



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN - PIA

La Prisión Preventiva frente a la Presunción de Inocencia
The Preventive Prison in front of the Presumption of Innocence

Joaquín Nicolás Lorenzen

LEGAJO N° VABG45391

DNI. 34278158

ABOGACÍA

2019

Índice

Resumen y Palabras Claves

Abstract y Keywords

Introducción 1

Capítulo I. La Presunción de Inocencia 3

1. El Derecho de la Presunción de Inocencia 3

2. Antecedentes en Argentina 3

3. La Garantía como Derecho Constitucional 4

4. Presunción de Inocencia: Concepto 5

5. La Libertad Personal como Derecho Fundamental 5

6. El Principio de Presunción de Inocencia: su Inserción en el Texto Constitucional y en los Tratados de Derechos Humanos 6

7. El Procesado y el Principio de Presunción de Inocencia 8

8. Problemática al enfrentarse con el Instituto de la Prisión Preventiva 9

Capítulo II. La Prisión Preventiva 11

1. Concepto 11

2. Justificación de la Medida 11

3. Regulación Legal 12

4. Plazos 13

5. Principios Presentes a Tener en Cuenta ante la Imposición de Esta Medida 13

6. El Origen de su Implementación 13

7. Requisitos para la Procedencia de la Prisión Preventiva 14

7.1. Arraigo 15

7.2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento	16
8. El comportamiento del imputado durante el procedimiento	16
9. La Obstaculización de la actividad probatoria	17
10. La Condenación Condicional	18
11. La Prisión Preventiva Concebida como una Pena Anticipada	18
12. La Prisión Preventiva como Medida Cautelar y su Carácter Excepcional	19
13. Las Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva	20
13.1. Libertad por Falta de Mérito	21
13.2. Libertad bajo caución	22
14. Probation	23
15. Control Electrónico	24

Capítulo III. Conflicto y Confrontación entre la Presunción de Inocencia

y la Prisión Preventiva	26
1. La Prisión Preventiva Frente a la Presunción de Inocencia	26
2. Elementos Fundamentales de la Presunción de Inocencia para la Protección de los Derechos Humanos	27
3. Conflicto de Principios, Colisión entre uno y otro. Garantías en Juego	28
4. El Plazo Razonable y la proporcionalidad	31
5. Causas Posibles del Uso Excesivo de la Prisión Preventiva	33
6. Discusión Actual.....	33
7. Legitimación de la Prisión Preventiva	34
8. Cesación	36
9. Revocación	37

10. La Rebeldía y la Presunción de Inocencia. Efectos	40
11. La Influencia de la Opinión Pública	42
Capítulo IV. Criterios Jurisprudenciales	44
Conclusión	49
Recomendaciones	52
Bibliografía	55

Resumen

El objetivo de este trabajo fue plantear si la Prisión Preventiva como medida de coerción personal vulneraba el Principio de Inocencia, restringiendo la libertad de la persona mientras se sustanciaba el proceso, procurando identificar cuáles eran los cuestionamientos que se presentaban entre estas dos instituciones del Derecho Procesal Penal, y si la implementación de la Prisión preventiva, vulneraba el principio de inocencia. Este trabajo fue abordado bajo una metodología explicativa-correlacional, con la intención de hacer una exposición del fenómeno "prisión preventiva", aclarando y explicando el análisis de la misma. Fue por ello, que consideré importante, plantear los siguientes interrogantes que me permitieran cumplir mis objetivos: ¿Cuál es la finalidad de la prisión preventiva en el marco del principio de presunción de inocencia? ¿la prisión preventiva es la regla o la excepción? El resultado de esta investigación fue demostrar la fundamentación de esta medida de coerción como no violatoria del principio de inocencia, cuando solo se aplique teniéndola en cuenta como una herramienta para que se realice en forma exitosa el proceso penal, donde el peligro de fuga o el entorpecimiento por parte del imputado pudieran ir en contra del concepto "justicia".

PALABRAS CLAVES:

Principio de inocencia – prisión preventiva – derechos – excepción

Abstract

The objective of this work was to ask whether the Prison as a measure of personal coercion violated the Principle of Innocence, restricting the freedom of the person while the process was being carried out, trying to identify what were the questions that arose between these two institutions of Procedural Law Criminal, and if the implementation of the preventive Prison, violated the principle of innocence. This work was addressed under an explanatory-correlational methodology, with the intention of making an exposure of the phenomenon "preventive detention", clarifying and explaining the analysis of it. That is why, I considered important, raise the following questions that would allow me to meet my objectives: What is the purpose of preventive detention in the framework of the principle of presumption of innocence? Is pretrial detention the rule or the exception? The result of this investigation was to demonstrate the basis of this measure of coercion as non-violative of the principle of innocence, when it is applied only by taking it into account as a tool for the successful prosecution of the criminal process, where the danger of escape or obstruction on the part of the accused could go against the concept of "justice".

KEYWORDS:

Principle of innocence - preventive detention - rights – exception

Introducción

La prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia, son dos conceptos cuyo tratamiento y análisis siempre han generado un debate al momento de su aplicación. Existen quienes consideran la necesidad de resaltar que la aplicación de uno de ellos es en perjuicio del otro, mientras están, aquellos, que consideran que la aplicación de la prisión preventiva en ningún caso lesiona el derecho a que el imputado se presuma inocente hasta el final del proceso, si es que el mismo puede desarrollarse cumpliendo las garantías que corresponde.

La presunción de inocencia es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares fundamentales del proceso penal acusatorio, que le permite a toda persona conservar un estado de no autor mientras no se expida una resolución judicial firme. Podemos aseverar que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente que es responsable del delito, ha sido una de las más importantes conquistas que ha llevado a cabo el sistema de justicia penal acusatorio.

Todo esto se plantea, teniendo en cuenta que existe desde siempre, la lucha por hacer valer las garantías individuales frente al poder punitivo del Estado, en donde el hombre durante años lucha por el pleno reconocimiento de su libertad, y considerando por lo tanto que la prisión preventiva sería una forma de un encarcelamiento incluso preventivo.

En el **Capítulo Primero** nos adentraremos en el conocimiento del principio de presunción de inocencia, su inclusión en el texto constitucional y en los tratados internacionales, la importancia que tiene la libertad ambulatoria como principio rector del proceso penal.

En el **Capítulo Segundo** presenté la medida de prisión preventiva, la justificación de esta medida, su regulación legal, los principios que deben tenerse en cuenta para su imposición, su implementación, los plazos, los requisitos. Traté el tema sobre si esta medida se puede considerar

una pena anticipada y por consiguiente se explican las medidas alternativas que existe a la imposición de la prisión preventiva.

En el **Capítulo Tercero** procedí a confrontar la presunción de inocencia con la prisión preventiva, de donde surgen los conflictos entre uno y otro, así como las garantías que se ponen en juego. Explicué que si se tiene en cuenta la proporcionalidad y el plazo razonable en su aplicación no existe vulneración alguna a los derechos del imputado. Y sobre todo hice hincapié en los derechos y garantías que deben ser protegidos en relación a la víctima, quien también espera que el Estado garantice la defensa de su bien jurídico vulnerado. Traté de explicar cómo influye la rebeldía en la aplicación de la justicia relacionada con el proceso penal, y finalmente la influencia que tienen los medios de comunicación en cuanto a la aplicación de esta medida.

En el **Capítulo Cuarto** presenté jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba y de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de la Prisión Preventiva, en algunos casos donde la misma se impone debido al tipo de delito y al actuar del imputado.

Intentaré demostrar, si la imposición de la prisión preventiva como medida de coerción personal vulnera el principio de inocencia, restringiendo la libertad de la persona mientras se sustancia el proceso. Demostraré la fundamentación de esta medida de coerción como no violatoria del principio de inocencia, cuando solo se aplique teniéndola en cuenta como una herramienta para que se realice en forma exitosa el proceso penal, por la cual no proceda una condena condicional, exista peligro de fuga o entorpecimiento del proceso.

Capítulo I. La Presunción de Inocencia

1. El Derecho de la Presunción de Inocencia

Dice la norma y los tratados Internacionales, que el acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia. Esta presunción iuris tantum, que no admite prueba en contrario, nos manifiesta que un juez no podrá condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable.

El principio de presunción de inocencia no se agota simplemente en un acto procesal específico, sino que lleva sus consecuencias e implicancias en todo el proceso. Se aplica a los sospechosos, antes de la formulación de cargos penales, durante la investigación penal preparatoria, hasta que se confirma la declaración de culpabilidad en la sentencia definitiva, y requiere para su vigencia que se le asegure al imputado el trato de “inocente” durante todo el proceso.

Esta misma presunción es la que ha llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general, que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad.

2. Antecedentes en Argentina

La presunción de inocencia es un derecho que ha ido evolucionando junto con el derecho, ya se hablaba de ella en Roma. Como podemos notar, ya se anunciaba por aquellos siglos, la necesidad de reconocer la presunción de inocencia para evitar arbitrariedades o tratos injustos sobre la persona de quien se seguía un proceso.

Ya desde los comienzos del Estado, como sujeto de derecho, el Estado tiene la facultad de regular y reglamentar el derecho en las relaciones de los individuos entre sí, y también en las relaciones de los individuos con el mismo Estado.

Esta presunción se encuentra contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, conjuntamente con los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución, los cuales cuentan con jerarquía constitucional a través de la reforma constitucional del año 1994 en el artículo 75 inciso 22.

3. La Garantía como Derecho Constitucional

La presunción de inocencia, lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos, es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal.

Es una garantía en la que se inspira el proceso penal de un estado democrático, es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculcado durante el proceso penal es en principio considerado inocente.

El sospechado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el contrario, es el estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito.

La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que: *“(...) Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”*.¹

¹ Conf. Párrafo 204 de la sentencia N° 52 del 30 de mayo de 1999; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros.

4. Presunción de Inocencia: Concepto

Inocente, en la acepción académica del término, es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. *“mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este (...)”*. (Clariá Olmedo: 1998, pág. 230)

La garantía es, a simple vista, “ser tratado como inocente”, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad, debido a que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.

5. La Libertad Personal como Derecho Fundamental

Si tenemos en cuenta que la libertad, es la facultad o capacidad que tiene el ser humano para actuar o no actuar, siguiendo su voluntad, tendríamos que concluir que es un estado que tiene toda persona por su dignidad propia como ser humano.

Este concepto, tiene su origen en el latín, *libertatis*, en donde se sostiene que ser libre es parte de esta naturaleza humana, sin embargo, en muchas ocasiones, esta libertad se ve condicionada por factores externos o ajenos a la voluntad de la propia persona humana.

Esta capacidad de actuar o no, tiene que ver con el significado que tiene para el hombre y para la sociedad, por ello grandes pensadores sostenían que:

[...] la libertad es definida como “la capacidad que posee el ser humano de poder obrar según su propia voluntad, a lo largo de su vida; por lo que es responsable de sus actos”. [...]²

² Jostein Gaarder. *El mundo de Sofía*. Ediciones Siruela. 1991

La libertad personal, representa fundamentalmente, una conquista de la humanidad, por ello constituyó uno de los derechos humanos principales del hombre, el cual es irrenunciable, y está protegido de numerosas garantías en el ordenamiento jurídico. Pero si nos preguntamos cuando corremos el riesgo de que nuestra libertad personal se encuentre conculcada, no dudamos en manifestar que es cuando infringimos una norma, cuando interferimos o perturbamos derechos ajenos, cuando nuestra conducta es antijurídica.

Es así, si tenemos en cuenta que el derecho a la libertad personal, el cual está consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde en su inciso 1, consagra los términos del derecho a la libertad y seguridad, y en los otros, regula las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. Por ello, la libertad es siempre la regla y su limitación o restricción, la excepción.³

6. El Principio de Presunción de Inocencia: Su Inserción en el Texto Constitucional y en los Tratados de Derechos Humanos

El Estado de inocencia es connatural con la persona, es una de sus condiciones humanas, hasta cuando deja de existir, por lo tanto, este estado no necesita estar protegido por ninguna presunción.

En el ordenamiento jurídico, tiene que ver con el estado jurídico de una persona dentro de un proceso judicial, lo que hace que el procesado debe ser considerado inocente, hasta que una sentencia firme y ejecutoriada, se cumpla.

La presunción de inocencia es considerada como un derecho y una garantía a la vez, en Argentina tenemos el artículo 18 de la Constitución Nacional, constituyendo una de las máximas garantías del imputado, permitiéndole conservar el estado de “no autor de un delito” en tanto no se emita una resolución judicial firme, por lo tanto, toda persona es inocente y en esa calidad debe

³ Corte IDH, *Caso Neptune i*, párr.. 96 y *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, párr.. 53.

ser tratado, mientras no se declare en juicio su culpabilidad. Esto conlleva a que solo la sentencia tiene esa virtud y al momento en que la misma es dictada, puedan darse dos resultados posibles: la inocencia o la culpabilidad, en donde esta última tiene que ser basada en un grado de certeza.

Esta garantía, si la trasladamos al Derecho Internacional la podemos encontrar plasmada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde en el art. 9 se lee: “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, hace lo mismo: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en el artículo 8, segunda parte, que: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

Por lo tanto, la imputación de cargos penales, constituye una pretensión sancionatoria frente a la comisión de un ilícito penal, pero esto no hace que se convierta en una declaración de culpabilidad en contra del imputado. Porque será luego de finalizado el proceso penal, el cual debe cumplir en forma cabal el debido proceso, cuando recién se pueda determinar si la presunción de inocencia, se ha desvanecido, por lo que, hasta ese momento, la persona será considerada inocente.

Pero así mismo, la presunción de inocencia, tal como lo relata el proceso penal, no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho. Con lo que sí puede ser incompatible es, por ejemplo, con la prolongación excesiva de la prisión preventiva, lesionando el derecho a la libertad personal. Porque si esto sucediera, la prisión preventiva perdería su propósito fundamental de carácter instrumental para servir a una buena administración, y de ser usada como medio se transformaría en un fin.

En cuanto al significado del término “inocente”, Clariá Olmedo, en su Tratado de Derecho Procesal Penal, señala:

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable.⁴

Ante, todo lo mencionado, es que podemos concluir, que la presunción de inocencia, en nuestra Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos, goza de la más alta jerarquía normativa.

7. El Procesado y el Principio de Presunción de Inocencia

Esta garantía, le asegura al procesado un estatus jurídico mediante el cual no está conminado a demostrar y ni siquiera aun probar o demostrar su inocencia, porque ésta se presume simplemente como un derecho basado en un estatus constitucional, correspondiéndole al Ministerio Público Fiscal, impulsar la acusación en la acción penal, y sólo después de llevado a cabo el juicio se podrá presentar la posibilidad de destrucción de esta presunción.

El carácter garantista de los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional, hace que la presunción de inocencia, que protege el derecho fundamental de la libertad, no pueda ni deba ser vulnerado por las autoridades administrativas o judiciales, teniendo en cuenta que constituye una seguridad para el procesado, donde la misma no sea vulnerada por el ejercicio punitivo del Estado, y que de todas las maneras posibles se eviten llevar a cabo arbitrariedades que puedan afectar garantías como el debido proceso en favor del procesado.

Rodrigo Rivera Morales, cita: *“esa consagración constitucional de la presunción de inocencia en los Tratados Internacionales y en las Constituciones se ha hecho para establecer una garantía a favor de todos los ciudadanos sometidos a algún procedimiento penal o sancionador, la cual*

⁴ Jorge Clariá Olmedo, *Derecho procesal Penal*, Córdoba: Edit. Córdoba, 1984, Pág. 230

impone desde que comienza la investigación hasta que concluye el juicio mediante sentencia en firme". (Rodrigo Rivera Morales: 2008, pág. 100)

Podemos considerar finalmente, que es un derecho subjetivo por el cual el sindicato como autor de un delito, debe ser tratado como "*no autor*", por todos los involucrados, llámese policía, medios de comunicación, respetando en todo su momento su derecho al honor e imagen.

8. Problemática al Enfrentarse con el Instituto de la Prisión Preventiva

La presunción de inocencia no impide que se adopten medidas cautelares de carácter personal tanto directas –arresto, aprehensión, detención y prisión preventiva- como indirectas –citación, exención de prisión y excarcelación, porque podríamos encontrarnos con que una frustración del cumplimiento del proceso.

Es por ello que el establecimiento del instituto de la prisión preventiva, debe ser controlada y revisada en el tiempo, y su aplicación en forma indefinida y continua, constituye una violación del principio de presunción de inocencia reconocido por el artículo 8 punto 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Este principio consagra un estadio jurídico y no una presunción legal, el imputado será inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, y aquello no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad por parte del juez capaz de justificar ello medidas coercitivas de seguridad. por lo tanto, si se parte de la base que toda persona es inocente hasta que exista una sentencia firme que lo declare culpable, toda restricción a su libertad ambulatoria, solamente se puede basar a título de medida de seguridad o de cautela "cuando es indispensable para asegurar el imperio de derecho, es decir la aplicación efectiva y actual de la ley".

Esta restricción a la libertad individual sólo puede ser ejercida por el órgano jurisdiccional, mediante una interpretación taxativa de la ley, siempre que se verifique concretamente dicha

necesidad, la gravedad del delito, las condiciones morales, sociales y económicas del imputado y sus antecedentes.

Por lo tanto, durante el curso del proceso el imputado no podrá ser tratado como un sujeto culpable, aunque su sustanciación no se elimina la coerción del Estado, y no se impide la aplicación y regulación de medidas de coerción.

Coerción, es el medio organizado para que el estado intervenga en el ámbito de la libertad de las personas, y cuando hacemos referencia a la coerción procesal, nos referimos a asegurar la realización del proceso, para actuar la ley sustantiva o para asegurar la efectiva ejecución de la sentencia.

CAPITULO II. La Prisión Preventiva

1. Concepto

Tal como lo afirma Maier sostiene que la prisión preventiva es “la restricción o limitación que se impone a la libertad del procesado para asegurar la consecución de los fines del proceso”. (Maier: 1981, pág. 476).

Es una medida de coerción procesal y personal. Procesal porque ocurre durante el trámite del proceso y con anterioridad al juicio, y es personal, porque va a conllevar a una restricción hacia su libertad ambulatoria, que se le va a aplicar al individuo durante un proceso y en su eventual aplicación en caso de corresponderle una condena.

2. Justificación de la Medida

Dentro de los derechos y garantías que gozan los individuos en nuestro país uno de los más importantes, teniendo en cuenta la institución que estamos analizando, es la libertad ambulatoria, la cual está reconocida en el artículo 14 de la Constitución Nacional, el cual cita:

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Si tenemos en cuenta lo antes citado, a pesar que la Constitución Nacional sostiene el estado de inocencia, como premisa hasta declarar la culpabilidad luego de un juicio justo y previo, es importante también mencionar que el mismo artículo autoriza al juez natural, a arrestar al imputado, cuando sea posible que este ponga en peligro los fines del proceso y la realización efectiva del derecho.

3. Regulación Legal

A nivel nacional, se encuentran detallados en la ley los criterios que deben tenerse en cuenta para que esta medida pueda ser aplicada, así como las medidas alternativas que pueden proceder en lugar de la prisión preventiva, la excarcelación, etcétera.

A nivel provincial (Córdoba), dentro del código encontramos el Título VII con el nombre de Coerción personal citada la prisión preventiva y ante qué casos procede:

Artículo 281: Prisión Preventiva. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de que aquel tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.

La eventual existencia de peligro procesal podrá inferirse, entre otros, de la gravedad del pronóstico punitivo que pudiera llegar a proceder, teniendo en cuenta ante todo, la condena de ejecución condicional –artículo 26 del Código Penal-, falta de residencia del imputado, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del Código Penal, abandono de tratamientos por adicción impuestos por órganos judiciales, etcétera.

4. Plazos

La ley 24390 la cual se encuentra visiblemente incluida en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba⁵, establece como plazo de duración de la medida, diciendo que ésta no podrá superar los dos años, dejando a salvo que el plazo podrá prorrogarse un año más cuando la cantidad de los delitos que le sean atribuidos al procesado o la complejidad de la causa lo demuestre.

⁵ Artículo 283, inciso 4

Como podemos observar, existen límites en cuanto al tiempo de su imposición, como forma de evitar o violentar el principio de inocencia.

5. Principios Presentes a Tener en Cuenta ante la Imposición de esta Medida

La prisión preventiva es una medida que pone límite a una garantía constitucional doblemente reconocida: la libertad de locomoción (art. 14 CN) y el estado de inocencia (art. 18 CN). Por lo que la aplicación de esta medida al imputado debe ser siempre proporcional a la gravedad del hecho, al entorpecimiento de la aplicación de la justicia. Esto nos hace pensar en que la prisión preventiva debe ser una excepción y de aplicación restrictiva. Pero siempre se deben tener en cuenta, que existan los elementos de convicción suficientes para considerar la participación punible del imputado y el derecho que se quiere proteger.

6. El Origen de su Implementación

En todos los instrumentos a nivel internacional sobre Derechos humanos, se hacen muchas referencias sobre el Derecho penal y el derecho procesal penal, usando como fuente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión de Derechos Humanos.

En cuanto a la Prisión preventiva la mayoría de estos documentos cita “... *limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que puede imponerse a un imputado, y por ello debe ser aplicada en forma excepcional. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal*”.

De todas las manifestaciones, podemos deducir que ésta debe ser utilizada solo para fines específicos y estrictamente de carácter procesal, que no deben prolongarse en el tiempo, lo que exige así, la necesidad de acreditar y fundamentar, la existencia de los requisitos exigidos por la

Convención está relacionados con la necesidad de asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá, ni entorpecerá la acción de la justicia.

Por lo tanto, nos encontramos ante el problema de la prisión preventiva, considerada una de las medidas cautelares más severas, porque entraña una restricción de la libertad.

Pero no es una verdadera sanción, no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria. Esto trae aparejado la exigencia de que se halle bien establecido el sustento de la prisión preventiva, las condiciones que la hacen admisible, o sea, la necesidad de preservar el proceso y la seguridad de quienes en él intervienen, echando mano de la privación de la libertad cuando no existe otro medio para alcanzar esos objetivos.

7. Requisitos para la Procedencia de la Prisión Preventiva

La prisión preventiva, tal como lo vengo manifestando, es la medida más rigurosa reclamada por la sociedad y por todo aquel que es víctima de algún hecho delictivo, pero no siempre se aplica en sintonía perfecta con lo que reclama la sociedad.

Para dictarla a un imputado, es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos que sostiene el Código Procesal Penal.

Su aplicación está en poder del juez penal que preside la causa, teniendo en cuenta la legalidad de la detención, el plazo de la investigación, que sea dictada con el auto de procesamiento que se promueve posterior a la declaración indagatoria, la cual puede ser solicitada por el Ministerio Público Fiscal.

La aplicación de la prisión preventiva, está citada en el art. 281 del Código Procesal Penal de Córdoba⁶. Esto nos manifiesta que para decidirla se deben tener en cuenta las siguientes

⁶ Art. 281 CPP: siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de que aquel tratará de eludir la

circunstancias: el arraigo, las características del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento, la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte. En todas estas circunstancias es importante profundizar respecto al peligro del entorpecimiento para la averiguación de la verdad y al fundarse una prisión preventiva, se deberá tener en cuenta la grave sospecha de que el imputado “destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar esos comportamientos”.

Excepcionalmente la misma no se aplicará si el hecho que se imputa no tenga prevista una pena privativa de libertad, o cuando en el caso concreto, no se espere una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. Considero necesario aclarar, que para que una pena sea de cumplimiento efectivo debe ser superior a los 3 (tres) años, a no ser que el imputado cuente con condenas firmes anteriores.

Tampoco podrá ser aplicada en los delitos de acción privada y solo excepcionalmente procederá a pedido del acusador, para hacer comparecer al imputado a las audiencias del juicio en las que sea necesaria su presencia, cuando él no comparezca a ellas y no designe apoderado, o cuando ostensiblemente, obstaculice la determinación de la verdad.

7.1. El arraigo

La Real Academia define arraigo como la acción y efecto de arraigar. Arraigar significa (en su tercera acepción) establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas. Si lo trasladamos al ámbito procesal el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para

acción de la justicia o entorpecer su investigación... siempre que no sea procedente la condena de ejecución condicional, falta de residencia del imputado, declaración de rebeldía...

abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. Esto debe hacer que el imputado permanezca dentro del territorio nacional a través de su vínculo o lazo familiar, por más cerca que se encuentre de un país extranjero. Lo que se trata, es de descartar el peligro procesal, con la finalidad de demostrar al juez que el imputado tiene motivos suficientes para no huir.

Pero sólo esto no comporta por sí mismo un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, tal como lo cita Del Río Labarthe, para presumir que la evadirá, por lo que es necesario tener más elementos que demuestren el peligro de fuga (Del Río Labarthe, 2008).

7.2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento

Este requisito tal como lo indica el informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no basta, sino también la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (situación cultural, procesal, antecedentes, etc) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares además de una posible sentencia prolongada.

Por ello, si estamos hablando que se trata de un presupuesto eminentemente cautelar, el magistrado debe valorarla también en función al impacto que la pena ha de influir en el sujeto. Luego de estos dos razonamientos propios de un presupuesto cautelar, queda expedito el camino para valorar el peligro procesal.

8. El comportamiento del imputado durante el procedimiento

Considero que este criterio es uno de los más importantes, porque permite hacer una premonición del posible comportamiento del procesado, teniendo en cuenta sus conductas actuales o las que se han dado en el pasado, lo que nos ayudaría a determinar el grado de peligro procesal, debido a que a diferencia de la sentencia, la prisión preventiva no se basa en pruebas y no necesita una certeza para declararla fundada, sino que lo que se acredita es que existe un peligro, no se

prueban los hechos, se establece la probabilidad, por lo cual debe ser muy cercano a una declaración de certeza.

Si el imputado adopta una posición activa para reparar el daño ocasionado, que se manifiesta en el interés de aquel para esclarecer el objeto de la investigación, no necesariamente confesando su culpabilidad, sino a través de una participación positiva a intervenir por la instancia judicial, esto se debe a valorar como una circunstancia que sacaría la incentivación al riesgo de huida, su conducta procesal deberá ser valorada a favor del imputado.

9. La Obstaculización de la Actividad Probatoria

En lo relacionado a la obstaculización, si tenemos en cuenta que uno de los fines del procedimiento es el correcto establecimiento de la verdad, parece más que evidente, que una conducta activa del imputado que lleve a alterar las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad lo que justificaría la medida cautelar.

Esta medida se relaciona con el deber que lo obliga al imputado a no ir en contra de la posibilidad de que se desarrolle un proceso acorde a la ley, nunca afectando a sus facultades defensivas (como su derecho a guardar silencio).

Este peligro de obstaculización, debe ser valorado en función a su comportamiento dentro del proceso, el cual puede ser tanto **físico** (amedrentando peritos, alterando pruebas, etc), como **procesal** (negativas a cumplir con procedimientos, no asistir a las declaraciones, etc).

Concretamente, el peligro de obstaculización, viene a comprender la actividad de ocultar pruebas relevantes para la investigación, trasladándolas a diferente lugar, comprar testimonios, amenazar a testigos, dilatar plazos procesales. Es así, que cuando el imputado tenga disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos, será necesaria y procedente acordar la prisión preventiva.

10. La Condenación Condicional

Debemos destacar que, tratándose de un delito de pena máxima superior a ocho años, y de no proceder la condena condicional, que se deberá tener en cuenta lo que sostiene el artículo 26 del Código Penal, los jueces deben dictar la prisión preventiva, porque en la ley la pena que prevén los hace inexcusables.

Las normas así comentadas, contienen presunciones sobre la posible fuga del imputado (en caso de recaer condena de efectivo cumplimiento), por lo que la prisión preventiva está destinada a evitar su fuga y fundamenta su aplicación.

11. La Prisión Preventiva Concebida como una Pena Anticipada

Se sostiene a nivel de tratados internacionales y leyes nacionales, que este instituto es la medida de coerción personal más gravosa, por lo que su aplicación debe ser de carácter excepcional y subsidiario.

Esta institución permite la detención, sin que exista una sentencia condenatoria firme, siempre y cuando concurren los presupuestos que pudieran hacer peligrar la eficacia del proceso. Esto hace que los jueces deban tener presente: la eficacia del proceso y las garantías consagradas en la Constitución Nacional.

Es necesario definir la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, existiendo dos grandes opiniones, aquellos que consideran que la prisión preventiva es una medida de seguridad, debido a que establece que el encarcelamiento tiene como gran finalidad, evitar que se persista en el delito o bien, y satisfacer la necesidad de defensa social contra la peligrosidad del sospechoso.

Esta opinión la podemos encontrar sentada, en el sentido que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma: “... *la Corte ha sido más categórica al enfatizar la necesidad consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren en éste, y que en ningún*

caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo.

Por otro lado, existen otras opiniones que sostienen que la prisión preventiva, tiene solo un objetivo que es el de custodiar los fines del proceso para que pueda cumplir su función principal de “afianzar la justicia”, en este su fin no es sancionar al imputado y su carácter debe ser excepcional.

Cafferata Nores sostiene: “...*la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a asegurar 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*”. (Cafferata Nores: 2012)

Por todo ello, es que esta corriente de opinión, afirma que la prisión preventiva no constituye un fin, sino que es un medio para asegurar otros fines, que ellos son los del proceso.

Dentro de estos fines que desea asegurar la prisión preventiva, es que el peligro de fuga, el cual consiste en asegurar la comparecencia del imputado para permitir la actuación de la ley penal, y someter al mismo a la ejecución de la presumible pena a imponer.

12. La Prisión Preventiva como Medida Cautelar y su Carácter Excepcional

Tal como citan las normativas internacionales, la prisión preventiva debe ser excepcional, no debe ser aplicada como una regla general y menos aun obligatoria. Esta afirmación coincide con el principio de libertad ambulatoria (Art. 14 CN) y el trato de inocente, importando la prohibición que existe en la normativa de adelantar una pena antes del dictado de una sentencia condenatoria firme.

Maier, sostiene que debe existir probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible y exista peligro de fuga o entorpecimiento para la actividad probatoria. (Maier: 2004).

Sobre el mismo tema opina Cafferata Nores⁷:

Debe existir extrema necesidad de evitar riesgos procesales, y que ello es la única razón que permite justificar el encarcelamiento preventivo, de modo que ante la inexistencia de tales riesgos o, si existiendo, hay otra forma de neutralizarlos, aplicar prisión preventiva devendría injustificado frente al sistema constitucional.

13. Las Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva

Desde hace varias décadas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema que afecta a la justicia americana. En su informe sobre el uso de la prisión preventiva concluye que el uso no excepcional de esta medida es uno de los problemas más graves en cuanto a al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. El uso excesivo de la prisión preventiva, constituye uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia.

Cuando una persona está privada de su libertad debido a la detención, es necesario que el juez (dentro de los 10 días desde la indagatoria) analice su situación, y en ello estudie que si existen elementos suficientes para creer que es necesario “decretar la prisión preventiva o disponer la libertad”.

Las ventajas que proveen el uso de medidas alternativas son las siguientes:

- Constituyen una herramienta esencial para la reducción del hacinamiento carcelario
- Evitan la desintegración y estigmatización comunitarias derivadas de las consecuencias personales, familiares y sociales de la prisión preventiva
- Disminuyen las tasas de reincidencia

⁷ Cafferata Nores, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed., Del Puerto, 2011, pp. 221 y 222.

- Utilizan de manera más eficiente los recursos públicos
- Constituyen un medio para optimizar la utilidad social del sistema de justicia penal y los recursos disponibles.

El poder Legislativo y el Ejecutivo deben garantizar la asignación de los recursos financieros necesarios para que las medidas alternativas a la prisión preventiva sean operativas, y puedan ser usadas por el mayor número posible de personas.

El poder Judicial por su parte debe aplicar las medidas alternativas sólo cuando el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación no pueda ser evitado razonablemente, considerando los principios y estándares fundamentales de aplicación de la prisión preventiva.

A la vez debe optar por la aplicación de la medida menos gravosa, y determinar la aplicación de las medidas alternativas sin dilación.

El Ministerio Público por su parte deberá sustentar la ausencia de viabilidad respecto a la aplicación de las medidas alternativas, cuando solicite la aplicación de la prisión preventiva, considerando los estándares fundamentales de aplicación de la prisión preventiva.

En el caso de no existir pruebas suficientes para procesar o sobreseerlo, corresponde ciertas medidas:

13.1. Libertad por Falta de Mérito

Se trata de una libertad provisional, debido a que el proceso y la investigación continúan en busca de nuevas pruebas que definan la situación. El imputado continúa bajo el control del juzgado, con la obligación de constituir domicilio y de presentarse cuando se lo requiera. En este caso el imputado no presta caución.

Esta medida es de un gran valor práctico, porque es el medio para evitar que se demore inútilmente la restitución de la libertad al detenido contra el cual no procede el procesamiento ni tampoco el sobreseimiento.⁸

13.2. Libertad bajo caución

Es una medida procesal por la cual se concede la libertad a una persona que se halla encarcelada (detención, prisión preventiva) o bajo el peligro de ser encarcelada, siempre que reúna los requisitos que indica la ley y que garantice, mediante una caución, que habrá de comparecer cuando el juez lo llame y que habrá de cumplir las órdenes judiciales.

Dentro de esta denominación quedan comprendidos dos institutos:

a. **Exención de prisión:** puede ser solicitada no sólo por el imputado o su abogado, sino por terceros. Generalmente no la solicita el imputado directamente, dado que él tiene miedo de presentarse ante la justicia y quedar detenido. Puede solicitarla en cualquier momento, pero hasta el dictado del auto de procesamiento con prisión preventiva. El juez puede concederla cuando luego de calificar los hechos de que se trate, viera que al imputado pudiere corresponderles un máximo no superior a los 8 años de pena privativa de la libertad o cuando no obstante superar los 8 años a prima facie procediera condena de ejecución condicional. El imputado deberá prestar caución juratoria personal o real para asegurar que cumplirá las obligaciones que se le impongan y las órdenes del tribunal, y en su caso que se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria. Por su puesto que al momento de su dictado el juez validará y controlará las cuestiones personales relacionadas al imputado.

⁸ Art. 309: cuando, en el término fijado por el artículo 306, el juez estimare que no hay mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare, sin perjuicio de perseguir la investigación, y dispondrá la libertad de los detenidos que hubiere, previa constitución de domicilio.

b. **Excarcelación:** se concede previa caución cuando el individuo se encuentra encarcelado. Será acordada en cualquier estado del proceso, de oficio o a pedido del imputado o su defensor. Esta medida procede: cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal; cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal que a primera vista resulte adecuada; cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme; o cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios.

14. Probation

Consiste en un tratamiento de libertad que suspende el dictado de un pronunciamiento a través de la justicia, quedando sometido el sujeto a un estatuto de control y vigilancia por parte de la autoridad judicial.

La suspensión del juicio a prueba, puede ser solicitado a favor del imputado de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de tres años.

El imputado debe ofrecer reparar el daño causado con el delito, bastando con ofrecer reparar el daño, por cuanto si el ofrecimiento es insuficiente o no es captado por la víctima, estos conservan el derecho a intentar las acciones ante el fuero civil.

15. Control Electrónico

El cual consistirá en el seguimiento del imputado o condenado a través de dispositivos electrónicos (pulseras o brazaletes) que permitan su localización o monitoreo permanente, u otro tipo de control por medio tecnológico que permitan el control de determinados actos.

En Argentina, en el ámbito federal⁹ se creó el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica. En marzo de 2016, mediante Resolución 86/2016, el ámbito de aplicación de este programa se amplió para incluir a personas procesadas o condenadas por la justicia nacional, federal o provincial, con domicilio en cualquier parte del territorio del país. Respecto al número de personas beneficiarias de esta medida, para octubre de 2016 un total de 192 personas a nivel federal fueron portadoras de las pulseras electrónicas: la mayoría se encuentra en prisión preventiva (79%) y el 63% de las personas beneficiarias son mujeres. En las provincias de Buenos Aires y Mendoza, un total de 1245 y 68 personas, respectivamente son beneficiarias de esta medida.

Son generalmente usados para la ejecución o control de otro tipo de medidas, como la prohibición de frecuentar determinados lugares o personas, impidiendo de esta manera los contactos personales, etc.

Podemos sostener, finalmente, que las “medidas alternativas” constituyen opciones de tipo procesal que permiten que la persona imputada se encuentre en libertad mientras se tramita el proceso penal.

Considerando lo antes mencionado, estas medidas:

- a. Permitirían al individuo permanecer dentro de la sociedad con su familia, no perdiendo su trabajo, no siendo estigmatizado y reparar el daño,
- b. No disponen del uso de la cárcel, y en consecuencia se evita que se produzca más hacinamiento del actualmente existente,
- c. Cambia la imagen que tiene la sociedad sobre los que violan las normas, al comprobarse que no son individuos “peligrosos” sino que pueden ser recuperables socialmente,

⁹ Mediante resolución N° 1379 del 16 de junio de 2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

d. Impide el aislamiento que produce estar detenido

Las medidas tendientes a reducir la prisión preventiva, por lo general, se rigen por disposiciones comunes al resto de la población en prisión preventiva y carecen de un enfoque de tratamiento especial que impide atender las necesidades específicas de las personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo.

Capítulo III. Conflicto y Confrontación entre la Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva

1. La Prisión Preventiva Frente a la Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia es incompatible con la prolongación excesiva de la prisión preventiva, por ello, si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del imputado sobre la base de la sospecha que exista en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva.

De este modo la prisión preventiva perdería su propósito instrumental de servir al interés de una buena administración de justicia y de medio se transformaría en un fin.

Entonces nos preguntamos ¿se viola el principio de presunción de inocencia cuando la prisión preventiva se impone arbitrariamente? Y la respuesta es que siempre y cuando su aplicación esté determinada por el tipo de delito, la expectativa de la pena, la existencia de indicios razonables que vinculen al acusado, sus antecedentes personales, esta medida si todo lo antes mencionado es adverso y existen pruebas suficientes, entonces no se estaría aplicando una pena anticipada, sino que se estaría protegiendo el derecho también de la víctima de que el imputado esté a derecho, que se garantice la comparecencia en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Entonces ¿es justo no interponer la prisión preventiva para no colocarla por encima de la presunción de inocencia? Está visto que en ciertos casos debe aplicarse obligatoriamente, porque los daños psicológicos que sufren las víctimas cuando se encuentran con quienes han violentado sus derechos, su niñez (en el caso Grassi), y su vida, de alguna manera debe ser protegido.

Existen otros casos donde inclusive los imputados se niegan a los careos con los denunciados y a la realización de pericias psicológicas y psiquiátricas por parte del Poder Judicial, lo que hace

entender y presumir, que, si para estos trámites procesales necesarios nos encontramos ante la negativa del imputado, mucho más complicado sería considerar que el mismo no se interpondrá al proceso, obstruyéndolo o escondiendo pruebas, o tal vez en el peor de los casos intimidar a las víctimas del delito.

Por todo ello, podemos decir que siempre que la prisión preventiva, sirva como medida cautelar para poder realizar fehacientemente el proceso judicial, respetando los requisitos para su imposición, esto nos hace concluir en que en estos casos no violentará de forma alguna la presunción de inocencia que exige el proceso acusatorio.

2. Elementos Fundamentales de la Presunción de Inocencia para la Protección de los Derechos Humanos

Los elementos fundamentales que la caracterizan son:

- Impone la carga de la prueba a la parte acusadora
- Garantiza que no se presuma la culpabilidad de la persona a menos que se haya demostrado dicha culpabilidad fuera de toda duda razonable
- Otorga el beneficio de la duda
- Exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio

Esto exige que no se presente a la persona bajo atributos que presuman su culpabilidad. Por su parte, los medios de comunicación y otros sectores poderosos, como la iglesia, deben evitar expresar opiniones perjudiciales sobre la presunción de inocencia o comentarios que influyan sobre el resultado de un proceso pronunciándose sobre el fondo de la cuestión, lo cual las autoridades tienen el deber de prevenir.

3. Conflicto de Principios, Colisión entre uno y otro. Garantías en Juego

Si tomamos en cuenta lo citado por Ulpiano, en su Corpus Iuris Civilis, el mismo precisa que “nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente” (Montañés Pardo: 1999, pág. 29)

La presunción de inocencia es así, el derecho que tienen todas las personas a que se considere primordialmente que ellas actúan teniendo en cuenta la recta razón, mientras un tribunal no adquiera la convicción y la certeza, a través de los medios legales de prueba, de su participación y responsabilidad en el hecho determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando las reglas del debido y justo proceso.

El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, y mientras tal presunción no se pierda, se deberán respetar estos principios. De esta manera se deriva la obligación del Estado de no restringir la libertad del imputado o del acusado, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y no eludirá la acción de la justicia, debiendo ser la prisión preventiva una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo.

Esto nos lleva a entender que, durante el curso del procedimiento, el imputado no puede ser tratado como un sujeto culpable. Pero aun así esto no impide la aplicación y regulación de medidas de coerción, todo ello antes del dictado de la sentencia firme de condena.

Al ser la prisión preventiva, un límite al segundo de los bienes más preciados por el hombre, que es su libertad, también se debe tener siempre presente que del otro lado existe una víctima, la cual busca el resarcimiento por el daño que se le ha causado y exige que el Estado tome todas las medidas necesarias para que el imputado por el mismo, sea juzgado y no evada la acción de la justicia.

La humanidad no tuvo que esperar a la definición de la idea de justicia para saber lo que era la injusticia, el ser lesionado los derechos que también poseemos, esos derechos y principios que le son valorados para un imputado, deben ser sobre todo tenidos en cuenta en relación a la víctima. Esa contraposición entre la presunción de inocencia, el respeto a la libertad, se contraponen con los derechos humanos de la víctima.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22, establece la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado y para ello debe tenerse en cuenta que el Estado habrá cumplido con su obligación de evitar que tal vulneración ocurra, haciendo que esta violación no quede impune y se le restablezca a la víctima en la plenitud de sus derechos.

Es así, que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito, es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y para ello debe tomar todas las medidas necesarias, que la ley le autoriza para garantizar que el imputado de un delito no obstaculizará el cumplimiento del derecho.

Muchos desconocemos que la víctima sufre física, psicológica y socialmente por causa de un delincuente. Todo esto produce una disminución del sentimiento de seguridad individual y colectivo. La agresión causada, le crea un sentimiento de vulnerabilidad, o como cita Hilda Marchiori, “una verdadera situación de estrés, porque significa un daño y un peligro que se refleja en el vivir con un temor y una angustia de ser agredida nuevamente”.

En el Derecho Penal se estudia a la víctima de una manera muy superficial, refiriéndose a ella como un sujeto pasivo, un simple elemento del tipo penal.

A la víctima se le debe garantizar que no existirá peligro procesal, que no existirán riesgos para evitar la frustración del proceso y la misma subjetividad por parte del magistrado que se le requiere para no aplicar esta medida de coacción personal, también se piense con la misma subjetividad para la víctima que sus derechos sean restituidos.

Debemos admitir la idea de que el proceso penal se realiza para que la aplicación del Derecho sustantivo sea posible, implica esto, la adopción de medidas que tiendan a asegurar la presencia del imputado para la realización del juicio por un lado y del cumplimiento de la sentencia, por el otro, así como tutelar los bienes para hacer frente, si correspondiera la reparación del daño que pudiera causarse con el delito.

El Estado, por lo tanto, debe garantizar a las víctimas del delito el pleno respeto de los siguientes derechos: a recibir un trato digno y respetuoso, la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia, a ser informada del estado del proceso y sus resultados, aunque no hubiese participado en él, a intervenir en el proceso como actor civil y/o querellante. Es así que es importante también tener en cuenta que cuando la convivencia entre víctima y victimario haga presumir consecuencias ulteriores relacionadas con el hecho investigado, el Juez de Garantías podrá disponer de una medida ordenatoria para proteger a la víctima.

Sobre todo, si tenemos en cuenta la prohibición que existe en el Proceso Penal de juzgar en ausencia del imputado, sirve de base para mantenerlo en ciertos casos bajo prisión preventiva, o en tal caso admitir el juicio penal en rebeldía.

Pero, no es necesario reformar las leyes para expresar que los delitos graves no deben permitir la puesta en libertad, aun cuando se conculque el principio de inocencia, para que el justiciable vaya regularmente al juzgado a firmar un registro o a limitar su salida del país. Porque en estos casos nos encontramos ante un riesgo cierto y razonable de fuga, cuyo responsable sería el juez de

garantías penales, quienes deben hacer un uso racional del derecho, pero jamás en delitos graves como tráfico de drogas, violación, asesinato, pornografía infantil, prostitución de niños, robos, secuestros, porque en ellos las penas serían altas, y por no tanto aplicar otras medidas de carácter personal no serían suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Si el juez, en todo caso, asume el riesgo de que no comparezca al proceso, beneficiando al detenido con un sustitutivo, que sería ponerlo en libertad, aun usando la caución, el juez deberá responder si no comparece al juicio el presunto delincuente.

Como dice Maier, el mejor código del mundo fracasa si no tiene buenos operadores, que significa buenos policías, buenos fiscales y buenos jueces (Maier: 2009).

Por lo tanto, resulta ilegítimo e inconstitucional que se sustituya la prisión preventiva por una medida menos gravosa, en el momento en que se dicta el llamamiento a juicio, pues en este momento es indiscutible la necesidad de la medida de “aseguramiento personal” por lo menos en delitos graves, porque el riesgo de fuga es cierto ante la inminencia de la eventual condena que se podría producir luego de la audiencia del juicio.

Para Asencio Mellado, la “prisión preventiva, si bien teóricamente supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no lo es menos que deviene necesaria en las medidas en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”¹⁰ (Asencio Mellado: 1987)

4. El Plazo Razonable y la proporcionalidad

La prisión preventiva debe ser, por lo tanto, proporcional en cuanto a la pena que se espera y en cuanto a la duración del proceso penal. El encarcelamiento preventivo no puede superar en gravedad, tanto cualitativa como cuantitativamente a la pena que se espera por el supuesto delito.

¹⁰ Asencio Mellado, José María: *La prisión provisional*, Madrid 1987, pág. 136.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho ¹¹ que “otro de los principios limitadores de la prisión preventiva, se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta.

La proporcionalidad se basa exclusivamente en esto, en una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar.

Todo lo anteriormente citado y comparando con las estadísticas en nuestro país, en algunos casos existe un uso excesivo de la prisión preventiva, en contra de su carácter excepcional: la existencia de hacinamiento si consideramos la larga duración de los procesos penales y la no creación de nuevos centros de detención, el uso de las comisarías como centros de detención, siendo que solo están preparadas para alojar a reclusos, casos de cárceles donde no existe separación entre procesados y penados.

Debe cesar también, si su duración, excede de dos años sin que se haya dictado sentencia (artículo 283, inc. 4), plazo que puede ser prorrogado cuando se traten de causas complejas y de difícil investigación. Si el Tribunal Superior de Justicia entendiera que el pedido de extensión excepcional no obedeciera a razones vinculadas con la complejidad de la causa, se ordena por quien corresponda el cese de prisión, al cumplirse los dos años, sin perjuicio de las responsabilidades por la demora que pudiera corresponderle a los funcionarios públicos intervinientes que será controlada la misma por el Fiscal General o sus adjuntos bajo su responsabilidad.

¹¹ Informe 86/09

5. Causas Posibles del Uso Excesivo de la Prisión Preventiva

En los últimos años ha ido en aumento la criminalidad en Latinoamérica, culpando al garantismo que existe en los códigos procesales penales. Pero el exceso del establecimiento de esta medida, responde ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social, ineficacia, insuficiencia, indiferencia. También se ha considerado en estos últimos tiempos en aquellas comunidades en que la seguridad es una preocupación, la injerencia que tiene la presión comunitaria y la presión que ejercen los ciudadanos a través de los medios de comunicación, para que se penalice a los delincuentes, es una de las razones por las que las cárceles siguen siendo los principales instrumentos de castigo.

Otra causal, es la aparición de tantos delitos informáticos, en los que necesariamente el imputado debe tener acceso con un ordenador a un sistema de wifi en la mayoría de los casos para llevarlos a cabo, y en estos casos, la aplicación de la prisión preventiva hace que el mismo no pueda acceder a estos medios y evitar así la consecución del delito.

Los criterios de peligrosidad para justificar el encierro no fueron desterrados de la jurisprudencia nacional. Las supuestas peligrosidades evidenciadas en los hechos fueron valorados en muchos casos, como legitimadores del encierro cautelar pero no sólo para evitar los riesgos propios del proceso penal sino también para proteger a la sociedad de futuros delitos.

6. Discusión Actual

Es comprensible que la discusión sobre la imposición de esta medida no se detenga, dado que quien considera excesiva a la prisión preventiva lo hace en nombre de las restricciones formales judiciales de un procedimiento penal acorde a un Estado de derecho. Pero también, el objetivo de una lucha efectiva contra el delito con la ayuda de la prisión preventiva no puede negar su relación con objetivos de derecho material.

7. Legitimación de la Prisión Preventiva

La posibilidad jurídica que existe en cuanto a detener a una persona y mantenerla en prisión respecto de un hecho por el cual no ha sido declarado culpable se deriva en algunos presupuestos fundamentales de nuestro derecho procesal penal, como son:

- Ser solicitada luego de la declaración del imputado cuando se le atribuye con grado de probabilidad la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad
- Que no proceda condena condicional o procediendo que existan vehementes indicios de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación (Balcarce: 2002).

Esta medida, puede ser dispuesta, en delitos de acción penal pública, que sea sancionado con pena privativa de libertad, por el Fiscal de Instrucción o Juez de Instrucción, que es importante tener en cuenta que, si consiste en una investigación jurisdiccional, si se tratase de una persona con privilegio constitucional, el juez solo podrá dictarla luego de disponer el allanamiento de la inmunidad.

Esta resolución se debe dictar en el término de diez días a contar desde la declaración indagatoria del imputado o de la comunicación de remoción de la inmunidad (arts. 336 y 345), mediante un auto dictado por el juez y por decreto fundado del Fiscal de Instrucción.

Es procedente, siempre que existan elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado:

- a) Si se tratase de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional (art. 26 CP);
- b) Cuando procediendo la condena condicional, hubiera vehementes indicios que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. (Cafferata Nores:

Esta presunción de peligrosidad procesal, puede construirse a partir del análisis de algunas circunstancias que funcionan como premisas limitativas a saber:

- 1) La magnitud de la pena en expectativa;
- 2) La importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado adoptara voluntariamente frente a él;
- 3) La ausencia de residencia fija y
- 4) El comportamiento del imputado durante el desarrollo del procedimiento o de otro procedimiento anterior, en la medida en que indicara su voluntad de perturbar o someterse a la persecución penal.

Por ello, para evitar su imposición se podrán utilizar medidas alternativas como:

- 1) La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quien informará periódicamente a la autoridad;
- 2) La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe;
- 3) La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas;
- 4) La prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona;
- 5) La simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con esta bastara como alternativa o fuera imposible el cumplimiento de otra

8. Cesación

La prisión preventiva termina en forma definitiva cuando se procede al dictado del sobreseimiento o la sentencia absolutoria o condenatoria firme (aquella a la cual no se le puede interponer ningún otro recurso). Y termina de modo provisional cuando se dispone su cesación en virtud de haberse diluido el presupuesto probatorio exigido, o de haber desaparecido (por ejemplo,

por cambio de la calificación legal del hecho) los riesgos que la motivaron, o haberse extinguido el término máximo autorizado para su duración.

En estos casos podemos manifestar que cuando no sea absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso, se elevarán de oficio las actuaciones para escapar a la presunción de elusión a la acción de justicia, la cual está establecida en el art. 281.

9. Revocación

La ley procesal también dispone que el cese de la prisión preventiva, es revocable cuando el imputado no cumpla las condiciones impuestas por el artículo 268, realizando preparativos de fuga o nuevas circunstancias exijan su detención.

Si tenemos en cuenta todo lo relatado anteriormente podemos llegar a hacer un análisis profundo desde los organismos internacionales que justifiquen el por qué el instituto de la prisión preventiva amerita en algunos casos ser impuesta:

Peligro de fuga: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 2/97, consideró que la seriedad del delito y la eventual gravedad de la pena pueden ser factores que justifiquen la prisión provisoria. Por ello, la Comisión considera que la “presunción de culpabilidad” de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de la libertad, pero aun así los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.

La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Para ello deben ser analizados valores morales demostrados por la persona, su ocupación,

bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una sentencia prolongada.

Necesidad de investigar y posibilidad de colusión. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente cuando se trata de un caso que requiera interrogatorios difíciles de llevar a cabo, donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial.

Riesgo de presión sobre los testigos. El riesgo de que sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación.

Preservación del orden público. La Comisión reconoce que, en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período.

En cuanto a todo lo mencionado, la Comisión Interamericana citó el fallo “Wemhoff”¹². La Cámara de Apelaciones aceptó que existía duda respecto de si el peligro de supresión de prueba continuaba vigente, pero consideró que la comunicación con otras personas si lo estaba.

Una vez que se analizan todos estos supuestos, es dable tener en cuenta, que en muchas ocasiones la norma no le brinda a las autoridades judiciales, la posibilidad de elegir entre detener al imputado hasta que se realice el juicio en tiempo razonable o liberarlo con garantías suficientes para prevenir su fuga. Por ello, deben considerar si existe un genuino requerimiento que justifique salir del principio conforma al cual la libertad es la regla.

¹² “Wemhoff vs. Federal Republic of Germany”. TEDH 1 EHRR 55, 27 de junio de 1968. Los hechos del caso eran los siguientes: el peticionante era un agente de bolsa alemán que había sido arrestado y acusado por la presunta comisión del delito de administración infiel. Por estos delitos se realizó el juicio luego de tres años y fue condenado cinco meses luego del inicio del juicio. En el transcurso del proceso había estado detenido. El acusado presentó en varias oportunidades la solicitud de libertad condicional y los pedidos fueron rechazados por la Justicia con sustento en la presunción de que el imputado en ese caso podría suprimir prueba relevante y se fugaría.

En muchos casos se estima la necesidad de investigar el caso, debido a que en varios de ellos, los imputados han acudido o han enviado personas a amenazar a las víctimas, inclusive con la posibilidad de reiteración de delitos futuros lo que siempre termina o afectando a la víctima o a terceros.

En otras consideraciones el Tribunal de la Corte Interamericana, sostuvo en forma repetida que los intereses del gobierno en preservar la seguridad de la comunidad, en circunstancias apropiadas, restringir la libertad de los individuos, ha sido la decisión más correcta. Lo mismo se ha sostenido con respecto a las personas que poseen problemas psiquiátricos que presentan un peligro para el público, o de jóvenes que presentan un peligro a la sociedad. Por ello, el mero hecho de que la persona esté detenida no implica que el gobierno haya establecido una pena.

Por lo que el interés del Estado de prevenir daños a la comunidad es un interés válido, y la restricción de la libertad en este supuesto excepcional es admisible, como en los casos de detención en tiempos de guerra.

Es importante dejar constancia, que el hecho de que esta medida sea aplicada, esto no importa a que el imputado goce de todas las garantías para defenderse en estas situaciones en una audiencia donde puede interrogar a los testigos, presentar pruebas y ser asistidos por un letrado.

En ningún momento cuando se establece la prisión preventiva, para los innumerables motivos que hemos nombrado, son sinónimo de no permitirle al imputado ejercer su legítima defensa, considerarlo inocente hasta que una sentencia firme confirme su culpabilidad, sino que es necesario analizar y tener siempre presente la imagen de la víctima del hecho punible, porque en estos casos, cruzándonos de vereda podemos observar que a la misma también le asisten los mismos derechos que al imputado, y sobre todo la posibilidad de exigir por parte del Estado que se haga justicia.

La víctima sobre todo debe ser tenida en cuenta al momento de dictar el auto de procesamiento acompañado de la prisión preventiva, para que su caso no quede impune, para que la fuga del imputado no conlleve a que el proceso no pueda ser continuado, y el delito quede sin sanción y sin el establecimiento de una pena, si se diera el hipotético caso de ser culpable.

Las leyes siempre han tratado de armonizar adecuadamente los derechos del imputado y los derechos de las víctimas de delitos, pero en muchas ocasiones el miedo que invade a los jueces en imponer penas de restricción de libertad hacia los imputados, hace que se viole el reconocimiento de derechos y garantías a la víctima de delitos y a sus familiares, porque no se está haciendo justicia, sino que esta justicia es sensible a las necesidades y opiniones de los imputados.

Por ello, las víctimas están en condiciones de exigir también al Estado las medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes.

Desde una perspectiva integral, el reconocimiento a sus derechos debe estar fundado en la necesidad de garantizarles la vida, la integridad no solo física sino también psicológica, la seguridad y su bienestar mientras dure el proceso, y una forma de hacerlo, es analizar las condiciones del imputado para que de esta manera, si las mismas son adversas, se dicte sin ningún temor a violar ningún principio legal, la prisión preventiva, como una forma de salvaguardar no solo el desarrollo efectivo del proceso sino también, a la parte afectada por el mismo.

Frente a este análisis, debe entenderse que existe también una justificación suficiente para privar la libertad de una persona, y que sirva para garantizar derechos constitucionales, y esto podría justificarse por el compromiso que tiene el Estado con la sociedad en la protección de los diferentes bienes jurídicos que pueden ser afectados por la comisión de un delito que se debe perseguir y que por tanto, es necesario que el derecho punitivo del Estado tome cuerpo y cumpla su finalidad,

debiendo para ello, verse en la necesidad de privar a la persona de su libertad ambulatoria pero como medida o garantía procesal.

Encontraremos quienes luchan en favor a la garantía de la libertad personal, como derecho humano otorgado en esencia, y otras que solicitan y ven la necesidad de garantizar la justicia penal, a la víctima como sujeto procesal, el saneamiento social, clamando por la restricción de la libertad de la persona infractora.

Es así, que, de parte de los jueces, cuando ponderan su sana crítica podrán pensar que cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, por parte de la sociedad tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

10. La Rebeldía y la Presunción de Inocencia. Efectos

La rebeldía es una situación procesal derivada de la incomparecencia en juicio por parte de la persona frente a la cual se dirige el mismo.

Al momento de pensar en el respeto a la presunción de inocencia, podemos pensar que un imputado se considera en rebeldía, cuando no comparece a una citación sin justificación, se fuga del establecimiento donde está detenido o se ausenta de su domicilio real con el propósito de sustraerse al procedimiento, debido a que desde su primera intervención, el imputado deberá denunciar su domicilio real y fijar el domicilio procesal, y la información falsa sobre su domicilio podrá ser considerada indicio de fuga. Por lo tanto, ¿dónde pesa la presunción de inocencia? ¿cuándo debe tenerse en cuenta si es que corremos con el peligro que la rebeldía obstruya el cumplimiento de la justicia?

En el proceso penal se está juzgando a una persona y se entiende que su presencia es un elemento clave para respetar el principio del debido proceso, que exige, el conocimiento oportuno de la acción adecuada de defensa.

La presencia física del inculpado en los actos de instrucción y del juicio oral, es necesaria para que el proceso alcance sus fines, éstos se frustrarían si en el momento de la ejecución, el condenado pudiera eludir su cumplimiento. Esto justifica y explica la potestad coercitiva del juez que la ley penal le conceda medios de coerción que aun cuando implican restricción de la libertad ambulatoria del inculpado aseguran el cumplimiento de los fines procesales. Por lo tanto, su ausencia disminuye las posibilidades de certeza a que el proceso aspira.

La declaración de rebeldía no suspende el procedimiento preparatorio y puede presentarse la acusación, pero no se celebrará audiencia preliminar.

Es así que, la prisión preventiva es una medida cautelar que tendrá por objeto asegurar el normal desenvolvimiento del juicio y el cumplimiento efectivo de la pena. No debe ser entendida en función del derecho a la libertad, sino también conjugada con el principio de inocencia que es aquél por el cual una persona es considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario y sea condenado mediante sentencia firme en un juicio con las debidas garantías procesales.

Tal como lo ha citado en muchas ocasiones la Corte suprema de Justicia de la Nación –caso Nápoli- que la prisión preventiva no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción, y 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 tienen su favor la presunción de inculpabilidad, por lo que cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones.

El Código indica que la libertad del imputado durante el proceso sólo podrá ser restringida cuando fuese necesario para la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento o a la

aplicación de la ley, es decir cuando se presenten “peligros procesales” – peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso.

Para esta aplicación de coerción personal durante el proceso, el juez debe tener en cuenta las siguientes condiciones:

- a. Verosimilitud del derecho, es decir, la apariencia de responsabilidad de la persona cuya libertad se va a restringir
- b. Peligro cierto de frustración de los fines del proceso si no se adopta la medida
- c. Proporcionalidad entre la medida de coerción y el objeto de tutela

Pero el juez, “podrá” –y no “deberá”- desaparecida alguna de estas condiciones, disponer el cese de la coerción, dado que esta es puramente excepcional.

11. La Influencia de la Opinión Pública

En Argentina, existe un fuerte reclamo social de seguridad. el aumento de los delitos, sumado a la difusión de los hechos de inseguridad que realizan los medios de comunicación, convirtió a la seguridad en una de las principales demandas de la sociedad.

Resolver los problemas de delincuencia, requiere de políticas integrales que aborden la pobreza, la falta de inclusión social, la educación, las posibilidades laborales, entre otros aspectos.

Los discursos públicos para resolver la inseguridad suelen centrarse en la necesidad de garantizar el encarcelamiento de los delincuentes y de los presuntos delincuentes para mantenerlos fuera de las calles. Pero la aplicación del derecho penal no debe ser la única solución a los problemas de inseguridad por el simple hecho de que actúa una vez que el acto delictivo fue ejecutado. El derecho penal no es ni pretender ser preventivo.

Desde los medios de comunicación y desde sectores políticos se alienta esta solución, poniendo el peso de resolver los problemas de seguridad en los jueces y las fuerzas de seguridad.

Los jueces tienen el deber de actuar una vez cometido el hecho y deben hacerlo, manteniendo en resguardo el cumplimiento de los derechos y garantías de quienes participan en él, para asegurar el debido proceso legal.

Por ello, la prisión preventiva parece convertirse desde la opinión pública, y algunos sectores políticos en una pena anticipada festejada. Los medios transmiten el encarcelamiento como un reconocimiento de culpabilidad y se reclama a los jueces cuando no lo hacen.

Los jueces son sentenciados públicamente por su actividad cuando no aplican la prisión preventiva en un caso mediático. Marchas, escraches, y otras acciones. Y a veces entran en la disyuntiva de actuar por temor a las repercusiones sociales o incluso a ser acusados y suspendidos en sus funciones por no actuar de determinada forma.

Una vez que repensamos el tema de la aplicación de la prisión preventiva, nos encontramos que se han detectado varias posturas en cuanto a las decisiones que se toman en el Poder Judicial.

Existen algunos que recalcan que los jueces se sienten presionados por la opinión pública y los discursos políticos y por otro lado que los jueces son independientes, y que se desenvuelven con autonomía sin importar lo que puedan decir acerca de su actuación.

Algunos finalmente reconocen que más allá de la idea de independencia al ser nombrados y controlados por el poder político es muy difícil no ser funcionales a él. Muchos manifiestan que si bien no fueron testigos de presiones directas si existen presión proveniente de los medios de comunicación y de funcionarios, que, al descargar sobre ellos problemas de inseguridad, logran mediante denuncias en su contra la suspensión de algún funcionario judicial a través de un juicio político.

Capítulo IV. Criterios Jurisprudenciales

CAUSA: 24.667 “JULIO CESAR GRASSI s/ Abuso de menores”: el mero monto de la pena en expectativa de los delitos por los cuales viene acusado, infirió en la necesidad de la imposición de la Prisión Preventiva, debido a que no se trataba de un elemento aislado sino que debía ser analizado en conjunto con los delitos por los cuales se lo venía acusando, es decir, abuso sexual agravado por resultar sacerdote, encargado de la educación y de la guarda del menor víctima, reiterado, dos hechos, en concurso real entre sí, lo que no permitía la excarcelación. Todo esto sin que afecte la presunción de inocencia que sigue en cabeza del imputado, desde que se trata de una medida procesal que rige la situación actual del inculpado, sin avanzar sobre el fondo del asunto. En este caso la medida fue aplicada debido a que el Tribunal consideró las circunstancias de riesgo de fuga y la obstaculización del accionar judicial, por lo que concluyó que existía tal riesgo de fuga por lo que en libertad podría frustrarse la ejecución de la pena.

CASO: GROOMING S/ PROCESAMIENTO. “F.M. /ABUSO DE MENOR”. EXPTE. N° 28.834: en este caso a pesar que el imputado permanecía en libertad esperando el juicio, continuó realizando llamados haciéndose pasar por otra persona, concurriendo a la plaza donde la menor jugaba de tarde, incluso le pedía por medio de otros verse personalmente para disculparse. En este caso el Tribunal dictó la Prisión Preventiva en contra de C.G.C-. de condiciones personales por los motivos de seguir tratando de mantener contacto con la menor con el propósito de atentar contra su integridad sexual, ordenándose su inmediata detención.

CASO MILAGRO SALAS: en este caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la Prisión Preventiva por concluir que se encontraban verificadas las condiciones legales para su

implementación, debido a la corrupción que investigaba un fraude millonario con fondos destinados a la construcción de viviendas sociales.

En todos estos fallos antes citados, podemos concluir que se ha esgrimido a favor de la prisión preventiva por la finalidad de asegurar la persona del imputado para el proceso o, en mejores términos para asegurar la disponibilidad del imputado como fuente de prueba, impidiendo que pueda influir sobre la recepción de la misma, garantizando el resultado del proceso.

Pero también se acepta que quede en manos del juez, la valoración sobre la existencia de los riesgos procesales según el método de la sana crítica racional. El grado de conocimiento que se tenga del acusado –circunstancias personales tales como domicilio, situación laboral, familiar, etc.- permitirán anticipar, siempre relativamente, su futuro comportamiento con relación al proceso.

Es tradicionalmente admitido que el principio de inocencia impide la imposición anticipada de una pena al investigado, pero también debe prohibir cualquier restricción a la libertad destinada a neutralizar la peligrosidad procesal, aunque se trate de la aplicación de algo sustancialmente diverso a las penas, como puede serlo una medida de coerción personal.

CASO CHABAN. "Chabán, Omar Emir s/excarcelación" - CNCRIM YCORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala V. Ornar Emir Chabán ha sido procesado por el delito de homicidio simple, pronunciamiento que a la actualidad se encuentra firme.- He sostenido en numerosos antecedentes que la amenaza de imposición de pena de efectivo cumplimiento, resulta un elemento de gran relevancia para presumir, conforme a la experiencia recogida, que quien recupere su libertad intentará eludir el accionar de la justicia (c. 2.587 "Pizarro, Sandro D. S/excarcelación, Sala V, rta 10-12-04; c. 25.604 "Rodríguez, Néstor F. S/excarcelación, Sala V, rta. 12-11-04, c. 25.057 Contigiani, Danile D. S/excarcelación, Sala V, rta. 24-9-04, entre muchos otros).- Entiendo que quien sabe que deberá volver a prisión, al menos en algún momento del proceso, tal vez no

inmediato, lo evitará, no resultando suficiente para impedirlo condición o caución alguna.- La comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el informe 2/97 que "la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia. La actitud de Chabán con posterioridad al hecho investigado no puede contemplarse como de ponerse a disposición de la autoridad, muy por el contrario, numerosos testigos manifestaron haberlo visto retirarse del lugar, sin siquiera prestar colaboración con quienes se encontraban allí.- Fue detenido al día siguiente del trágico suceso en un lugar distinto a su domicilio habitual y al que se llegó luego de una larga cadena de allanamientos.- Resulta lógico concluir que si en ese momento, sin duda confusión mediante, y sin saber cuál podía ser su responsabilidad por lo que pasó, evitó ser ubicado en lo inmediato, en la actualidad y ante la imputación que sobre él pesa, la actitud no será distinta. No desconozco la doctrina sentada por mis distinguidísimos colegas en anteriores pronunciamientos, y aun cuando pudiera coincidir en muchos de sus presupuestos, no puedo dejar de lado la convicción de que objetivamente valorados los elementos que por el momento se han arrojado al expediente, permiten concluir con gran grado de coherencia que existe un real peligro de fuga si se concediese la libertad solicitada.

CASO “MANGERI JORGE s/ abuso sexual en grado de tentativa agravado y femicidio”.

En este caso, la Cámara del Crimen confirmó el procesamiento con prisión preventiva del portero Jorge Mangeri, por el delito de “abuso sexual con acceso carnal el grado de tentativa agravado y

femicidio”. En este caso fue establecida teniendo en cuenta la violencia ejercida y por la gravedad del delito, considerando que por la pena en expectativa era muy posible el peligro de fuga.

CASO “FARRE, FERNANDO S/ Femicidio”. El juez de Garantías de Pilar, le dicta la prisión preventiva por haber presuntamente asesinado a su esposa Claudia Schaefer. El Juez manifiesta que la imposición de la prisión preventiva se debe a que el imputado fue gerente de empresas multinacionales, realizando depósitos en el exterior, lo que le permite concluir que “en caso de recuperar la libertad podría darse a la fuga y utilizar dicho dinero para no estar a derecho”. Se justicia la misma, también, debido a que por hechos sucedidos con anterioridad el imputado podría influenciar en testigos y familiares, en virtud de la violencia ejercida no sólo contra su mujer sino con el resto de las personas de su entorno. La decisión de la imposición de la medida también se considera a que existiría también peligro de fuga por la pena que enfrenta en caso de ser condenado: prisión perpetua.

CASO “DAMIAN AUGUSTO ORTEGA s/ Homicidio Agravado”, en un primer momento había sido dejado en libertad por cese de la prisión preventiva, imponiéndole penas alternativas como caución real, fijar domicilio, y no ausentarse de la dirección manifestada. Esta decisión fue impugnada y fue revocada, y aun cuando el veredicto no se encuentra firme, por la gravedad del hecho y de la pena generan serios peligros de fuga, y que existan otras consecuencias posteriores, como sería que atentase con su vida en caso de que esté en libertad. Existe peligro de fuga por los rasgos de su personalidad psicopática del condenado, su arraigo está en crisis porque tiene una incertidumbre laboral, y por el hecho que en un momento fue capaz de usar un arma de fuego. Tiene una aproximación muy cercana a la idea y certeza de los riesgos de fuga.

CASO “Sergio y Pablo Sckoklender s/ administración fraudulenta de fondos públicos”. Se les dictó prisión preventiva luego de que estuvieran en libertad durante mucho tiempo, porque

realizaron maniobras para el vaciamiento de documentación de la Fundación Sueños Compartidos, llevándose cajas con papeles de la entidad. El fundamento fue la desaparición de las pruebas que serían parte del juicio.

Conclusión

La presunción de inocencia como principio rector de los procesos penales, se encuentra reconocida por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pero, sin embargo, en las normas prácticas judiciales, así como en la opinión pública y los discursos políticos, esta garantía se ha visto menoscabada por el problema de inseguridad que llevó a limitar al extremo las garantías constitucionales del imputado con la idea errónea de que, de esta manera, disminuiría el índice de delitos cometidos en la provincia.

En la sociedad argentina, se instauró un debate que enfrentó el derecho a la seguridad de los ciudadanos con las garantías procesales de los imputados, sin comprender que no necesariamente son principios contradictorios y excluyentes uno del otro.

Si bien no puede confirmarse que existe una persecución política y mediática que pueda considerarse causa única de que los jueces apliquen de manera amplia la prisión preventiva, es evidente que existen ciertas prácticas y discursos que crearon una posición a favor de la aplicación de la privación de la libertad de sospechosos de forma preventiva.

Es importante tener en cuenta que en los casos de femicidio, por ejemplo, si la prisión preventiva se implementara ante las denuncias, se hubiesen evitado muchas muertes de mujeres, debido a que la mayoría han sido asesinadas y sus víctimas ya habían sido denunciadas, dos, tres y hasta cuatro veces. En un 67% de los casos el Poder Judicial ha tenido que disponer la prisión preventiva de un imputado acusado de violencia de género, luego de que se conocieran las amenazas del hombre a su ex pareja en el transcurso de la investigación. Inclusive los imputados tenían orden perimetral y un dispositivo de GPS para garantizar la seguridad de la víctima y aun así siguen amenazando,

por lo que ha llevado a muchos magistrados a basarse en la Ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer que incorpora las previsiones de la “Convención de Belem Do Pará”¹³.

Cada dictado de prisión preventiva, cristaliza y pone en juego la tensión entre dos valores o intereses contrapuestos: por un lado, la sociedad quiere que un hecho disvalioso, y por el otro, el derecho de todo ciudadano de permanecer en libertad hasta que no se quiebre el principio de presunción de inocencia por sentencia firme.

Aun cuando liminarmente, la prisión preventiva es considerada como “una especie de pena” y que varios doctrinarios justifican la “prisión preventiva” sólo frente a delitos graves, según lo que cite el procedimiento siempre que sea breve, lo menos rigurosa posible y constantemente controlada.

Muchos debates jurídicos han surgido al tratar de esclarecer si la prisión preventiva violenta o no el principio de presunción de inocencia que opera en favor de la persona a lo largo de todo el proceso penal en nuestro país.

Pero con relación a la prisión preventiva, es necesario establecer que es una medida cautelar y no punitiva, por lo que ésta puede ser utilizada, siempre y cuando las medidas alternativas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación sea entorpecido, no pueda garantizarse la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado cuente con antecedentes anteriores al hecho y sus condiciones personales no sean favorables.

Por lo tanto, el uso de la prisión preventiva, al tener una finalidad conocida, no podría violentar el principio de presunción de inocencia por sí mismo, sin embargo, es de establecerse que el uso

¹³ Esta norma establece en su artículo 26.a.7. “la facultad y deber de los jueces de ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer”.

de la misma debe alcanzar límites, y uno de ellos sería el uso prolongado, respetando en este caso lo citado por la Corte Interamericana la cual exige que el peligro de fuga o de obstaculización sea concreto, excluyendo las llamadas presunciones de fuga como base en el monto de la pena esperada.

Es por ello que afirmo que la característica principal de la prisión preventiva es la de no tener un fin en sí misma, sino ser un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no es una pena) sino instrumental y cautelar, para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Es así que en todo este planteamiento también debe tenerse en cuenta a la víctima, la cual es dejada de lado con la monopolización estatal del castigo, y su reclamo social de seguridad va dirigido específicamente a la eficiencia del sistema en la aplicación de la justicia.

Por ello, la potestad represiva del Estado, es un poder jurídico de cumplimiento obligatorio, a través del cual el Estado cumple con uno de sus deberes esenciales, cual es investigar y juzgar los hechos que pueden constituir delitos y a aquellos que presuntamente son sus autores y/o sus partícipes.

En otras palabras, esta potestad jurisdiccional puede traducirse en actos que restrinjan la libertad personal antes de una sentencia firme, y estos actos coercitivos, a más de tener un carácter "provisional", deben ser cautelares y preventivos, y por lo tanto **nunca pueden significar una pena anticipada.**

Recomendaciones

Si realmente deseamos que el punto de partida para cualquier análisis de los derechos de las personas que se encuentran bajo prisión preventiva, se sustente en el principio de la presunción de inocencia, y que sea no necesaria la privación de libertad durante el transcurso del proceso, es que debemos entender que la misma, sea aplicada teniendo en cuenta los siguientes principios:

- a. **Excepcionalidad:** toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad, y solo por vía de excepción puede ser privada de su libertad.
- b. **Legalidad:** la libertad del imputado solo puede ser restringida con estricto apego a las normas
- c. **Necesidad:** la prisión preventiva sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso
- d. **Proporcionalidad:** implica una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción
- e. **Razonabilidad:** la prisión preventiva debe mantenerse durante un tiempo razonable. Aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, esta debe ser liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable.

Estos principios deben estar apoyados en los siguientes fundamentos legítimos de la prisión preventiva:

- a. **Peligro de fuga:** riesgo de que la persona imputada intente eludir el accionar de la justicia
- b. **Riesgo de obstaculización:** peligro de que la persona imputada intente obstaculizar la investigación criminal

Sería de gran importancia tener en cuenta garantizar la independencia de los operadores de justicia considerando las dificultades a las que se enfrentan para aplicar la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales, por lo que los tres poderes deben:

- Adoptar medidas judiciales, legislativas, administrativas e institucionales, necesarias para garantizar la independencia, autonomía e imparcialidad de los operadores de justicia
- Las decisiones relacionadas con sanciones disciplinarias deberán ser proporcionales a la infracción cometida, deben tener como objetivo valorar la conducta y el desempeño como funcionarios públicos, ser motivadas y públicas, garantizar el debido proceso, ser susceptibles de revisión.

Para poder garantizar la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, es necesario asegurar que los Poderes reciban y se le asignen los recursos financieros necesarios para que las medidas alternativas sean operativas, y solo que sean aplicables cuando el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación no pueda ser evitado razonablemente, considerando los principios y estándares fundamentales de aplicación de la prisión preventiva.

¿Por qué en muchos casos es mejor proceder a la implementación de la prisión preventiva? Porque uno de los principales desafíos que existen es en cuanto a la falta de información disponible relacionada con el monitoreo y supervisión de las medidas alternativas. La falta de registros claros y confiables sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en el marco de la medida, puede significar la falta de efectividad de mecanismos de control y monitoreo, así como también una inadecuada coordinación entre autoridades involucradas.

Otras medidas dedicadas a reducir el uso de la prisión preventiva sería tener en cuenta las largas esperas a las que se enfrentan las personas detenidas preventivamente para recibir sentencias definitivas, con procesos eternos que en nada colaboran a la economía procesal.

Se deben tener en cuenta también, la inmediatez y la oralidad lo que colaboraría a tener menos errores, y esto llevara a achicar la posibilidad de aplicar una coerción a quien no tengan intención de sustraerse al proceso. Por lo que sería más que conveniente la posibilidad de ser necesario, contar con los medios suficientes para producir prueba a favor del imputado para demostrar que no se fugará y que no entorpecerá el procedimiento.

Advierto que, en el estado actual de cosas, la prisión preventiva es necesaria, sólo que muchas veces se abusa de ella. También es cierto que ningún sistema jurídico es perfecto, sólo creemos que el propuesto sería menos falible.

Bibliografía

- APONTE Alejandro. (2013). *La acción de revisión frente a los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos*. En Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional (169-170). Colombia: KonradAdenauer-Stiftung.V.
- CAFFERATA NORES, en INECIP, “*El Estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*”. Febrero 2012.
- CAFFERATA NORES Y OTROS. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Intellectus, 1998.
- CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*, Bogotá, 1957
- CARBONELL, M.. (2014). Prisión Preventiva. 18/06/2017, de Miguel Carbonell.com Sitio web: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Prisi_n_Preventiva.shtml.
- CORIGLIANO Mario. E. Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Bsoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995.
- IBAÑEZ, Andrés. *El juez y la prisión provisional. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. ediciones de la Universidad de Castilla. La Mancha. Cuenca. 2003
- MARTINEZ URRUTIBEHETY, Gustavo D. “*La derogación de la Ley del “2 x 1”: Poner el carro delante de los bueyes*”, disponible en www.eldial.com
- MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de Inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona. Ed. Aranzadi. 1999. Página 29
- PLAZAS, Florencia G. y HAZAN, Luciano A. “*Garantías Constitucionales en la Investigación penal*”, ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 476.-

Tratados Internacionales

- Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)