

La reforma por ley 25.430 ha modificado sustancialmente la situación, por cuanto ahora no puede predicarse que exista un límite tan estricto a la duración de la prisión preventiva. Se establece en el art. 1 que *"La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia."* y se mantiene la autorización para disponer una prórroga adicional de un año más, *"por resolución fundada"*, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado. Según el nuevo art. 2, el efecto limitador de la prisión preventiva no subsiste cuando los plazos se cumplieren una vez dictada sentencia condenatoria, aunque no se encuentre firme. Nuevamente, como antes, se mantienen las mismas razones ya enunciadas en la anterior ley como presupuesto ineludible de la prórroga de la prisión preventiva: la complejidad del caso y el número de hechos atribuidos. Sin este presupuesto, la prórroga no está justificada.

Sin embargo, la ley ha sufrido una modificación sustancial en cuanto concierne al art. 3, mientras que según el texto anterior la fiscalía podría oponerse alegando la existencia de articulaciones manifiestamente dilatorias de la defensa, según el nuevo texto: *"El Ministerio Público podrá oponerse a la libertad del imputado por la especial gravedad del delito que le fuere atribuido, o cuando entendiera que concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación, o que existieron articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa."*

Resulta claro que el legislador se ha arrepentido de su decisión soberana original que sólo contemplaba la oposición de la fiscalía por razón de la existencia de articulaciones manifiestamente

dilatorias y enuncia tres posibles obstáculos: a) la gravedad del delito atribuido; b) la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 319 CPPN, y c) la existencia de articulaciones manifiestamente dilatorias por parte de la defensa. Mientras que en este último supuesto se mantiene la posibilidad de invocar, como antes, que la duración no es reprochable a las autoridades del Estado, sino que es imputable a articulaciones manifiestamente dilatorias por parte de la defensa, en los otros dos los obstáculos no tienen por objeto un escrutinio de la duración y proporcionalidad con fines cautelares de la prisión preventiva. En el primer caso, porque la gravedad del delito atribuido parece conectar con criterios sustantivos retributivos impropios de la medida cautelar, salvo que se entienda que está en él implícita alguna relación entre la mayor gravedad del hecho y la mayor probabilidad de que el imputado entorpezca las investigaciones o quiera sustraerse al proceso. En el segundo porque la constatación de la existencia de circunstancias previstas en el art. 319 CPPN podrá ser idónea para afirmar que existe el peligro de fuga o de entorpecimiento que están a la base de la legitimación de la imposición de la prisión preventiva, pero nunca pueden proporcionar un criterio para decidir por sí solos si la duración de una prisión preventiva inicialmente justificada se ha vuelto injustificada por su desproporcionada duración.

En el contexto de la ley reformada, es evidente que el legislador ha querido establecer tres posibles obstáculos al cese de la prisión preventiva de un modo alternativo y no necesariamente cumulativo. Ello se extrae no sólo de la conjunción disyuntiva “o”, sino también de una interpretación en el contexto. Así, el art. 4, en su nueva redacción, establece que *“Si la oposición fundada en la última circunstancia mencionada en el artículo anterior fuere aceptada, las demoras causadas por las articulaciones objetadas no serán computadas”*. Es obvio que la existencia de dilaciones es irrelevante en los otros dos supuestos en que el fiscal puede oponerse al cese de la prisión preventiva. Más aún, frente a esta disposición, no veo posibilidad

de que se proponga como hipótesis que la conjunción "o" del texto del art. 3 debiese entenderse como cumulativa.

El modo de regulación elegido por el legislador tan soberano al sancionar la ley 24.390, como al modificarla sancionando la ley 25.430, plantea dificultades por la confusión de planos conceptuales. Si los criterios de justificación de imposición de la prisión preventiva no deben confundirse con los criterios para escrutar si una prisión preventiva justificada se ha vuelto desproporcionada por su duración, la pregunta acerca del peligro de fuga o de entorpecimiento pertenece al primer grupo, mientras que la pregunta acerca de su duración desproporcionada debe ser contestada con arreglo a criterios adicionales al de la subsistencia del peligro de fuga o entorpecimiento.

Estos dos planos no aparecían de ningún modo confundidos en el régimen original de la ley 24.390. La consideración de la cantidad de hechos imputados, la complejidad del caso, y la indagación acerca de eventuales articulaciones dilatorias imputables a la defensa presuponían que estuviese constatada la subsistencia de riesgo de fuga o de entorpecimiento, por criterios pertinentes que no se relacionan con la complejidad del caso o el número de hechos, pues de lo contrario, todo examen ulterior sería sobreabundante.

Durante la vigencia del texto original de esa ley la Corte Suprema había realizado, sin embargo, una interpretación susceptible de ser puesta en discusión, en tanto confundía estos planos, y desconocía el principio *pro homine*. Así, en el caso de Fallos: 319:1840 ("Bramajo, Hernán Javier") la Corte -por una mayoría de cinco jueces- relevó que la ley 24.390 se autodefine como reglamentaria del art. 7.5, CADH y sostuvo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos que complementa la primera parte de la Constitución Nacional rige "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, 2º párrafo). Según la Corte entendió "*esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes*

para su interpretación y aplicación". Con cita del caso de Fallos: 318:514 ("Giroldi, Horacio David") la mayoría evocó que los informes de la Comisión IDH debían servir de guía para la interpretación del art. 7.5 CADH (consid. 8) y seguidamente sostuvo que "a los efectos de determinar si la ley 24.390 armoniza con el art. 7º, inc. 5º, del tratado internacional mencionado" era pertinente recurrir al informe emitido en el caso "Firmenich c. Argentina", donde la Comisión había relevado que "...la determinación del plazo razonable en el derecho interno argentino surge en cada caso de la consideración armoniosa de estas dos disposiciones -hizo referencia al art. 379, inc. 6º y al art. 380 del Código de Procedimientos en lo Criminal quedando librada esa consideración al criterio del juez que debe decidir en base a los parámetros que la ley le marca taxativamente para que los valore en forma conjunta" (consid. 10) y declarado que "[...] el Estado Parte no está obligado (por la convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias...quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable". La mayoría de la Corte, en ese caso concluyó que "bajo los presupuestos enunciados, [...] la validez del art. 1º de la ley 24.390 se halla supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable" (consid. 13). advirtiendo que "la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la luz del tratado con jerarquía constitucional que aquélla reglamenta" (consid. 14). Así, concluyó que debía revocarse la resolución que había concedido la libertad sin considerar conjuntamente las reglas de excarcelación "[...] puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1º de la ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la

establecida por esta Corte en la causa "Firmenich" (Fallos: 310:1476)". Otros tres jueces, en disidencia, no se habían pronunciado sobre el fondo, sino propuesto declarar inadmisibile el remedio federal interpuesto por el Ministerio Público por no estar dirigido contra una sentencia definitiva.

La decisión que relevo presentaba en realidad dos problemas. El primero, de estricta interpretación del derecho doméstico, a saber, si el art. 1 de la ley 24.390 debía aplicarse con independencia de las reglas sobre excarcelación que habrían obstado a la libertad del imputado, o si debía realizarse una interpretación conjunta. La mayoría de la Corte se pronunció en el segundo sentido, declarando que "*la ley 24.390 no ha derogado las normas que rigen el instituto de la excarcelación, razón por la cual las disposiciones de aquélla deben ser interpretadas a la luz de las normas respectivas del Código de Procedimientos en Materia Penal y del Código Procesal Penal*" (consid. 12). El segundo problema, más complejo, consiste en establecer las relaciones de preeminencia entre la ley doméstica y el art. 7.5 CADH, según la interpretación que de éste hacía la Comisión IDH. Si la ley doméstica establecía límites más estrictos a la duración de la prisión preventiva que los que impondría la CADH, en tanto, según la inteligencia de la Comisión ésta no impondría a los Estados fijar un plazo determinado -en días, meses o años- de duración de la prisión preventiva para todos los casos, sin consideración a sus circunstancias, entonces no podría invocarse esta opinión para sustraerse a una ley doméstica que sí establecía un plazo -por hipótesis estricto-. Una interpretación de este tipo sería una interpretación *contra homine* prohibida por el art. 29, inc. b, CADH. Pero más aún, tal procedimiento parte de un error conceptual evidente, no puede alegarse que un tribunal doméstico ha hecho una interpretación de la ley doméstica de un modo "*incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*", cuando esta interpretación judicial ha concedido una garantía de la libertad física más operativa y extensa que la que ofrecería el art.

7.5, según lo entendía la Comisión IDH. Ello es conceptualmente insostenible a partir de una interpretación de la CADH, según su objeto y fin, que es la protección de los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes, de suerte tal que no puede invocarse la Convención para decir que una protección mayor por el derecho doméstico es incompatible con aquélla.

Debo señalar que es al menos dudoso que la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en "Bramajo", pueda sostenerse en estos días recurriendo a la opinión de la Comisión IDH en el informe "Firmenich", pues como he señalado antes, la Comisión ha modificado su interpretación en el informe 35/07.

Lo que he designado como problema interpretativo alcanzó claridad en el caso de Fallos: 320:2105 ("Estévez, José Luis"). Allí una mayoría de cinco jueces de la Corte Suprema había admitido, aunque de modo tácito, que el riesgo de fuga podría permitir la denegación de la libertad a pesar de estar excedidos todos los plazos de la ley 24.390, pero señaló que no basta con fórmulas genéricas y abstractas y exigió determinar concretamente las circunstancias en que podría fundarse esa presunción (voto de la mayoría, consid. 6). Por su voto los jueces Fayt y Petracchi se expresaron de modo más restrictivo al sostener que era arbitraria la decisión recurrida pues *"a pesar de los categóricos términos de la ley 24.390, el a quo ha apelado, sin más ni más, a «... los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio ...»"* (su voto, consid. 6).

Mientras que el juez Bossert había distinguido nítidamente entre las reglas generales de excarcelación y la limitación temporal de la prisión preventiva según aquella ley, al declarar que *"la ley ha dispuesto que no mediando oposición del ministerio público o cuando ésta fuere rechazada «el imputado recuperará la libertad bajo caución que el tribunal determine» (art. 4º), de modo que ha incorporado expresamente un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado -sin remisión explícita a otras normas- a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley"* (consid. 8). Desde este abordaje había concluido que *"el fallo impugnado, al reducir el alcance de la ley 24.390 a una mera*

repetición de aquellas normas procesales que regulan el instituto de excarcelación, no sólo se apartó irrazonablemente del citado principio de interpretación de las garantías constitucionales sino que también ha pasado por alto el reiterado criterio del Tribunal en el sentido de que los jueces deben abstenerse de toda exégesis que equivalga a prescindir de la norma examinada o que cause violencia a su letra o espíritu (Fallos: 316:2732)" (consid. 10).

En el caso posterior de Fallos: 321:1328 ("Sánchez Reisse, Leandro Ángel"), la Corte ha mantenido, por mayoría, la jurisprudencia del caso "Estévez". En consonancia con lo dicho por el juez Bossert en el caso "Estévez", entiendo que bajo el imperio del texto original de la ley 24.390, el plazo del art. 1 sólo era prorrogable por las razones de excepción que éste enumeraba. Vencido éste, y en su caso el del art. 2, los tiempos no podían ser extendidos de modo indeterminado. Si no se acreditaban articulaciones dilatorias de la defensa el plazo era fatal -o automático si se prefiere emplear las palabras que ha empleado la Corte Suprema-. Si se acreditaban tales dilaciones, sólo podría descontarse el tiempo insumido por ellas.

En cualquier caso, con la reforma de la ley 25.430 la confusión de planos es evidente. El fundamento de la prórroga sólo puede estar constituido por la demostrada complejidad del caso y por la pluralidad de hechos atribuidos, porque éstos son los criterios autorizados por el art. 1. Sin embargo, si el tribunal no encuentra razones de ese tipo para ordenar la prórroga, la libertad no es automática porque el Ministerio Público puede oponerse por razones enunciadas en el art. 3 que no tienen que ver con la complejidad del caso o el número de hechos.

La cuestión es determinar si, ordenada la prórroga de un año, y agotada ésta, el Ministerio Público podría continuar oponiendo las mismas razones a la liberación. La literalidad del texto de este artículo no permite sucesivas prórrogas. Sin embargo, una lectura contextual podría justificar todavía una prolongación, a tenor de uno de los supuestos del

art. 3, si la fiscalía demostrase que la existencia de articulaciones dilatorias realizadas durante el año de prórroga.

Distinta es la cuestión en torno a los otros dos supuestos del art. 3, pues no es evidente que éstos autoricen a una segunda o ulteriores prórrogas sin base legal expresa. Contra una inteligencia extensiva puede oponerse la regla general de que las disposiciones que limitan la libertad durante el proceso son de interpretación estricta (art. 2 CPPN), y, en particular, que el principio de reserva legal y el carácter excepcional de la prisión preventiva no toleran aplicaciones analógicas y extensivas (arts. 18 CN, 7.5 y 30 CADH). Una valoración de las consecuencias a que conduciría tal interpretación extensiva lleva a la misma conclusión. En efecto, si se hubiese agotado ya el plazo del art. 1 y su eventual prórroga, y no obstante estuviesen autorizadas ulteriores prórrogas no vinculadas con el descuento del tiempo de articulaciones dilatorias comprobadas, sino por razones independientes de su duración - que el hecho es especialmente grave o que persiste el peligro de fuga o de entorpecimiento- entonces el art. 1 pierde prácticamente toda la operatividad de garantía. Una interpretación tal no es conciliable con lo que la ley declara en el art. 10, esto es, que “*es reglamentaria del artículo 7, punto 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Si bien tales declaraciones legales son inusuales, y su necesidad y sentido podría ser objeto de un examen más profundo, lo cierto es que el legislador ha formulado una declaración en el sentido de que la ley persigue por finalidad hacer operativa en el orden interno la garantía de esa disposición de la CADH, de modo que no puede ser interpretada de modo frustrante de ella. Una interpretación contraria llevaría a que la única garantía segura que ofrece la ley es que al agotarse ese plazo los jueces deberán revisar, aun de oficio, si se justifica la continuación de la prisión preventiva, pero el plazo sólo garantiza esa revisión, y no su cese, que depende de otros criterios. Esta interpretación llevaría además, al resultado inaceptable de que, mientras que en los supuestos del art. 1 la prisión preventiva y su control están sujetos a términos precisos, las prórrogas ulteriores no están sujeta a límite concreto alguno.

En el sentido que expreso, recientemente me he pronunciado al emitir mi voto en disidencia en la causa n° 9755 de la Sala IV, "Miara, Samuel y otro s/ recurso de casación", rta. 17/11/2008 , Reg. N°11.028.4. También en la misma dirección se ha pronunciado la Sala III de esta Cámara en la causa n° 9068, "Azic, Juan Antonio s/ recurso de casación" (rta. 30 de octubre de 2008, Reg. n° 1516.3, véanse especialmente votos de los jueces Tragant y Ledesma).

Bajo estas consideraciones, creo que están dadas las condiciones para apartarme de la jurisprudencia de la Corte Suprema sentada en el caso de Fallos: 310:1476 ("Bramajo"), que puede inferirse como mantenida por estricta mayoría de cuatro jueces de la Corte, en su actual integración, al decidir en tiempos relativamente recientes el caso de Fallos: 330:5082 ("Guerrieri, Pascual Oscar"). A este respecto, discrepo con la interpretación que en el primer voto se sostiene acerca de lo decidido en el caso de Fallos: 330:4885 ("Pereyra, David Esteban s/ causa n° 6485"), pues entiendo que habiéndose desestimado el recurso de queja por aplicación del art. 280 C.P.C.C.N. no puede sostenerse que la Corte Suprema hubiese compartido o se hubiese remitido a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal que había propuesto una determinada interpretación de la ley 24.390 que recogía la del precedente del caso "Bramajo".

Por lo demás, entiendo que el reexamen es inevitable a raíz de la reciente condena a la República Argentina por infracción al art. 7.5 CADH, impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Bayarri". En ese caso, el Tribunal ha entendido que la ley 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado, que "resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo", y que las decisiones de los tribunales argentinos que habían denegado al liberación del imputado argumentando que la citada "*no ha derogado las normas rituales que rigen el instituto de la excarcelación*" y que estas normas no garantizan un "*sistema de libertad automática*" incurrieron en

infracción al art. 7.5 CADH (Corte IDH, “Bayarri vs. Argentina”, sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, §§ 72, 74 y 75).

Entiendo así que asiste pues razón a la recurrente, en cuanto pretende que las prórrogas de la prisión preventiva han superado los límites que se fijan en el art. 1 de la ley 25.430. Ello conduce a la nulificación de la decisión recurrida e impone disponer el cese de la prisión preventiva que vienen sufriendo Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice.

Sin embargo, he sido vencido por los jueces que me han precedido en la votación, que asignan un alcance diferente y menos estricto a la disposición citada. Ahora bien, no obstante la interpretación común sobre su alcance en abstracto, esos votos no arriban a un acuerdo sobre la suficiencia de la fundamentación de la decisión recurrida, por lo que no puedo eximirme de emitir mi voto también con respecto a este último punto.

Una consideración de las cuestiones debatidas, punto por punto, es la única que garantiza la formación de voluntad de una sentencia, pues de lo contrario, cuando hay más de una cuestión involucrada, en muchos casos sería imposible decidir sobre la base de razones comunes (véase, p. ej. FARREL, Martín D., “La argumentación en las decisiones de los tribunales colectivos”, en LL 2003-F, 1161).

A este respecto el examen debería realizarse teniendo en cuenta la práctica de la Comisión IDH, en cuanto sostiene que la gravedad del hecho, o el peligro de fuga, no son suficientes para justificar la prolongación de la prisión preventiva, y que los tribunales deben justificar su mantenimiento con otros criterios compatibles con los que aquél órgano ha expuesto al interpretar el art. 7.5 CADH. En particular examinando la complejidad del caso, la diligencia empleada por las autoridades de persecución y enjuiciamiento, y la eventual actividad obstructiva del imputado o su defensa.

A los fines de este escrutinio no basta con la exposición de criterios generales, sino que se requiere un examen concreto de las circunstancias del proceso tales por lo demás la doctrina que emana de

los casos de Fallos: 320: 2105 ("Estévez, José Luis", ya citado), 326:4604 ("Trusso, Francisco Javier"); 327:954 ("Massera, Emilio Eduardo").

Examinaré a continuación la decisión recurrida.

-V-

Agotado el plazo del art. 1 de la ley 24.390, y su prórroga, el a quo ha examinado -por la vía del art. 1, in fine de la ley 24.390- la necesidad de continuación de la prisión preventiva impuesta en el expediente 1376/04/23/24 a Jorge Eduardo Acosta y a Jorge Carlos Radice (confr. fs.49/56).

El a quo ha sostenido: *"el artículo 1º de la ley 24.390 no resulta de aplicación automática por el mero transcurso del término que establece, y que su razonabilidad debe ser valorada por las pautas que rigen la excarcelación en el proceso penal"*.

Sin perjuicio de las observaciones que he presentado en el apartado anterior, en el sentido de que no puede sospecharse una eventual infracción a la CADH por el hecho de que la ley doméstica asegurase la libertad física de un modo más amplio que la Convención misma, lo cierto es que -aun siguiendo la interpretación más extensiva, que no comparto- la ley fija un plazo en años, y ese plazo algún sentido debe tener, pues de lo contrario, no tendría operatividad alguna. Conforme lo he señalado en el punto anterior, los jueces están obligados por la ley, a revisar de oficio si se justifica la manutención de la prisión preventiva cuando ésta alcanzó dos años de duración. También están obligados a hacer una nueva revisión, en caso de prórroga, cuando la prórroga se ha agotado.

Siempre el primer objeto de examen está constituido por la complejidad del caso, y por el número de hechos atribuidos al imputado. Si no hubiese elementos concretos para justificar la duración del proceso por estas razones, entonces debería disponerse el cese de la prisión preventiva, salvo que se presentasen los obstáculos del art. 3 de la ley 25.430.

Antes he dicho que entiendo que los obstáculos fundados en el art. 3 sólo podrían ser opuestos para justificar una primera prórroga. Aunque se concediese razón a la interpretación que sostiene que, aún agotada la única prórroga expresamente prevista en la ley, el art. 3 confiere autoridad para prórrogas ulteriores, en ese caso el escrutinio de sus presupuestos debería ser más estricto aún.

Por las razones que expuse más arriba, todas las consideraciones que se hacen en la decisión recurrida acerca de las estimaciones sobre el peligro de fuga, o entorpecimiento de la investigación, no pueden ser tenidas en cuenta para realizar el escrutinio de la duración de la prisión preventiva, pues como lo he señalado, en todo caso estos peligros son presupuesto de la prisión preventiva cualquiera fuese su duración, de modo que no pueden ser invocados nuevamente, ahora para justificar cualquier duración temporal de la privación de la libertad.

Sentado ello observo que en la decisión recurrida se ha considerado el conjunto de todas las causas en trámite en las que se encuentran imputados Jorge Eduardo Acosta y Jorge Carlos Radice, a saber la presente n° 1376/04 conformada por desprendimientos de la n° 14.217/03, las causas conexas nros. 7694/99; y las nros. 18.967/03 y 18.918/03, también separadas de la n° 14.217/03. El *a quo* ha considerado decisivos, a tenor del art. 1° de la ley 24.390, la cantidad de delitos atribuidos a los imputados, y que *“esta investigación presenta características especiales que causan que su trámite se prolongue en el tiempo”*. A este respecto ha evocado que las causas n° 14.217/03; 18.967/03 y 18.918/03, ya fueron elevadas a juicio y radicadas ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5, y ha señalado que *“el vasto, complejo y poderoso entramado clandestino conformado por fuerzas armadas y de seguridad que rodeó la comisión de estos delitos investigados, aún con la certeza de que determinada víctima fue vista en el centro clandestino de detención que funcionaba en la Escuela de Mecánica de la Armada, conlleva a la instrucción a enfrentar serios problemas por no tener la posibilidad de acceder a otros antecedentes*

que sirvan para la localización de quienes aún continúan desaparecidos. Estas dificultades para la recolección de elementos probatorios que permitan el esclarecimiento de lo sucedido en el marco de esta investigación, como de sus conexas, ha sido agravadas conforme lo reseñado en el acápite anterior, por los dieciséis años en los cuales - leyes de obediencia debida y punto final mediante- fue pospuesta la presente investigación [...]" (confr. voto del juez Irurzun al que ha adherido el juez Farah, fs. 53 vta./54).

A continuación, el juez que votó en primer término, y que concitó la adhesión del otro juez que tomó parte en la decisión, hizo referencia a una decisión anterior en las que había valorado la existencia de *"un plan cuidadosamente elaborado y ejecutado por quienes revestían la autoridad estatal en ese momento -entre los que se encuentran los imputados- con un fin preciso: lograr su impunidad"* y relevó la actuación en la clandestinidad, *"la destrucción o remoción de la documentación que registró minuciosamente la suerte corrida por las personas desaparecidas, dispuestas antes de la entrega del gobierno a las autoridades constitucionales"*, la confección de documentación falsa con la que *"en aquella época se intentó asegurar la futura impunidad de los ejecutores"*, la ejecución de los hechos en diversas jurisdicciones territoriales de la República Argentina, *"lo que ahonda al complejidad de la investigación"*, que *"el plan de ocultación fue concebido [...] en un marco regional que le otorgó consecuencias y caracteres específicos"*. De allí concluyó que *"no se advierte un retardo injustificado, innecesario o disvalioso en perjuicio de los imputados que pueda atribuirse al a quo"*.

Ahora bien, sin poner en juicio la corrección de esta caracterización de las dificultades de la investigación, persecución y castigo de los graves delitos que constituyen el objeto de este proceso, y de los conexas relevados por el *a quo*, lo cierto es que, la pluralidad de hechos, y la complejidad de su investigación no podría ser tomada como una justificación suficiente para prorrogar la prisión preventiva en circunstancias como las del caso. En efecto, si esto fuese así, los mismos argumentos podrían invocarse y reiterarse por tiempo indefinido para dar

aparición de justificación de la duración de la prisión preventiva. Por compleja que sea la investigación, y por difíciles o insuperables que aparezcan los obstáculos al esclarecimiento de los hechos, esto no puede bastar para la prórroga, pues si esto fuese así, entonces no habría límite a ésta, sino la sentencia final misma, porque, de lo contrario, una prisión preventiva podría prorrogarse de modo indeterminado y recurrente siempre que el caso fuese complejo o los hechos fuesen muchos, o el ocultamiento hubiese sido efectivo, porque esas características no las pierde el caso por el paso del tiempo.

Por lo demás, no se han atribuido a los imputados o a sus defensas articulaciones indebidas o amañadas para demorar el avance del proceso. Más aún, observo que la separación de procesos, que podría ser eventualmente instrumental a la economía procesal facilitando que al menos alguna parte de las imputaciones dirigidas contra los imputados pudiese ser objeto de decisión en un juicio, que resuelva de modo definitivo la situación de restricción de derechos y de incertidumbre que importa toda acusación penal, no ha logrado sin embargo, siquiera parcialmente, esa finalidad, en la medida en que tampoco la separación de procesos ha facilitado, hasta ahora, el trámite de un debate.

Por fin, habida cuenta de que, considerando la duración total de la restricción de libertad impuesta a título de prisión preventiva en todas las causas que el *a quo* ha considerado pertinente relevar de manera conjunta para justificar la prórroga, observo que tanto en el caso de Jorge Eduardo Acosta como en el caso de Jorge Carlos Radice se ha extendido por más de siete años. En esas condiciones resulta desproporcionado mantenerla ante la indeterminación de una fecha probable de apertura del juicio.

De tal suerte, la decisión recurrida no satisface las exigencias del art. 123 CPPN.

Es aquí pertinente evocar lo decidido por la Corte Suprema en el caso "Massera", antes citado. Allí la Corte señaló que "*el a quo no sólo omitió toda referencia a las circunstancias concretas de esta causa para fundar que existían motivos que justificaran la prolongación de la*

detención por tres años. Además, no tuvo en cuenta que dicha prórroga debe ser efectivamente decidida "por resolución fundada", o en palabras del art. 18 de la Constitución Nacional, por "orden escrita de autoridad competente". Por lo tanto, aun cuando hubiera expresado qué elementos de prueba esenciales no habían podido ser obtenidos durante los dos años transcurridos desde la constatación de la existencia de semiplena prueba del delito y de indicios suficientes de culpabilidad del encarcelado (art. 366, Código de Procedimientos en Materia Penal), ello no era suficiente. Pues el texto legal exige una decisión explícita en este sentido que debe ser adoptada por el juez efectivamente a cargo de la instrucción y no por quien debe ejercer su control". Aunque en el presente caso el proceso ha sido remitido a juicio, entiendo que este criterio es aplicable mutatis mutandis.

A este respecto, observo que el *a quo* ha tenido en cuenta como sustento de la prórroga, "la índole de los delitos imputados". Así se dice en el primer voto de la decisión que "*en función del conjunto de hecho y su provisoria calificación legal, dada la expectativa de pena que conmina tales conductas, la presunción de que en el caso pudieran recaer condenas de efectivo cumplimiento y cierta magnitud no resulta arbitraria [...] nuevamente debe destacarse la especial condición de integrantes de una fuerza armada que atentó contra bienes jurídicos fundamentales de la población civil local, utilizando medios estatales contra víctimas nacionales, que oportunamente llevaron [...] a caracterizar las conductas que se les atribuyen como crimen contra la humanidad*". A lo que se agregó que "*Debe ponerse de resalto el reconocimiento que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación del interés Estatal en la persecución de estos crímenes y fundamentalmente de su compromiso de investigarlos, perseguirlos y sancionarlos que proviene de su condición de delicta iuris gentium. Por tanto su persecución imperativa de acuerdo a los principios surgidos del orden jurídico internacional con jerarquía constitucional justifican la restricción de la libertad de los imputados en pos de arribar sin inconvenientes a una sentencia que*

ponga fin al proceso, máxime cuando nuestras normas procesales no contemplan el juicio en ausencia”.

Estas afirmaciones toman nota de la naturaleza especialmente grave de los hechos, y de las obligaciones de los órganos del Estado de perseguirlos, pero por sí solas, no permiten sustentar la prórroga.

La Corte Suprema, en el caso de Fallos: 318:1877 (“Arana, Juan Carlos”) había indicado que en materia de control de proporcionalidad de la prisión preventiva es necesario examinar *“todas las circunstancias que, por su naturaleza, llevan a admitir o rechazar que existe una verdadera exigencia de interés público que justifique la derogación de la regla del respeto a la libertad individual [...]”*. En esa decisión, la Corte ha advertido, sin embargo, que no basta con consideraciones genéricas. Allí ha dicho que *“en determinados supuestos el concepto de plazo razonable ha de quedar sujeto a la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”* y asimismo, haciendo referencia a lo expuesto por el TEDH en el caso “Neumeister” ha destacado que *“para apreciar si, en un determinado caso, la detención de un acusado no sobrepasa el límite razonable, corresponde a las autoridades judiciales nacionales investigar todas las circunstancias que, por su naturaleza, lleven a admitir o a rechazar que existe una verdadera exigencia de interés público que justifique la derogación de la regla del respeto a la libertad individual”*. (consid. 8).

No encuentro, sin embargo, que más allá de la invocación general de la gravedad el *a quo* hubiese fundado por qué en las circunstancias del caso la gravedad de los hechos atribuidos sería dirimente para no autorizar el cese de la prisión preventiva. En el ya citado caso “Massera” la Corte Suprema ha señalado que la prórroga del encarcelamiento preventivo que autoriza la ley 24.390 es de interpretación restrictiva y tiene carácter excepcional, y en particular que *“la extrema gravedad de los hechos que constituyen el objeto de este proceso, o de otros similares, no puede constituir el fundamento para*

desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares ni para relajar las exigencias de la ley procesal en materia de motivación de las decisiones judiciales, a riesgo de poner en tela de juicio la seriedad de la administración de justicia, justamente, frente a casos en los que se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico internacional".

He de evocar aquí lo que he señalado recientemente en mi voto en la causa n°9971 de esta Sala, "Franco, Rubén Oscar, s/recurso de casación" (rta. 31 de octubre de 2008, Reg. n° 13.428), donde sostuve que aunque el objeto del proceso se refiera a crímenes repudiables y especialmente odiosos, "[...] *la cuestión radica en determinar si el carácter odioso de estos hechos justifica el apartamiento de los estándares constitucionales e internacionales generales sobre los presupuestos y límites de la prisión preventiva, suplantándolos por otros generales elaborados ad hoc, que debiliten su carácter excepcional*".

En similares términos, la Corte IDH ha dicho: "[...] *la Corte destaca el deber que tienen los Estados de proteger a todas las personas al prevenir, evitar y perseguir los delitos, mediante la investigación y, en su caso, sanción de los responsables de éstos y el mantenimiento del orden público, particularmente cuando se trata de hechos graves que pudieron haber ocurrido en febrero de 2004 en la localidad de La Scierie, en Saint-Marc, Haití [masacre de una población que causó la muerte de numerosas personas, asesinato de diez personas, incendio de casas y vehículos, violación de dos mujeres, y golpes y heridas contra otras personas], que dieron origen al proceso penal en el que se vinculó al señor Neptune. Sin embargo, es oportuno recordar que independientemente de la naturaleza o gravedad del crimen que se persiga, la investigación de los hechos y eventual enjuiciamiento de determinadas personas deben desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar la seguridad pública en el marco del pleno respeto a los derechos humanos*" (confr. caso "Yvon Neptune vs. Haití", sent. de 6 de mayo de 2008, § 38, con cita

de "Velásquez Rodríguez c. Honduras", sent. sobre el fondo de 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4, § 154; "Castillo Petruzzi y otros c. Perú", sent. sobre el fondo, reparaciones y costas de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, § 89; "Zambrano Vélez y otro vs. Ecuador", sent. sobre el fondo, reparaciones y costas de 4 de julio de 2007, Serie C, N° 166, § 96; y "Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", sent. sobre el fondo, reparaciones y costas de 25 de noviembre de 2006, Serie C, N° 160, § 240).

Por lo demás, proclamar que existe necesariamente una tensión entre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el legítimo derecho del Estado a investigar, perseguir y castigar delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos lleva a aceptar que algún interés sea sacrificado en la consecución del otro y a omitir buscar el modo de satisfacer lo más extensamente posible a ambos. Más aún, la existencia de tal tensión no se presenta de modo necesario cuando se advierte que no puede ponerse en discusión que un proceso sin dilaciones sirve más al fin investigación persecución y castigo de los delitos que uno indefinidamente prolongado. Así la dicho la Corte IDH que *"La razón de esto es que la persona se encuentra sujeta a imputación y en un estado de incertidumbre que hace necesario que su situación jurídica sea sustanciada y resuelta lo más pronto posible, a fin de no prolongar indefinidamente los efectos de una persecución penal, teniendo en cuenta además que en el marco del proceso penal su libertad personal puede ser restringida. A su vez, confluye con lo anterior la necesidad de posibilitar y hacer efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales, en atención a la necesidad de proteger y garantizar los derechos de otras personas perjudicadas"* (caso "Yvon Neptune vs. Haití", sent. de 6 de mayo de 2008, § 81).

Esta concepción impone un escrutinio aún más estricto de las decisiones judiciales, cuando se trata de la prórroga de una prisión preventiva en los términos de las leyes 24.390 y 25.430.

Finalmente observo que frente a la incertidumbre acerca del momento en que se estaría en condiciones de llevar adelante el juicio contra los imputados, una prórroga de la prisión preventiva adicional no aparece como claramente idónea para asegurar la realización de un debate antes de la expiración, sino como una vía para ganar tiempo hasta que se pueda determinar cuándo estará el caso en condiciones de que se realice un juicio.

Concuero pues con el voto anterior en que la decisión de prórroga está infundada, y en que, atento a que la prisión preventiva impuesta se ha tornado desproporcionada frente a las posibilidades de satisfacer la finalidad de realización del juicio en un tiempo próximo. En esas condiciones, corresponde hacer lugar la pedido de cese de la prisión preventiva.

-VI-

El art. 4 de la ley 24.390 -texto según ley 25.430- establece que "*el tribunal podrá poner en libertad al procesado, bajo la caución que considere adecuada*". En el régimen legal, las cauciones son admisibles para contrarrestar eventuales riesgos de fuga.

Por su parte, el art. 9.3 PIDCP al asegurar el derecho de todo individuo a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso ha dejado a salvo que "*su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*".

Entra pues aquí en consideración el art. 320 C.P.P.N.

Ahora bien, habida cuenta del número, la naturaleza y gravedad de los hechos imputados a Jorge Eduardo Acosta y a Jorge Carlos Radice, y de la escala penal compuesta que corresponde a ellos según el art. 55 C.P., la fijación de una caución real constituida por la simple promesa de concurrir a las citaciones del tribunal aparece insuficiente en las circunstancias del caso. Una caución real que tuviese

en cuenta esas características de los hechos debería ser de tal entidad que probablemente, si se busca que constituya un “*motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones*”, terminaría de hecho como una caución de imposible cumplimiento prohibida por la ley (art. 320, *in fine*, C.P.P.N.). Una de posible cumplimiento podría ser inidónea para asegurar ese fin.

En casos como el presente la caución personal aparece plena de sentido, porque supera la insuficiencia de la primera, y previene contra posibles excesos de la segunda. Por un lado, comparte con la primera la promesa jurada del imputado de cumplir fielmente las condiciones impuestas. Pero al mismo tiempo lo refuerza con la asunción de la obligación de pagar, en caso de incomparecencia, la suma fijada para caucionar la libertad. Esa asunción del imputado “junto con uno o más fiadores solidarios” tiene al mismo tiempo una relación directa con las condiciones personales del imputado, en la medida en que, teniendo arraigo y vida establecida en un determinado lugar, podrá acceder a su núcleo de relaciones para obtener fianza personal. Esta fianza puede ser otorgada tanto por personas físicas como jurídicas que demuestren solvencia suficiente para afrontar la fianza en caso de fuga, porque al referirse a los fiadores la ley no los limita a personas físicas. Por otro lado permite superar las dificultades que podrían presentarse al imputado para depositar y obtener un fiador que deposite una fianza real como condición de la libertad, cuando, como en el caso, la magnitud de la fianza debe guardar relación con la gravedad de los hechos y la eventual condena que podría recaer. De este modo, pasan a primer plano la existencia de relaciones personales o sociales de contención o de solidaridad con el imputado, que priman sobre su solvencia personal, al momento de asegurar que mantendrá arraigo y se someterá a los llamados de sus jueces.

Así se ha entendido que el principal deber del fiador es procurar que el imputado cumpla con sus obligaciones de comparecer, y que vigile si el imputado realiza aprestos de fuga o sustracción al proceso, estimulado mediante la conminación de pérdida de la suma

afianzada (confr. CAFFERATA NORES, José I. / TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, tomo 1, ps. 695/696).

A este respecto, en las circunstancias del caso, la caución personal deberá ser prestada por los imputados y por otros tres fiadores por cada uno (personas físicas o jurídicas con capacidad para dar fianza), que acrediten solvencia en los términos del art. 323 C.P.P.N. y aseguren por alguna vía jurídica la manutención de su solvencia en el futuro.

Los imputados deberían, además, sujetarse a las cargas del art. 326 C.P.P.N. de fijar domicilio real, no ausentarse de éste por más de veinticuatro horas denunciando las circunstancias que le impusiesen un alejamiento más extenso, y no mudar de domicilio o ausentarse de éste por más de aquél tiempo sin autorización de sus jueces. Adicionalmente, deberían satisfacer la carga del art. 310 C.P.P.N. presentándose periódicamente ante el Tribunal Oral ante el que tendrá lugar el juicio. Sin embargo, a fin de no frustrar un acuerdo común adhiero a lo propuesto por el juez doctor Yacobucci, en el sentido de diferir la determinación de esas cargas al juez de la causa.

Propongo que la fijación del monto de la caución personal y de la periodicidad de presentación de los imputados sea deferida al juez de la causa, en la medida en que ello involucra el examen de otras circunstancias personales de los imputados que involucran cuestiones de hecho que exceden las debatidas en el recurso de casación.

-VI-

Por todo lo expuesto, sin perjuicio de la disidencia que he dejado sentada en el número II de mi voto, concuerdo con el voto que antecede en punto a que debe hacerse lugar al recurso de casación de fs. 59/76, y revocar la decisión de fs. 49/56, ordenando el cese de la prisión preventiva de Jorge Eduardo Acosta y de Jorge Carlos Radice, que se hará efectivo bajo una caución personal de las características propuestas en el punto anterior, y bajo las cargas allí señaladas, una vez

que el Tribunal Oral fije el monto de la caución, y la periodicidad de presentación de los imputados.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I) Rechazar parcialmente el recurso de casación respecto de los agravios expuestos en el punto (a) del recurso.

II) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación presentado por la Defensa Oficial de Jorge Carlos Radice y Jorge Eduardo Acosta; revocar la resolución de fs. 49/56, disponiendo su libertad, que se hará efectiva bajo una caución personal prestada por cada uno de los imputados y otros tres fiadores en cada caso (personas físicas o jurídicas con capacidad de dar fianza, que acrediten solvencia y aseguren la manutención de esta en el futuro), cuyo monto será determinado por el tribunal junto con las demás cargas y resguardos que entienda pertinentes, sin costas (arts.471, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y remítase al Tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Gustavo W. Mitchell, Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci. Ante mí: Sol Déboli (Prosecretaria Letrada)