

La Rosa, Mariano R.

Excarcelación. La libertad individual durante el proceso penal / Mariano R. La Rosa.- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

848 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3586-3

1. Derecho Penal. I. Título.

CDD 345

© Mariano R. La Rosa, 2018

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2018

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 300 ejemplares

ISBN 978-987-03-3586-3

SAP 42534855

**ARGENTINA**

# ÍNDICE GENERAL

1.	LA NECESARIA LIMITACIÓN DEL PODER PENAL .....	1
1.1.	El proceso penal .....	7
1.2.	La esencia del proceso penal y su relación con la privación cautelar de la libertad .....	17
1.3.	El derecho a la defensa en juicio .....	29
1.4.	La ilegitimidad de aplicar una sanción sin juicio previo .....	37
2.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LIBERTAD PERSONAL DURANTE EL PROCESO PENAL .....	53
2.1.	Antecedentes extranjeros .....	53
2.2.	Antecedentes nacionales.....	59
2.3.	La modificación efectuada por la ley 27.063 .....	61
3.	LA LIBERTAD PERSONAL.....	67
3.1.	Presentación y comparecencia .....	76
3.2.	Intimación del ilícito .....	77
4.	EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL DURANTE EL PROCESO PENAL .....	79
4.1.	Las justificaciones al encarcelamiento preventivo según los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.....	85
4.2.	Significación de los derechos involucrados en el procedimiento .....	102
4.3.	La coerción personal.....	105
4.4.	Criterios sustantivistas.....	112
4.5.	Criterios procesalistas.....	118
5.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.....	121
5.1.	Naturaleza cautelar de la prisión preventiva .....	123
5.2.	La detención provisional como medida preventiva .....	130
5.3.	Carácter instrumental de la prisión provisional .....	135

6.	INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN.....	141
7.	PRINCIPIOS QUE DELIMITAN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	149
7.1.	El principio de inocencia.....	152
7.1.1.	Origen.....	152
7.1.2.	Consagración constitucional.....	154
7.1.3.	Situación de libertad como regla.....	156
7.1.4.	Estado jurídico de inocencia.....	160
7.1.5.	Entidad de la sospecha.....	161
7.1.6.	Necesario equilibrio funcional.....	163
7.1.7.	Sentencia declarativa de la culpabilidad.....	168
7.1.8.	Inocencia como punto de partida del análisis.....	170
7.1.9.	Vigencia igualitaria.....	171
7.1.10.	Inocencia e <i>in dubio pro reo</i> .....	174
7.2.	El principio de proporcionalidad.....	176
7.2.1.	Una medida cautelar no puede equivaler a una sanción.....	179
7.2.2.	Relación entre el rigor de la medida cautelar propuesta y el fin procesal.....	181
7.2.3.	Proporcionalidad como ponderación de los valores involucrados.....	185
7.2.4.	Valoración de la entidad del riesgo a resguardar.....	187
7.3.	El principio <i>favor libertatis</i> .....	188
7.4.	El principio <i>pro homine</i> .....	189
7.5.	El principio de necesidad.....	193
7.5.1.	Optimización de la afectación a los derechos individuales.....	196
7.5.2.	Ilegitimidad de restringir la libertad individual más allá de lo necesario.....	200
7.6.	Razonabilidad.....	201
7.7.	Excepcionalidad.....	202
7.7.1.	Consideración de la injerencia a los derechos individuales.....	205
7.7.2.	Constante justificación en la imposición de medidas de coerción.....	208
7.7.3.	La detención adquiere legitimidad cuando no es sustituible por ninguna otra medida.....	210
7.7.4.	Libertad individual como regla general.....	212
7.8.	<i>Ultima ratio</i> .....	213

---

7.9. La provisionalidad.....	216
7.10. La utilización de otras medidas distintas a la privación de la libertad.....	219
8. EL FUNDAMENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL .....	225
8.1. Evolución de la prisión preventiva en la doctrina de la Corte ...	243
8.2. Los delitos inexcusables.....	248
9. LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAR LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	253
9.1. Fundamento .....	253
9.2. Motivación .....	254
9.3. Significación procesal .....	257
9.4. Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	259
9.5. Ámbito cautelar .....	266
9.6. Carga de la prueba. Necesidad de acreditar los riesgos.....	267
9.7. Calidad de la evidencia.....	270
9.8. Fundamentación estricta.....	274
10. EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS DETENIDAS PREVENTIVAMENTE .....	281
11. CUANDO LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DEVIENE ILEGÍTIMA .....	287
12. LA OBLIGACIÓN DE RESARCIR TODA DETENCIÓN INJUSTIFICADA .....	297
13. LAS FORMAS QUE ASUME LA AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL DURANTE EL PROCESO PENAL .....	301
13.1. Criterios objetivos y subjetivos que rigen la libertad durante el proceso.....	302
13.2. Criterios objetivos .....	305
13.3. Crisis de las pautas objetivas.....	309
13.4. Criterios subjetivos .....	322
13.5. La citación.....	324
13.6. El arresto o la aprehensión .....	327
13.7. La flagrancia .....	328
13.8. La detención .....	330
13.9. Razones que imponen anular una requisa ilegal .....	335
13.9.1. La requisa personal.....	335
13.9.2. Las razones que imponen la declaración de nulidad .....	340
13.10. Alcances de la detención personal efectuada por un particular .....	345
13.11. Jurisprudencia .....	352
13.12. La prisión preventiva .....	373

13.12.1.	Dictado junto al auto de procesamiento.....	373
13.12.2.	Caracteres .....	374
13.12.3.	Diferencia con otros institutos.....	378
13.12.4.	Requisitos de procedencia de la prisión preventiva. La verosimilitud del derecho y el peligro en la de- mora .....	380
13.12.5.	La condicionalidad de la pena en expectativa .....	388
13.12.6.	Opiniones a favor de un juicio en concreto acerca de la condicionalidad de la pena.....	391
13.12.7.	Opiniones a favor de un juicio abstracto sobre la condicionalidad de la pena.....	398
13.12.8.	Límites a la prisión preventiva.....	416
13.12.9.	Jurisprudencia.....	418
13.13.	La prisión domiciliaria.....	428
13.14.	La privación provisional de la libertad de los menores de edad.....	434
13.15.	Detención preventiva de extranjeros con miras a su expulsión	439
14.	LA REBELDÍA .....	457
14.1.	Efectos de la declaración de rebeldía .....	463
14.2.	Situación del prófugo.....	465
15.	LA LEGALIDAD EN LA RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL .....	469
16.	LA JURISDICCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS.....	477
16.1.	Las atribuciones coercitivas del Ministerio Público Fiscal den- tro del proceso penal.....	481
17.	EL TIEMPO EN LA DETENCIÓN PROVISIONAL.....	489
17.1.	La limitación de la potestad coercitiva.....	508
17.2.	El derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad.....	514
17.3.	La ley 24.90 reglamentaria del plazo máximo de duración de la prisión preventiva .....	519
17.4.	La entidad de la pena amenazada .....	524
17.5.	La lesión al estado de inocencia .....	526
17.6.	La probable afectación a la imparcialidad de los jueces.....	530
17.7.	La sustanciación del proceso en tiempo razonable .....	531
17.8.	Pautas de la CIDH .....	534
17.8.1.	Duración razonable .....	534
17.8.2.	Determinación del plazo.....	536
17.8.3.	Deber de justificar la duración .....	537

---

17.8.4.	Derecho individual a que la situación del detenido sea resuelta con diligencia .....	538
17.8.5.	Vencimiento plazo .....	540
17.8.6.	Revisión periódica de la detención .....	541
18.	LA PRIVACIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD DE LOS MENORES DE EDAD.....	543
19.	INSTITUTOS MORIGERADORES DE LA COERCIÓN PROCESAL .....	549
19.1.	La exención de prisión.....	549
19.1.1.	Concepto y definición .....	549
19.1.2.	Afectación al derecho de defensa en juicio .....	552
19.1.3.	Requisitos de procedibilidad .....	558
19.1.3.1.	Imputación.....	558
19.1.3.2.	Causa penal.....	559
19.1.3.3.	Hecho atribuido.....	561
19.1.3.4.	La calificación de los hechos .....	562
19.1.4.	Primer supuesto. La gravedad de la imputación.....	570
19.1.5.	Segundo supuesto. La condicionalidad de la pena....	576
19.1.6.	Crisis de las pautas objetivas para valorar la libertad individual.....	580
19.1.7.	Obstáculos a la procedencia de la exención de prisión.....	586
19.1.8.	Los delitos excluidos.....	589
19.1.9.	Jurisprudencia.....	592
19.2.	La excarcelación.....	604
19.2.1.	Concepto .....	604
19.2.2.	Derecho del imputado.....	607
19.2.3.	Provisionalidad .....	612
19.2.4.	Caracteres.....	612
19.2.5.	Oportunidad.....	613
19.2.6.	Supuestos .....	614
19.2.6.1.	Inciso primero: supuestos de exención de prisión.....	614
19.2.6.2.	Inciso segundo, relación con el máximo de pena .....	615
19.2.6.3.	Inciso tercero, referencia a la pena solicitada por el fiscal .....	616
19.2.6.4.	Inciso cuarto. Cumplimiento de la pena impuesta por la sentencia no firme.....	617
19.2.6.5.	Inciso quinto. Referencia a la libertad condicional .....	617

19.2.7. Jurisprudencia.....	618
20. EL PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA .....	645
21. EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	647
22. LIBERTAD POR FALTA DE MÉRITO .....	649
23. LA PRISIÓN DOMICILIARIA .....	653
23.1. Concepto.....	653
23.2. Fundamento .....	653
23.3. Instrumentación.....	658
23.4. Lugar de cumplimiento .....	661
23.5. Petición de parte .....	661
24. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN, LEY 27.063.....	663
24.1. Artículo 176. Principios generales .....	664
24.1.1. La excepcionalidad en la afectación de la libertad personal .....	665
24.1.2. El principio de necesidad.....	666
24.1.3. La privación de la libertad como medida de <i>ultima ratio</i> .....	667
24.1.4. Naturaleza instrumental de la coerción personal.....	668
24.1.5. Naturaleza cautelar de la privación de la libertad.....	669
24.2. Artículo 177. Medidas de coerción .....	670
24.3. Artículo 178. Incomunicación.....	677
24.4. Artículo 179. Caucciones .....	678
24.4.1. Generalidades .....	679
24.4.2. Pautas para la fijación de la caución .....	679
24.4.3. Caución juratoria .....	681
24.4.4. Caución personal.....	682
24.4.5. La solvencia del fiador .....	683
24.4.6. Caución real .....	684
24.4.7. Los bienes.....	686
24.4.7.1. En general.....	686
24.4.7.2. Los inmuebles. La hipoteca .....	687
24.4.7.3. El embargo .....	687
24.4.7.4. Los bienes de una persona jurídica.....	687
24.4.7.5. Sustitución .....	688
24.5. Artículo 180. Ejecución de las cauciones .....	688
24.6. Artículo 181. Cancelación.....	690
24.7. Artículo 182. Detención .....	691
24.8. Artículo 183. Aprehensión sin orden judicial .....	693

24.9. Artículo 184. Flagrancia .....	697
24.10. Artículo 185. Prisión preventiva .....	700
24.10.1. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva.....	700
24.10.2. Principios que legitiman a la prisión preventiva.....	702
24.10.3. Gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho imputado .....	704
24.10.4. La condicionalidad de la pena en expectativa .....	708
24.11. Artículo 186. Embargo y otras medidas cautelares.....	709
24.12. Artículo 187. Condiciones y requisitos .....	710
24.13. Artículo 188. Peligro de fuga.....	714
24.13.1. Gravedad del hecho imputado .....	719
24.13.2. El arraigo.....	720
24.13.3. Comportamiento del imputado.....	720
24.14. Artículo 189. Peligro de entorpecimiento .....	721
24.15. Artículo 190. Procedimiento.....	722
24.16. Artículo 191. Límite de la prisión preventiva .....	724
24.16.1. Inciso a) .....	725
24.16.2. Inciso b).....	725
24.16.3. Inciso c) .....	726
24.16.4. Procesos de excesiva duración. La ley 24.390 (reformada por ley 25.430) .....	727
24.17. Artículo 192. Incumplimiento .....	730
24.18. Artículo 193. Revocación o sustitución .....	731
24.19. Artículo 194. Demora respecto de medidas privativas de la libertad .....	732
25. LA PELIGROSIDAD PROCESAL, ÚNICA RESTRICCIÓN COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL .....	735
25.1. La peligrosidad procesal.....	740
25.2. Interpretación restrictiva .....	744
25.3. Fundamentación de la restricción a la libertad .....	745
25.4. Estimaciones indebidas.....	749
25.5. El entorpecimiento de la investigación .....	752
25.6. El peligro de fuga.....	754
25.7. Gravedad del hecho imputado.....	757
25.8. Posibilidad de declaración de reincidencia .....	762
25.9. Rebeldías anteriores.....	765
25.10. Falta de arraigo .....	767
25.11. Complejidad de la investigación.....	768
26. EL PRETENDIDO CONFLICTO SEGURIDAD. GARANTÍAS .....	769



---

27. LAS CAUCIONES.....	777
27.1. Objeto.....	778
27.2. Elección de su clase y monto.....	781
27.3. Caución juratoria como regla.....	783
27.4. Caución personal .....	784
27.5. Capacidad y solvencia del fiador. Capacidad para contratar.....	784
27.5.1. Acreditación de la solvencia .....	784
27.5.2. Número de fianzas .....	785
27.6. Caución real.....	785
27.6.1. Constitución de la caución.....	785
27.6.2. El monto de la caución real.....	786
27.6.3. Ineficacia de las restantes modalidades de caución ..	789
27.7. Forma de la caución.....	790
27.8. Cancelación de las cauciones .....	791
27.9. Emplazamiento .....	792
27.9.1. Término .....	794
27.9.2. Justificación.....	794
27.10. Efectividad .....	794
28. VÍAS IMPUGNATIVAS .....	795
28.1. Recurso de apelación.....	797
28.1.1. Efecto no suspensivo .....	798
28.1.2. Plazo.....	798
28.2. Recurso de casación.....	799
28.2.1. Efecto .....	804
28.3. Recurso extraordinario federal.....	807
28.3.1. Equiparación con sentencia definitiva .....	807
28.3.2. Tribunal superior de la causa .....	814