

UNIVERSIDAD SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

Carrera: ABOGACIA

Debates en torno a la Prisión Preventiva y Derechos Humanos.

Alumno: Juan Eymann

Legajo: VABG46281

Tutor: Leonardo Marcellino

Córdoba, Octubre de 2019

INDICE.

- **RESUMEN/ABSTRACT- PALABRAS CLAVE/KEYWORDS1**
- **INTRODUCCION.3**
- **CAPITULO I: Libertad personal y Coerción Procesal. Prisión Preventiva.....9**
 - i) **Conceptos claves.9**
 - ii) **Presupuestos de procedencia y principios procesales.13**
 - iii) **Antecedentes históricos.16**
- **CAPITULO II: Principios, Garantías y estándares constitucionales.19**
 - i) **Principios y Garantías.19**
 - ii) **Estándares Internacionales. Jurisprudencia.21**
 - iii) **El valor de los fallos de la CIDH.29**
- **CAPITULO III: Marco normativo y situación en Argentina.33**
 - i) **Marco normativo vigente.33**
 - ii) **La situación en Argentina. Datos Estadísticos.35**

- **CAPITULO IV: Doctrina y Modelos Procesales. Principio de inocencia vs. Prisión Preventiva.**43
 - i) **Criterios Procesalistas y Sustantivistas.**43
 - ii) **Posturas abolicionistas y compatibilistas.**45
 - iii) **Modelos Procesales Penales.**49
 - iv) **Doctrina del “Control de Convencionalidad”**52

- **CAPITULO V: Propuestas de cambios y Reformas.**55
 - i) **Los procesos de Reforma y Contrarreforma en América Latina**.....55
 - ii) **El caso de Neuquén.**59
 - iii) **Medidas alternativas**61

- **CAPITULO VI: Reflexiones sobre fallos recientes y debates pendientes.**65
 - i) **Jurisprudencia “Irurzun”. ¿Nuevo causal para la Prisión Preventiva?**65
 - ii) **“Fontevicchia y otros c/ República Argentina”.**67

- **CONCLUSIONES.**70
- **BIBLIOGRAFIA.**73

Resumen/Abstract - Palabras Clave/Keywords

Resumen:

El presente trabajo examina el instituto de la Prisión Preventiva, partiendo del concepto y naturaleza de la coerción procesal, y explorando las causas y efectos de su uso generalizado y del consecuente crecimiento de las políticas de encarcelamiento de los últimos años. Se analizan también las razones por las cuales la limitación de la libertad sin condena se ha convertido en la respuesta más rápida y demandada al sistema penal, principalmente por los medios de comunicación, y la opinión pública, y se aborda de manera profunda el estado de la cuestión en la doctrina, los distintos criterios y posturas, sus argumentos, y los distintos modelos procesales penales que han dominado el escenario en el país y el resto de América Latina.

Por otro lado se destaca el impacto que ha tenido la jurisprudencia internacional basado en los Tratados internacionales de Derechos Humanos, y el valor de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, se deja en evidencia la actualidad y vigencia del tema a la luz del análisis de fallos recientes que cuestionan las causales de aplicación del encarcelamiento preventivo, y el valor de los fallos internacionales.

Palabras clave: Prisión Preventiva, Derecho internacional de los Derechos Humanos, control de convencionalidad, modelos procesales penales.

Abstract:

The present thesis deals with the idea of pretrial detention based on both the concept and the nature of procedural coercion. It also explores the causes and effects of its generalized use and the consequent development of the politics of imprisonment in the last years. Further, the study analyses the reasons why the restriction on liberty without any sentence has become the quickest and most demanded response to the criminal justice system mainly by the mass media and public opinion. In the state of the art, the doctrine, different criteria and views as well as its arguments, are thoroughly addressed. The study also looks at the different standards for criminal procedural law that have dominated the scenario in our country and the rest of Latin America.

On the other hand, this thesis places emphasis on the impact that the international law has had on the international agreements on Human Rights and the value of the Interamerican Human Rights Court decisions.

Finally, it is worth highlighting that the issue addressed in this study has gained renewed importance in the light of the analysis of recent court decisions/judicial pronouncements that challenge the causal factors of the use of pretrial detention and the value of international decisions and judgements.

Key words: *pretrial detention – International law of Human rights – conventionality control – criminal procedural standards.*

- **INTRODUCCION.**

El presente trabajo se propone analizar un tema de mucha actualidad, que además de abarcar varias ramas del derecho, ha sido y sigue siendo objeto de constantes polémicas entre la opinión pública, la doctrina y la jurisprudencia.

Se trata del analizar la coerción procesal a la libertad personal a partir del instituto de la Prisión Preventiva, y explorar las causas y efectos de su uso generalizado de los últimos tiempos, partiendo en principio de un diagnóstico consensuado sobre el crecimiento de las políticas de encarcelamiento en los últimos años, y en como ésta se ha convertido en la respuesta más rápida y demandada al sistema penal principalmente por los medios de comunicación y los actores políticos, institucionales y sociales, lo que ha llevado a dejar planteada una identificación entre libertad e impunidad que creemos que es necesario analizar.

Por otro lado, consideramos que se trata de un tema central para todo estado democrático, ya que pone en juego la legitimidad de la justicia penal al poner en contradicción los fallos judiciales con los principios y garantías constitucionales.

En este sentido, nos aproximaremos al estado de la cuestión en la doctrina, analizando bibliografía actualizada y fallos pertinentes, para luego prestar especial atención al debate sobre las Garantías Constitucionales, el rol de los Tratados internacionales de Derechos Humanos, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nos aproximaremos de esta forma a los conceptos claves que se deben tener en cuenta para su análisis, especificando sus rasgos generales, sus distintas definiciones y su uso y ubicación en la doctrina y jurisprudencia. Tener en claro los debates acerca de los conceptos de Libertad Personal, Coerción Personal, Garantías Constitucionales, y por supuesto, Prisión Preventiva, será imprescindible para abordar la problemática desde una perspectiva completa, que incluya los usos y abusos del instituto en el derecho argentino, el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tratados de rango constitucional.

De acuerdo a las características del tema, podemos decir que se abordará el trabajo desde una perspectiva de tipo descriptiva y exploratoria. Descriptiva en cuanto a que se pondrá atención en una primera parte a la naturaleza teórica del tema, resultando este un trabajo de investigación jurídica en donde se tratará de hacer un análisis sobre las diferentes posturas existentes en la materia. Y exploratoria en cuanto a la necesidad planteada de analizar y buscar en la jurisprudencia y en fallos recientes los nuevos elementos que creemos que es necesario teorizar, abordar y de ser necesario, cuestionar.

Si bien la figura de la Prisión Preventiva ha sido bastante estudiada en el derecho Argentino e Internacional, sobre todo a partir de la constitucionalización de los Tratados Internacionales, subsisten muchas dudas en torno a su aplicación a nivel nacional y sobre todo en cuanto a la competencia de las instancias constitucionales e internacionales a la hora de evaluar la forma generalizada de su aplicación. Podemos decir en este punto que no existe un consenso creado y los debates son cada vez más vigentes.

En cuanto a la estrategia metodológica, podemos decir que será principalmente cualitativa, ponderando sobre todo el análisis doctrinario y jurisprudencial. Sin embargo se tendrán en cuenta algunos aspectos cuantitativos al abordar los datos estadísticos existentes en la materia aportados por los organismos internacionales del derechos humanos, el Centro de Estudios Legales y Sociales, y demás organismos y/o instituciones, que nos permitirán dimensionar el problema.

Existe en la doctrina un consenso generalizado en que la figura de la prisión preventiva supone su excepcionalidad, tanto desde lo conceptual, como desde su aspecto doctrinario. Esta excepcionalidad supone al mismo tiempo un carácter exclusivamente procesal de la medida, y no la regla general, que llevaría a considerarla como una especie de pena anticipada. Es en este punto en donde cabe interrogarse por el grado de armonización existente entre este uso generalizado, y no excepcional, de la Prisión Preventiva, y las garantías constitucionales que surgen de los Tratados Internacionales y a partir del cual se generan los principales debates doctrinarios.

El diagnóstico del cual partimos, nos muestra que la Prisión Preventiva se ha convertido en el ámbito de las prácticas jurídicas, en una especie de pena anticipada y desproporcionada respondiendo no a los principios jurídicos y constitucionales que le dieron origen, sino a otras motivaciones, algunas con argumentos jurídicos sólidos, pero otras que encuentran su fundamento y su justificación en motivaciones de índole política y social.

Es por eso que se impone como objetivo del presente trabajo, explorar esas motivaciones, prestando especial atención a las garantías constitucionales y al funcionamiento del control de constitucionalidad de los fallos de los tribunales internacionales y de la Corte Suprema de Justicia.

A este respecto, nos propondremos abordar las discusiones doctrinarias existentes que tienen como eje de discusión la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida, y el grado de “armonización” existente y necesario con los principios constitucionales, sobre todo el de libertad personal y el de principio de inocencia.

Encontramos en este punto un fuerte debate entre las corrientes “procesalistas”, que defienden el uso de la medida como parte esencial del proceso penal y como un elemento necesario para garantizar una sentencia justa, por un lado, y las corrientes doctrinarias “sustantivistas”, que hacen pie en las garantías constitucionales - y no procesales- y en el principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución Nacional. Esta última postura es la que plantea la abolición de la prisión preventiva por considerarla una pena anticipada y violatoria del principio de legalidad y de inocencia, evitando reprimir el procesado y considerar al instituto en sentido punitivo y no procesal. Nos detendremos en este punto a analizar sus argumentos más sólidos.

Veremos también como estos criterios se han ido reflejando a lo largo de estos años en los diferentes modelos procesales penales vigentes y en las distintas propuestas de reformas y contrarreformas de los códigos procesales, a nivel latinoamericano y argentino,

y dentro de ésta en los códigos procesales penales provinciales, y han actualizado los debates aportando distintas soluciones y alternativas en una u otra dirección. A modo de ejemplo haremos mención en este punto al caso de la Provincia del Neuquén, específicamente, en donde se vio reflejada una regresión en la tendencia generalizada del paso de un sistema inquisitorio a acusatorio, ampliando los criterios consensuados en cuanto a lo que se considera “obstaculizar la investigación.”.

Por último, y en esta misma dirección, nos detendremos a evaluar y comentar dos fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia y la Justicia Federal. Uno, el conocido como “Doctrina Irurzun”, cuyos argumentos tienden a ampliar peligrosamente, a nuestro criterio la jurisprudencia existente hasta el momento sobre la capacidad de la obstaculización de la investigación por parte de un procesado, lo que nos lleva a cuestionar los límites del uso de la prisión preventiva y explorar las motivaciones extra procesales que pueden influenciar al a hora de dictar las medida, y la segunda el reciente fallo de la Corte Suprema conocido como “Fontevicchia”, mediante el cual se generó un arduo e interesante debate sobre el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, Interpretando que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales, lo que generó un debate acerca de las funciones y alcances no solo de los organismos internacionales de Derechos humanos, sino también, sobre los alcances del artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna, que les da su rango constitucional. Lanovedad y el desafío de análisis y compatibilidad con los principios constitucionales que resultan de este fallo nos coloca ante un desafío.

Todo este panorama deja en evidencia que el debate sobre el instituto de la prisión preventiva y en encierro cautelar está más que vigente, dentro de la doctrina por un lado, como ya veremos, pero dejando bien en claro que una discusión seria sobre el tema debería tener una mirada mucho más abarcativa, que excede lo jurídico, demandando la intervención de otras disciplinas para lograr tener una mirada más completa, punto de partida de cualquier intento de propuestas alternativas.

En palabras de Carrara: *“las precauciones con las que la ley atiende a la restricción de la custodia preventiva, son el criterio por el cual debe juzgarse el respeto que se les tiene a las libertades civiles de un pueblo.”*¹

¹ CARRARA, Francesco. “Programa de Derecho Criminal”, Ed. Temis. Bogotá. 2000.

- **CAPITULO I: Libertad personal, Coerción Procesal y Prisión Preventiva.**

- i) **Conceptos claves.**

La **Libertad personal**, en todo Estado de Derecho, supone la libertad física como ambulatoria. Se trata de un derecho innato del ser humano y condición para su libre desenvolvimiento social y jurídico en igualdad de condiciones, presupuesto y condición del funcionamiento de un estado de derecho democrático y constitucionalista. Es por eso que Bidart Campos la define como “...*la forma de libertad imprescindible para que la mayoría de las demás libertades pueda funcionar...*”² y así lo reconoce nuestra Constitución desde su mismo preámbulo como principio fundamental.

De esta manera, se entiende que la sanción más grave y de ultima ratio que puede imponer todo sistema jurídico sea la limitación de esa libertad ambulatoria, corporal o personal, en forma de pena privativa de la libertad, prisión o reclusión, y que aquella sólo puede ser afectada por la Ley, en los casos, y por los medios previstos en forma taxativa. Se trata en definitiva de un derecho innato a la persona, pero no por ello no susceptible de limitación alguna.

Es por ello que al igual que todos los derechos, el derecho a la libertad personal, entendido como libertad física y ambulatoria, puede ser afectado en forma de *coerción*

² BIDART CAMPOS, Germán, citado por FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo, “Garantías del Imputado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2008. Pag. 473 y ss.

material o sustancial, o coerción procesal o formal. La primera, relacionada con el Derecho sustantivo o de fondo, en directa vinculación con el derecho sustancial quebrantado, lo que supone un proceso cumplido y una sentencia de culpabilidad definitiva, obedeciendo a una lógica de castigo y prevención de la peligrosidad penal de un sentenciado, y la segunda, relacionada con el Derecho adjetivo, o de forma, que tiene por objeto exclusivo el aseguramiento de los fines del proceso, y se basa en sospechas de aquella pretendida culpabilidad, y es por eso que podemos catalogarla como una medida provisoria e instrumental para lograr resultados positivos en un proceso judicial penal, en este último caso, tratando de evitar un daño, no desde el punto de vista de la peligrosidad penal, sino desde la peligrosidad procesal penal.

La diferencia que debe existir entre la coerción material y la coerción procesal está en los fines que cada una persigue. En el ámbito material de la pena, consiste en la reacción del derecho contra los actos antijurídicos de las personas. Las medidas de coerción procesal, no implican la pena, y solo proceden para proteger los fines del procedimiento y garantizar la eficacia de la ley sustantiva.

De esta manera, la coerción procesal, entonces, tiene por objetivo asegurar la presencia del acusado en el juicio, evitando que se fugue e impidiendo que el mismo acusado pueda obstaculizar el esclarecimiento del hecho investigado –*peligro procesal* -, y es lo que permitiría el desenvolvimiento del proceso penal, entendido como actividad jurisdiccional, que tiene por objeto “...asegurar la tranquilidad social, manteniendo el

orden jurídico que se restablece por medio de la sentencia que dicta un juez y que resuelve el conflicto suscitado entre las partes..”³

Vemos de esta manera entonces que el derecho penal sustancial se materializa en forma práctica a partir del derecho procesal penal, y que este mismo supone la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Sin embargo, al mismo tiempo es el sector del derecho que mayor poder tiene para la restricción de estos derechos fundamentales, y sobre todo, principalmente, para la restricción del derecho a la libertad ambulatoria, siendo de fundamental importancia que en la práctica estas normas procesales se fijen de manera adecuada, logrando armonizar con las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre los derechos humanos, y especialmente con la libertad personal. En palabras de Roxin: “...*las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión en un derecho fundamental*”⁴.

La coerción personal podríamos definirla entonces como el medio organizado por el derecho para que el Estado intervenga la libertad de las personas, y la **coerción procesal**, como la medida de coerción personal propia del derecho procesal penal, vinculada a la restricción a la capacidad de ejercicio de los derechos personales del imputado, dictadas durante el transcurso de un proceso penal, con el objetivo de garantizar el descubrimiento

³ LEVENE, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, Bs. As. Ed. Depalma, 1995.

⁴ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Bs As, Ed. Del Puerto. Año 2000.

de la verdad jurídica y el libre desenvolvimiento de la justicia asegurando de esta forma la realización del proceso.

En este punto llegamos al concepto de **Prisión Preventiva**, pudiendo definirla entonces como una medida de coerción procesal consistente en restringir y afectar la libertad personal y ambulatoria de un acusado, mediante su encarcelamiento, por un trascurso de tiempo previamente definido y condicionado, y con el objetivo exclusivo de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, garantizar la investigación de los hechos en debida forma por los órganos correspondientes y asegurar la ejecución penal.

Claus Roxin la define como “*la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento a la ejecución de la pena*”⁵. Francisco D’Albora nos habla de “*la medida cautelar de carácter personal más intensa, ya que una vez dispuesta y hecha efectiva, el encarcelamiento perdura durante todo el trámite del proceso.*”⁶ Se trata en definitiva, de una medida de coerción procesal por definición, cautelar y subsidiaria, es decir, sólo ligada al proceso y sin vinculación alguna con el fondo del hecho investigado, y solo procedente en caso de que otras medidas menos gravosas resultaran ineficaces.

Es decir, no se la considera en principio una medida sancionatoria, aunque si limitativa de la libertad ambulatoria y por ello, solo aplicable en circunstancias excepcionales y de estricta necesidad, ya que entra en conflicto directo con las

⁵ ROXIN, Claus. Ob. Cit.

⁶ D’ALBORA, Francisco J., en “Código Procesal Penal de la Nación”, Bs As, Ed. Abeledo Perrot, 2007.

presunción de inocencia, razón por la cual la doctrina se ha ocupado de dejar bien claro sus presupuestos de procedencia, y así limitar su ejercicio y controlar su aplicación.

ii) Presupuestos de procedencia y principios procesales.

Dijimos que la prisión preventiva es entonces una medida de coerción procesal utilizada en el ámbito del proceso penal. Su fundamento, de acuerdo a Maier⁷, tiene que ver con que pueda llevarse adelante un procedimiento penal sin obstáculos que impidan llegar a la verdad del hecho investigado.

¿En qué circunstancias entonces resulta admisible la Prisión Preventiva? ¿Bajo qué condiciones? Siguiendo a Maier, es una medida que se fundamenta para evitar dos cosas, en primer lugar, el *peligro de fuga*, entendiéndose que resulta necesaria la presencia en el juicio del acusado para su correcto desenvolvimiento y para garantizarle al mismo su legítimo derecho a defensa, además de evitar que huya durante el proceso, y en segundo lugar, y el *peligro de obstaculización* de la justicia, o de la investigación de la verdad, que consiste en la posible intervención del imputado para influir en el procedimiento y de esta forma entorpecer la búsqueda de la verdad. En el mismo sentido, Cafferata Nores⁸, nos dice que deben existir pruebas de cargo de la comisión del delito que configuren una apariencia o

⁷ MAIER, Julio, "Fundamentos del Derecho Procesal Penal", 2º Ed. Bs As. Ed Del Puerto. 2004.

⁸ CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída. "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba". Comentario. Ed. Mediterráneo. Córdoba. 2003.

verosimilitud del derecho, y por otro lado, que debe configurarse con certeza, seria y probable, de que es la única medida que impide que el acusado frustré alguno de los fines del proceso. Es decir, deben existir riesgos procesales que justifiquen la medida, y ese riesgo debe ser probado.

Esta verosimilitud del derecho es también conocida como “*Fumus Bonis Iuris*”, y se traduce en el juicio de probabilidad (pruebas de cargo) que permite atribuir razonablemente un hecho punible a una determinada persona. Es decir, debe tratarse desde la apariencia de algo verdadero, y no es necesaria una prueba terminante para su dictado,

Asimismo, la constatación de la situación de riesgo procesal, (“*Periculum in mora*”) es decir, el riesgo de que el acusado evada el proceso o lo obstaculice, configura un juicio a futuro de un peligro concreto que debe neutralizarse, ya que sin peligro, toda medida cautelar carece de sentido.

Podemos completar el concepto de la prisión preventiva, entonces, caracterizándola como una medida de coerción procesal con los siguientes caracteres: a) *Cautelar*, al no tener un fin en si misma, al ser una medida procesal el fin es que la investigación prospere; b) *provisional*, ya que rige en tanto subsista el peligro de obstaculización del proceso, debiendo cesar una vez desaparecidas las razones que justificaren su dictado; c) de interpretación *restrictiva*, ya que solo puede ser autorizada si no existe otra medidas posible; d) *proporcionada*, en relación a la pena posible en expectativa, y d) *fundada*, ya que ese peligro procesal debe ser demostrado, y no solo

sospechado. Se ha dicho también, que es necesario e indispensable como condición de procedencia y para garantizar los derechos los imputados, la fiscalización de las condiciones de detención para evitar abusos a los derechos fundamentales de un imputado, y el establecimiento de un límite temporal a la duración de la medida y así restringir el poder de policía del Estado al aplicar límites a la libertad.

De esta manera surgen cuatro principios esenciales de la prisión preventiva que se deberán tener en cuenta para profundizar todo análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, estos son: Principio de judicialidad: en cuanto a que el encarcelamiento preventivo debe ser dictado por resolución judicial fundamentada; principio de excepcionalidad, en referencia a que la libertad ambulatoria solo debe ser alterada en ocasiones excepcionales con el fin de garantizar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley penal, respetando el trato de inocente y no convirtiéndola en la regla general. Es por eso que algunos autores plantean que el encarcelamiento preventivo nunca debe ser regulado como obligatorio, plantándose un debate acerca de la naturaleza de los llamados delitos no excarcelables, los que constituirían, de acuerdo a Maier, una pena anticipada a la sentencia.⁹ Principio de proporcionalidad, en cuanto a la pena que se espera y en cuanto a la duración del proceso, entendiéndose que esta medida de coerción procesal no debe ser más grave que la pena que corresponda al hecho tipificado, (por eso la prisión preventiva no procede cuando la pena en expectativa no es una pena que suponga la privación de la libertad). En este sentido, Julio Virgolini dice que “*debe existir una relación que signifique que un procesado no deberá sufrir una pérdida mayor en el proceso que la*

⁹ MAIER, op. Cit. Pp 524-525.

que deberá sufrir por la condena”¹⁰. Y en último lugar, el principio de subsidiariedad, en cuanto a que se deberá buscar la aplicación de medidas menos gravosas para lograr el correcto avance del procedimiento judicial, dejando a la privación de la libertad como la última opción.

Fuera de estos principios, la prisión preventiva se convertiría en una pena anticipada de coerción material.

iii) Antecedentes históricos.

La forma prisión preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales. Los antecedentes más remotos de la prisión preventiva podemos encontrarlos en el derecho romano, en donde en encarcelamiento no estaba destinado a castigar a los delincuentes, sino a la custodia de los procesados hasta el dictado de la sentencia, custodia que podía ser por un soldado, por un tercero, o mediante la privación de la libertad. De esta manera se puede decir que la prisión preventiva o el encierro preventivo es anterior a la institucionalización de las prisiones. *“La cárcel no ha sido inventada con la finalidad de reclusión, su razón originaria es la de una medida cautelar apta para asegurar las disponibilidad del reo a los fines del juicio.”*¹¹

¹⁰ VIRGOLINI, Julio S. El derecho a la libertad en el proceso penal. Bs. As. Ed. Némesis, 1984.

¹¹ GARCIA VALDEZ, Carlos. Estudio de Derecho Penitenciario. Ed. Tecno. 1982-

El objetivo del encierro en instituciones carcelarias estaba relacionado directamente con la función de asegurar la comparecencia del acusado en el proceso judicial, y no con el castigo corporal, ya que el hombre primitivo tenía la idea de vengar el daño más que investigar las causas del delito, y no se concebía a la prisión como una pena.¹²

Es de destacar también que esta idea del encierro provisorio visto como una medida instrumental y no como un castigo, se relaciona y va de la mano con la lenta evolución y el reconocimiento del carácter absoluto de la libertad personal.

Ya en la Carta Magna del año 1215, considerada como uno de los documentos bases para el desarrollo de la democracia moderna y los derechos humanos, se resalta que “...ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes... sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.”. Este artículo fundamental es al que la Carta Magna debe su fama, ya que garantiza y configura los inicios del juicios por jurados y el principio de que nadie pudiera ser condenado por un tribunal o comisión especial, sino conforme a las leyes del país, garantizando lo que hoy conocemos como debido proceso.

Es recién en el siglo XVII, con la evolución del Derecho Penal mismo, cuando se empieza a superar esta idea de eliminación del delincuente y a proponerse la prisión como pena, abriendo el camino hacia la idea del encierro correctivo y el modelo de la

¹² ABREU MENENDEZ, Manuel. “antecedentes legislativos e inconstitucionalidad de las normas mínimas”. Revista Criminalística. 1892. Citado por BOLAND, Hugo, en “Prisión Preventiva.”, Maestría en Ciencias Penales.

regeneración y reinserción del individuo. Aparecen así en los países bajos, los primeros recintos con regímenes reformadores, modificándose las instituciones de encierro en Francia y América del Norte.

Otro hito a tener en cuenta es la declaración de los derechos y el hombre y del ciudadano de 1789, en el marco de la Revolución Francesa, inspirada en la declaración de independencia de estadounidense, que pone fin al Antiguo Régimen y mara el principio de la era del republicanismo constitucionalista. En esta declaración, es claramente reconocido el valor “libertad” dentro del marco de la ley, y sobre todo, el principio de inocencia.

En el caso de Argentina, ya desde el Reglamento de la Junta Conservadora de 1812, se puede vislumbrar el amparo a la libertad y las limitaciones que al encierro carcelario sin pruebas, lo que en definitiva va implicando el reconocimiento de la libertad como el bien máspreciado del individuo, punto de partida de todo estado de derecho constitucionalista.

- **CAPITULO II: Principios, garantías y estándares constitucionales.**

- i) Principios y Garantías.**

La Constitución Nacional es la norma superior de todo el ordenamiento jurídico y toda la normativa vigente debe interpretarse en armonía con sus principios y postulados. La supremacía constitucional supone un orden de jerarquía que se encuentra regulado por el artículo 31, que dice que la “...*constitución, las leyes de la Nación que en consecuencia se dicten en el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son las ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...*”. Por lo tanto, y dada la forma de gobierno federal del país, las provincias autónomas deben dictar sus propias constituciones subordinando sus contenidos a la Carta Magna. Como consecuencia de esto, cualquier acto contrario a la Constitución debe ser invalidado y declarado inconstitucional por el poder judicial a través de sus jueces.

En el ámbito penal, los artículos 18y 19 son los que contienen las garantías básicas a partir del cual se construye el sistema procesal penal argentino, punto de partida del procedimiento judicial y las garantías del imputado. Estos principios son fundamentalmente el juicio previo y el principio de inocencia.

El principio del juicio previo o “*nulla poena sine iudicio*” surge del artículo 18 de la Constitución Nacional que dice que “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones*

especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...”. Este implica la existencia de una sentencia judicial con condena firme dictada por una autoridad competente como único fundamento para poder aplicar una pena. Las funciones judiciales deber ser ejercidas por el poder judicial, no por autoridades del poder ejecutivo o del legislativo, siendo inválido el juicio que estos puedan emitir sobre una condena y su aplicación.

La sentencia penal pronunciada por el órgano judicial competente es el único fundamento que admite la aplicación de una pena, siendo ésta un instituto público, solo determinado por la ley, condición para someter a una persona a una pena que declare su culpabilidad en un delito determinado, mediante un procedimiento previo. De allí surge el principio de inocencia, que determina que un acusado o imputado se lo considere inocente durante el proceso, y por ende exige que no se lo trate como culpable hasta el dictado de una sentencia firme.

La garantía del juicio previo que se deriva del principio de inocencia, protege esta manera la libertad personal como el bien más preciado de toda persona inocente, la que como hemos visto, solo puede ser afectada en circunstancias excepcionales.

ii) Estándares Internacionales. Jurisprudencia.

Los tratados y convenios internacionales suscriptos por el Estado Argentino en virtud del artículo 27 de la Constitución, estipula que tanto el gobierno federal como las provincias pueden afianzar sus relaciones de paz y comercio con países extranjeros por medio de tratados que no se contradigan con los principios constitucionales, estableciéndose así de manera explícita la supremacía constitucional.

Sin embargo, en el caso de los tratados incorporados por la Reforma Constitucional de 1994 mediante el artículo 75, inciso 22, nos encontramos con que los principios vigentes en los tratados de Derechos humanos poseen igual jerarquía. Estos ordenamientos mantienen su vigencia desde el momento de su suscripción, y deben interpretarse armónicamente con los principios y garantías constitucionales.

De estos tratados reconocidos a partir de la reforma con rango constitucional, los que contiene normas penales son La Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad.

El derecho a la libertad ambulatoria, se consagra en el artículo 7 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José de Costa

Rica, cuando dice que *“toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ella. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...”* Este derecho a la libertad puede ser restringido por el Estado conforme al principio de legalidad, reafirmado por el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De allí surge el reconocimiento del principio de inocencia y el principio de *“in dubio pro reo”*, el que ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema, como por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, inciso 2) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, inciso 2). Este mismo principio es reconocido en la Declaración Universal de los Derechos humanos en su artículo 11, cuando dice que *‘...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 previo en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa’*.

Según la Corte Interamericana de Derechos humanos, en el principio de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, derivándose la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios, para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la

acción de la justicia, ya que “...la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.”¹³

Por su parte el artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone “...toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9, inciso 3, establece que “...la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en caso, para la ejecución del fallo.”.

De esta manera encontramos que los tratados de Derechos humanos suscriptos por Argentina e incorporados al plexo constitucional, contienen normas penales fundamentales para el tema a analizar, consagratorias del derecho a la libertad y seguridad personales, derechos que pueden ser restringidos por el Estado pero no pueden ser arbitrarios y que son imposibles de evadir a la hora de regular el encierro preventivo.

¹³ ALBANESE, Susana. Garantías Judiciales. Ed. Ediar. Bs. As. 2000. P. 50

En cuanto a la jurisprudencia internacional, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado los fundamentos que justifican la imposición de la prisión preventiva durante un proceso penal.

La CIDH entendió que la prisión preventiva constituye la medida más severa que pueda aplicarse a una persona acusada de un delito, por lo que *“su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, pues es una medida cautelar, no punitiva”*¹⁴. Así sostuvo que la regla es la libertad durante el proceso penal, y que para que corresponda una restricción a la libertad, el Estado debe probar y fundamentar debidamente la existencia de los requisitos exigidos por la Convención americana de Derechos Humanos, y siempre que esta restricción sea de interpretación restrictiva.

En el mismo sentido, en el caso *Suarez Rosero Vs. Ecuador*, la CIDH ha dicho que *“del artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”*, y también que *“las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la convención americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar*

¹⁴Corte IDH. Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador. 1997.

que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.”¹⁵

La misma Comisión, en su informe 86/09, ha dicho que *“la limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesa, propios de la respuesta punitivista.”*

En cuanto a los fines, la misma CIDH ha dicho que *“la privación de la libertad de un imputado no puede residir en fines preventivos generales o preventivos especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”¹⁶*. El riesgo debe existir en el caso concreto y debe estar fundado en circunstancias objetivas, ya que *“la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito”¹⁷*

¹⁵ Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina.

¹⁶ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez Vs. Ecuador.

¹⁷ CIDH. Informe 35/07. Uruguay.

En este contexto, queda claro para la CIDH, que la aplicación de una medida cautelar no debe tener en cuenta las características personales del autor y la gravedad del delito, en el caso López Álvarez ya citado, la corte dice que *“las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputan o son por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.”* Por esta misma razón es que la CIDH descarta de plano que una medida restrictiva de la libertad pueda justificarse en fine preventivos o de “alarma social” o por “la repercusión social del hecho”. *“Estos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia.”*¹⁸

También encontramos jurisprudencia de la corte con respecto al principio de proporcionalidad, a los efectos de evitar que una persona procesada sufra un mal mayor que el que le implicaría una sentencia condenatoria. *“La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad...se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia.”*¹⁹

Es en virtud de este principio de proporcionalidad que con respecto al plazo razonable la Corte ha dicho que *“el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe*

¹⁸Op. Cit. CIDH. Informe 35/07. Uruguay.

¹⁹Op. Cit. CIDH. Informe 35/07. Uruguay.

*valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”*²⁰

En el orden nacional, la Corte Suprema se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la aplicación del encarcelamiento preventivo. En cuanto a los fundamentos, en el caso “Esteves José Luis s/excarcelación” (causa 33769), ha dicho que *“la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que se precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado”*.

En el mismo sentido, sostuvo que *“la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva”*²¹, agregando que *“la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas – por mas aberrantes que puedan ser – como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia antes la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, desvirtúa la*

²⁰ Corte IDH caso Bayarri Vs. Argentina.

²¹CSJN. Caso Nápoli, Erika y otros s/infracción art 139 bis del CP. Sentencia del 22/12/1998.

naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada..”²²

La corte también se refirió en varias ocasiones al plazo máximo de duración del encierro preventivo. Ha dicho que *“el plazo límite no es aplicación automática, y la tarde de determinar si la detención ha dejado de ser razonable debe realizarse analizando la legislación procesal para otorgar la excarcelación”*.²³ También se ha manifestado afirmando que *“la sola referencia a la pena en abstracto que corresponde al delito imputado no es fundamento suficiente para denegar la excarcelación, siendo necesario exponer circunstancias concretas que permitan inferir un peligro de fuga real”*²⁴

Queda claro en este apartado entonces, que la jurisprudencia, internacional y local, ha acompañado las recomendaciones de los tratados y organismos internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, y como veremos más adelante, el uso de la prisión preventiva por los tribunales inferiores no ha disminuido en absoluto, y el crecimiento de la población carcelaria no ha cesado, y es por ello que las practicas inquisitivas han perdurado más que nada por los reclamos por mayor seguridad.

²²CSJN. Caso Nápoli, Erika y otros s/infracción art 139 bis del CP. Sentencia del 22/12/1998.

²³ CSJN. Caso “Bramajo, Hernán Javier s/excarcelación”. Sentencia del 12/12/96.

²⁴CSJN. Caso “Trusso, Francisco Javier s/excarcelación”. Causa 91.833/51. 2003

iii) El valor de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

La Corte suprema de Justicia ha establecido que la interpretación de las normas del derecho internacional de los derechos y humanos formulada por los órganos de aplicación de los tratados debe ser una guía para los tribunales locales, por lo cual la jurisprudencia y las decisiones tomadas en ámbitos internacionales deben ser tenidos en cuenta en el ámbito local. En este sentido, por ejemplo, en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich, la Corte afirmó que “la interpretación del alcance de los deberes del Estado que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia producida por los órganos encargados de controlar el cumplimiento de las disposiciones de dicho instrumento internacional”.

Este fallo forma parte de una progresiva apertura que nuestro ordenamiento nacional ha tenido hacia el derecho internacional de los derechos humanos en los últimos años, que tiene como primer fundamento al principio de derecho internacional público denominado “*Pacta Sunt Servanda*”, que indica que si un Estado ha suscripto y ratificado un tratado internacional, debe cumplirlo de buena fe.

En este camino aperturista se expresó la corte en el fallo “Espósito” (2003) al sostener que el caso la decisión de la Corte IDH resultaba “*de cumplimiento obligatorio*”

*para el Estado Argentino (art. 68.1 CADH) por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”*²⁵

El mismo criterio fue sostenido en el fallo “Simón” (2005), en el cual se afirmó que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como las directivas de la CIDH constituyen una *“imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones de la Convención americana sobre Derechos Humanos”*.²⁶

En el fallo “Mazzeo” (2007) es en donde aparece por primera vez la referencia al “Control de Convencionalidad” ya no como una “guía”, sino como una doctrina que obliga a todos los jueces locales de los países firmantes del Pacto de San José de Costa Rica, a ejercer un control de sus decisiones teniendo como referencia la Convención Americana. En este fallo se dijo que *“El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.”*²⁷

²⁵ CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 18/11/2003.

²⁶ CSJN. SIMON, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros. Causa 17.768. 14/07/2005.

²⁷ CSJN. MAZZEO, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad. 13/12/2007.

Otro fallo trascendental que confirma la tendencia aperturista al Sistema Interamericano de Derechos Humanos se produce en el caso “Videla” (2010), cuando se afirma que “...esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²⁸

En tanto, en “Rodríguez Pereyra” (2012), la Corte planteó de forma categórica la obligación de los países firmantes de ejercer dicho control de convencionalidad y de anteponer el derecho internacional a las leyes locales que se les oponga, “pues resultaría un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional, que por un lado confirma el rango constitucional a la Convención (art.75, inc. 22), incorpora sus disposiciones de derechos interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH – que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos

²⁸ CSJN. VIDELA, Jorge Rafael y MASSERA, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. 31/08/2010.

*tribunales ejerzan examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.*²⁹

En el caso “Mohamed” (2015), se continúa en esta misma línea: “...a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art.75, inc.22, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ella, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art.68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional”³⁰

Esta misma posición de apertura y obligatoriedad hacia la jurisprudencia internacional fue compartida también por otros tribunales latinoamericanos, marcando una clara tendencia en los últimos tiempos hacia la protección de los derechos humanos.

²⁹ CSJN. RODRIGUEZ PEREYRA, c/ Ejército Nacional. Sentencia del 27/11/2012.

³⁰ CSJN. Resolución 477/15.

CAPITULO III: Marco normativo y realidad en Argentina.

i) Marco normativo vigente.

Ya vimos cuales son los principios y articulados que regulan la prisión preventiva a nivel Constitucional. En el Código Procesal Penal Nacional se encuentra regulada por los artículos 312 y siguientes. Asimismo, La Ley 24390, modificada por ley 25340, reglamenta el plazo máximo de dos años, derivado del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el ámbito de la provincia del Neuquén, y en consonancia con los mismos principios, el Código Procesal Penal de la Provincia, dispone en su artículo 114 que “Se podrá aplicar la prisión preventiva cuando las demás medidas de coerción sean insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, siempre que existan elementos de convicción suficientes para sostener que el delito se cometió y se pueda considerar razonablemente que el imputado es autor o partícipe. El fiscal o el querellante deben acreditar alguno de los siguientes supuestos: 1) Que la medida resulta indispensable por presumir que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga). 2) Que el imputado obstaculizará la investigación (peligro de entorpecimiento). 3) Que el imputado pueda poner en riesgo la integridad de la víctima o de su familia. El Juez debe controlar la legalidad y razonabilidad del requerimiento, y resolver fundadamente respecto de cada supuesto que motive la concesión o denegación de la prisión preventiva.”

En cuanto al peligro de fuga, el Artículo 114 bis agrega que se deben tener en cuenta lo siguiente: “ 1) El arraigo del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de su familia y negocios o trabajo, las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en su arraigo. 2) Las características del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento. 3) La solidez de la imputación formulada respecto del imputado y la calidad de la prueba reunida en su contra. 4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la persecución penal, y, en particular, si incurrió en rebeldía, o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio.

En cuanto al peligro de entorpecimiento, su Artículo 114 ter dice que se tendrá en cuenta la “presunción fundada de que el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Por otro lado, el Artículo 114 quáter agrega algunos supuestos para determinada la peligrosidad procesal basados en los siguientes caracteres: “Riesgo para la integridad de la víctima o de su familia. Para decidir acerca del riesgo para la integridad de la víctima o de su familia, se debe tener en cuenta, entre otras pautas, la existencia de: 1) Amenazas, atentados o hechos violentos realizados por el imputado en contra de la víctima o de su familia. 2) Incumplimiento, por parte del imputado, de otras medidas cautelares no

privativas de la libertad que se hayan ordenado en protección de la víctima, previstas en el Artículo 113 de este Código o en las Leyes 2212 -de violencia familiar- y 2786 –Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres.”

ii) La Situación en Argentina. Datos Estadísticos.

Se dijo más arriba que existía un consenso sobre el uso generalizado de la prisión preventiva, para ello se tendrán en cuenta datos estadísticos de diversos informes de organismos internacionales, de los cuales surgen datos impactantes del gran porcentaje de personas privadas de su libertad sin condena. Estas estadísticas nos muestran una realidad distinta a lo que proclama la doctrina, muy alejada de los principios constitucionales proclamados y alejados de los fundamentos jurisprudenciales interamericanos.

Por un lado se configura un uso de la prisión preventiva como regla y no como excepción, y donde prima el hacinamiento y las malas condiciones de detención. Los procesados no son separados de los condenados, los lugares de detención no son adecuados, y los plazos razonables no son cumplidos.

En este sentido Nicolás Schiavo nos dice que *“pese a los significativos esfuerzos doctrinarios, legales y jurisprudenciales dirigidos a limitar su aplicación a los casos*

estrictamente necesarios, la misma sigue operando en un grupo determinado de caso como una regla general del proceso.”³¹

Se vislumbra de esta manera que el encarcelamiento preventivo funciona mas como sanción penal que como medida precautoria, al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: *“solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción, no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerando este fenómeno de cara a la realidad, la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de la libertad, se desarrollan en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones, la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva.”³²*

El uso inadecuado y desmesurado del encarcelamiento preventivo, sumado a las condiciones inadecuadas de detención, la no creación de centros de detención especiales que separen a los procesados de los condenados, deja en evidencia que la realidad fáctica Argentina no se condice que las normas y recomendaciones de los organismos internacionales de Derechos humanos, no cumpliéndose los principios y sus presupuestos que la doctrina recomienda.

³¹ SCHIAVO, Nicolás. “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires – Análisis Doctrinal y Jurisprudencial” Ed. Hammurabi. Bs As. 2015. P. 598.

³² “López Álvarez vs Honduras”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 01/02/2006. Voto de Sergio García Ramírez, disponible en la web: www.corteidh.org.cr

Muchos autores han abordado el análisis sobre las causas de esta realidad. Llovet Rodríguez entiende que existe una corriente neopunitivista que culpa al exceso de garantismo de los modelos procesales del “acusatorios” o del “debido proceso”. Dicho con sus propias palabras, *“la propuesta estrella del neopunitivismo es la extensión de la prisión preventiva, con la justificación de garantizar la seguridad ciudadana de modo que dicha medida cautelar no tenga un carácter excepcional”*³³. Sin embargo, lo estas corrientes no toman en cuenta son las causas sociales de ese supuesto aumento de la criminalidad, la exclusión social, y los factores que la generan.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha dicho, en el caso “Bayarri vs. Argentina”, que la expansión del uso inadecuado y masivo de la Prisión Preventiva resulta de lo que puede denominarse *“...desesperación y exasperación de la sociedad – de la opinión pública o las corrientes que informan o administran – frente al auge de la delincuencia. El temor que esta impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales de control social, sugiere la legislador una vis sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz, imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis...”*³⁴Es destacar en esta cita, la aclaración de que la “sociedad”, la constituye en cierta medida la “opinión pública”, y ésta es configurada por

³³ LLOVET RODRIGUEZ, Javier, “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano” IUS. Revista del ICJ Puebla, disponible en la web: www.redalyc.org

³⁴ “Bayarri vs. Argentina”. CIDH. 30/10/2008. Voto de Sergio García Ramírez, disponible en www.corteidh.org

las “corrientes que informan o administran”, colocando de esta forma a los medios de comunicación masivos en un lugar de responsabilidad social que también debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar la realidad y el origen social del delito. En este sentido, la misma CIDH, en un Comunicado de Prensa del 2016, sobre una visita realizada a la Argentina, manifestó su preocupación por el problema de la prisión preventiva, diciendo que el aumento del uso de la prisión preventiva se debía a tres cuestiones: políticas criminales que proponen el endurecimiento de las penas y el encarcelamiento; la falta de independencia y de políticas específicas en el sistema de defensa pública, y la presión de los medios de comunicación y de la misma opinión pública para encarar la inseguridad ciudadana a través de la prisión.³⁵

En este punto entonces cabe resaltar que para realizar un análisis adecuado de la situación actual del uso y abuso de la prisión preventiva, debemos ir más allá de lo doctrinario y jurisprudencial, y abrir el debate hacia otras disciplinas como la sociología, las ciencias políticas, la criminología y la historia. Haremos mención en otro apartado, cuando analicemos las políticas de reformas y contrarreformas en los modelos procesales penales, como desde estas disciplinas pueden comprenderse los orígenes de los encarcelamientos masivos y más que nada, las causas sociales de la criminalidad.

³⁵ Comunicado de Prensa de la CIDH, disponible en la web:
www.oas.org/es/cidh/comunicados/2016/151.asp

En cuanto a lo datos estadísticos, existen informes del sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la Pena³⁶, que arrojan los siguientes datos: en el informe realizado en Buenos Aires en 2016, se dispone la existencia de un total de 33.698 personas privadas de la libertad, de las que 16.672 son procesados. En un informe del Servicios Penitenciario Federal del mismo año³⁷, se puede observar un porcentaje del 76% de procesados y 26% de condenados.

Por su parte, en un informe elaborado por la Procuración Penitenciaria de la Nación para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las medidas dirigidas a la reducción de la prisión preventiva en la Argentina del año 2014, surge que un porcentaje superior al 20% de los presos preventivos llevaban detenidos más de dos años sin sentencia firme; en el caso del Servicio Penitenciario Federal, un porcentaje total del 60,4% de los detenidos eran presos preventivos para el año 2014, siendo de 61% para el año 2016. Por otro lado en ese mismo informe se concluye categóricamente que *“el abuso de la prisión preventiva se agudiza en el caso de algunos colectivos específicos, como son las mujeres y los jóvenes adultos”*³⁸. Por otro lado también se observa que en un periodo de 8 años, de la cantidad de muertes en cárceles del servicio penitenciario, el 47% eran presos preventivos.

³⁶ Sistema Nacional de Estadísticas Sobre Ejecución de la Pena. Disponible en web: www.sail.gob.ar

³⁷ Sistema Nacional de Estadísticas Sobre Ejecución de la Pena, Informe Anual del Servicio Penitenciario Federal. Disponible en web: www.sail.gob.ar

³⁸ Informe a la CIDH sobre Prisión Preventiva, efectuado por la Procuración Penitenciaria de la Nación. Año 2016. Disponible el web: www.ppn.gov.ar

De acuerdo a la Relatoría sobre los Derechos Humanos de la CIDH, para el mismo año 2016, consta que para Diciembre del año 2015, se registraba un total de 71.464 personas detenidas en todos los servicios penitenciarios del país, siendo que el 51% de esas personas se encontrada en prisión preventiva y sin sentencia firme, significando un aumento del 16% de acuerdo al mismo informe del año 2010, marcando una tendencia al encarcelamiento muy marcada de aumento de la población carcelaria, lo que impacta negativamente en las condiciones de detención de los centros carcelarios, generando situaciones de hacinamiento, de detenciones en lugares no preparados para esa función, como comisarías y establecimientos policiales. Por su parte la CIDH manifestó su preocupación por el hecho de que aproximadamente la mitad de las personas privadas de la libertad está bajo prisión preventiva, siendo a diciembre del año 2015, el 51% en el ámbito federal, nacional y provincial, y del 56% en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

La ONU, a través del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, realizó una crítica por el uso excesivo de la prisión preventiva en Argentina.³⁹En una visita oficial entre los días 8 al 18 de mayo del año 2017, se concluyó que el marco legal que debe imperar no se ve reflejado en las prácticas del Poder judicial que tiende a otorgar la mayor parte de las solicitudes de prisión preventiva, que los detenidos preventivamente constituyen alrededor del 60% de la población carcelaria; que muchas veces excede el límite de dos años de prisión preventiva; que se encontraron personas que pasaron de cuatro a seis años en prisión preventiva; que no había separación de entre procesados y condenados debido a la falta de

³⁹ Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria (GTDA): Hallazgos preliminares de la visita a la Argentina. (8 al 18 de mayo el año 2017). Disponible en web: www.ohchr.org

espacio, y que “dicha información de la prisión preventiva en una pena de facto sin mediar condena alguna es una violación de las disposiciones del Artículo 10.2.b. del Pacto.”

Por su parte, el CELS nos muestra datos del ámbito de la provincia de Buenos Aires, de los años 2000 a 2017, de lo que surgen que desde 2014 a 2017 se ha reducido lentamente el porcentaje de personas detenidas sin condena, del 61% del 2014, se paso a un 54% para el año 2017. De acuerdo al mismo informe la superpoblación carcelaria supera el 200%.

Tal como muestran las estadísticas, el funcionamiento del sistema penal nacional se caracteriza por la aplicación generalizada de la prisión preventiva. De acuerdo a Paula Litvachky y Damián Zayat, “tras ello se ha escondido la incapacidad para dar respuesta a los conflictos sociales que llegaban a la justicia.”⁴⁰ En cierta forma, dicen los autores, la prisión preventiva, y no la condena, es asumida por la víctima como una medida esencial que garantiza su derecho a la justicia y a la reparación. El juicio oral y público ha dejado de tener valor sobre todo porque lleva mucho tiempo después de ocurrido el hecho.

Los índices de resolución de causas penales se han mantenido siempre muy bajos. En el ámbito nacional, por ejemplo, para el año 2003 solo el 5% de los casos del fuero de instrucción criminal se elevaron a juicio oral, y solo el 0,65% llegaron a sentencia. En la justicia federal, para ese mismo año, el 2,57% de los casos tramitados llegaron a juicio oral.

⁴⁰ LITVACHKY, Paula y ZAYAT, Demián. “El debate en torno a la prisión preventiva y la impunidad”. Programa Justicia Democrática. CELS.

⁴¹. También de acuerdo a estos autores, en cuanto a los datos específicos relacionados con la Prisión Preventiva, los datos coinciden con los informes anteriores, marcando casi un 50% de población carcelaria a nivel nacional con prisión preventiva y un 80% en la provincia de Buenos Aires.

En este contexto, se comprende claramente que el uso extraprocésal de la prisión preventiva ha sido la causa de la superpoblación carcelaria. Su uso generalizado durante los últimos veinte años, es lo que se ha configurado como principal herramienta contra el delito y la criminalidad.

⁴¹ Datos citados por LIVTACHKY, Paula y ZAYAT, Demián. "El debate en torno a la prisión preventiva y la impunidad". Programa Justicia Democrática. CELS.

- **CAPITULO IV: Doctrina y modelos procesales. Principio de inocencia vs. Prisión Preventiva.**

i) Criterios Procesalistas y Sustantivistas.

Existen dos corrientes dogmáticas bien diferenciadas del pensamiento penal que han dominado el debate sobre la Prisión Preventiva. La primera, llamada *procesalista*, postula y entiende que el instituto de la prisión cautelar debe ser un instrumento excepcional de estricto uso procesal, por lo que resalta su naturaleza jurídico procesal, dejando de lado criterios penales sustanciales, tales como la personalidad del sujeto enjuiciable o su reincidencia en el delito, y postulando que los objetivos del encierro preventivo nunca pueden perseguir objetivos del derecho penal material.

De acuerdo a esta corriente, *“la prisión provisional no puede asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena ... las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculgado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación.”*⁴².

En el mismo sentido, Cafferata Nores ha dicho que *“en el sistema jurídico argentino hoy se admite la posibilidad excepcional de privar al imputado de su libertad durante el proceso, solo cuando es absolutamente indispensable para asegurar alguna medida de*

⁴² BACIGALUPO, Enrique. “El Debido Proceso Penal. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2007. P. 62-63

investigación y la actuación de la ley penal, legitimándola únicamente como una medida cautelar de esos fines del proceso.”⁴³

Esta corriente procesalista es la que ha generado más adhesiones en la doctrina, encontrando su sustento constitucional en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional. En este sentido, el artículo 18 de la Carta Magna dispone que “ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, en tanto que el artículo 7, inciso 5° de la Convención americana de Derechos Humanos reza que la libertad del imputado “...podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”, y el artículo 9, inciso 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sostiene su excepcionalidad: “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”, resaltando su carácter excepcional.

La otra corriente dogmática conocida como “sustantivista” o “sustancialista”, sostiene que el encierro cautelar puede cumplir funciones propias del derecho penal material, sustantivo, o de fondo, excediendo los límites procesales y otorgándoles al instituto funciones más amplias que las estrictamente procesales, siendo éstas la anticipación de la pena, la prevención de la reincidencia o reiteración delictiva, y de esta manera disminuir la tasa de delictuosidad, mediante el encierro del sospechado. La justificación del encierro preventivo dentro de esta corriente busca en cierta medida enviar

⁴³ CAFFERATA NORES, José I – FRASCAROLI, María Susana. En “Ejercicio Concreto del Poder Penal”, Ed. Mediterránea, Córdoba. 2006.

un mensaje simbólico de “mano dura”, desnaturalizando en cierta forma la naturaleza procesal de la medida y otorgándoles una inclinación punitivista desde el lado de la justificación como un instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos, lo que Ferrajoli denomina “una ilegítima pena sin juicio”.⁴⁴

En este sentido, nos encontramos con que si bien en la doctrina existe cierto consenso en cuanto a no desnaturalizar la medida y no perder de vista sus fines netamente procesales, vemos como en la práctica los criterios de justificación son en gran medida sustancialistas, aplicándose en forma combinadas factores como la gravedad de la pena, la posibilidad de que la condena no sea de ejecución condicional, la declaración de reincidencia, la excarcelaciones anteriores, las características del hecho y las condiciones personales del imputado. Todos criterios subjetivos que hacen a la presunción de una peligrosidad y no a su certeza, deteniéndose en analizar al sujeto y no a los hechos concretos.

ii) Posturas Abolicionistas y Compatibilistas.

Dentro de los antecedentes doctrinarios, nos encontramos entonces con que el principal debate encuentra su origen en el grado de armonización del principio de inocencia y la prisión preventiva.

⁴⁴ FERRAJOLI, Enrique. “El debido proceso penal”. Ed. Hammurabi. Bs As. 2007.

Las tesis abolicionistas son las posiciones mas extremas que sostienen que es imposible armonizar el principio de inocencia con la prisión preventiva. Dentro de estas últimas podemos destacar aquellos que optan por la eliminación del principio de inocencia, tales como los juristas del fascismo y nacionalsocialismo, posturas que han perdido fuerza y vigencia a partir de la evolución del Derecho Internacional en materia de Derechos humanos, y aquellos que postulan que lo que se debe eliminar es la prisión preventiva.

Estos últimos, fundamentan su posición en que no es posible armonizar la figura de la prisión preventiva con los principios constitucionales. Lo que estaría en debate en este punto es básicamente los alcances del principio de inocencia.

Dentro de aquellos autores que plantean la tesis de la supremacía del principio de inocencia, Ferrajoli es quien representa la tesis abolicionista de manera mas clara, al apuntar que “...no sirve para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables”⁴⁵. Básicamente, concluye, la cárcel preventiva contradice el principio *nulla poena sine iudicio*, y sostiene entonces la imposibilidad de la armonización. Es decir, la cárcel preventiva contradice el principio de inocencia, imposibilitando su armonización, resultando, en palabras de Ferrajoli, un “fraude de etiquetas”, y una pena y castigo sin juicio.

⁴⁵ FERRAJOLI, I. “Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal”. Ed. Trotta. 1995.

Esta postura es sostenida en Argentina principalmente por Gustavo Vitale y Eugenio Raúl Zaffaroni, entre otros, quienes sostienen que la prisión preventiva implica una transgresión al derecho a la libertad, al necesario juicio previo, a las garantías constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio, igualdad ante la ley, y que implica una lesión al principio de inocencia, y por ende, una pena anticipada a la sentencia.

Los principales argumentos planteados por Vitale⁴⁶ se justifican en que la prisión preventiva viola el derecho a la libertad, al necesario juicio previo y al principio de inocencia, colocando a estos tres principios en una fuerte contradicción. El trato de inocente que supone la presunción de inocencia implica el respeto a la libertad personal. Por otro lado, se genera una desigualdad ante la ley con el procesado en libertad, que de esta manera se encuentra en mejores condiciones para ejercer su defensa personal.

En tanto, las teorías que toleran la coexistencia de ambas, fijando reglas de convivencia, son las llamadas teorías “compatibilistas”. Estas teorías son las que han sido recogidas en el plano supralegal, desde la entrada de vigencia de los pactos internacionales de Derechos humanos, los que proclaman el principio de inocencia pero admiten en forma expresa y bajo ciertas condiciones, la existencia de la prisión preventiva. Se tolera el instituto siempre y cuando su uso sea razonable, tanto en su duración como en sus fundamentos.

⁴⁶ VITALE, Gustavo. “Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie” Ed- Hammurabi, 2007.

En este sentido, el mismo Ferrajoli indica que la presunción de inocencia perdió parte de su contenido en su significado garantista como “*regla de tratamiento del imputado*”, y “*de ahí que hoy no alcance para abolir la prisión preventiva, sino sólo para excluir o restringir al máximo la limitación de la libertad personal*”⁴⁷

Las teorías “procesalistas”, por otra parte proponen que la prisión preventiva es una medida cautelar que busca la averiguación de la verdad para el bien común. La enmarcan dentro de la existencia de una posible armonización y compatibilidad con el principio de inocencia. En esta dirección es que se analizan los antecedentes legislativos y los pactos del derecho internacional, que proclaman la vigencia del principio de inocencia pero regulan y aceptan la prisión preventiva con los límites y principios ya mencionados. Es aquí en donde se cargan de sentido los términos “razonable”, la necesidad de la provisionalidad, subsidiariedad, y excepcionalidad.

Estas mismas posiciones las encontramos en el plano de la jurisprudencia. LA CIDH se ha pronunciado en el caso *García Ato vs Perú*, en que “*..el tribunal entiende que la prisión preventiva es las medidas más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual se aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensable en una sociedad democrática.*”, dejando en claro que se trata de una medida procesal, y no punitiva. En *Suarez Rosero vs Ecuador*, la misma corte mantuvo esta posición al decir que “*la prisión preventiva no debe ser regla general, porque*

⁴⁷ FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón- Teoría del garantismo penal”. Ed. Trotta, 1995.

se estaría cometiendo una injusticia al privar de la libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a aquellas personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos” (Corte IDH. Caso Suarez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.)

En el caso de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, encontramos distintos fallos que compatibilizan el principio de inocencia con la prisión preventiva, señalando por ejemplo que *“las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional...”* (Fiscal c Vila Nicolás y otros, 10 de octubre de 1996.).

iii) Modelos procesales penales.

Hemos visto el diferente trato que se le da en la doctrina al Principio de Inocencia y a través de él al instituto de la Prisión preventiva- Estos diferentes concepciones definen en la práctica, y tienen su correspondencia, con distintas formas de justificación político institucional.

De acuerdo a estos distintos aportes de la doctrina y jurisprudencia, y a su traducción en parámetros prácticos, es que podemos identificar claramente dos modelos de proceso penal

antagónicos y opuestos, determinados por el alcance que se le da, tanto en lo conceptual como su implementación práctica, a la Política Criminal del Estado.

Estos modelos procesales están relacionados directamente, y en forma general, con la clásica distinción entre modelos acusatorios e inquisitorios, de acuerdo al trato que se le da en cada uno a los imputados, sus derechos, facultades deberes, y sobre todo al lugar que se le otorga a los principios constitucionales de Inocencia y legalidad, y al valor que se le otorgue a la libertad personal.

El primer modelo lo denominamos, del “Debido Proceso”, y se caracteriza como aquel que valora y rescata los principios y garantías fundamentales, y separa, como ya hemos visto, el Derecho Penal sustantivo del adjetivo, o dicho en otras palabras, el derecho penal, del Derecho Procesal Penal. Este modelo sigue la doctrina “procesalista”, por lo que se aleja de perseguir todo fin sancionatorio, y el proceso aparece caracterizado como el puente que vincula el delito y la pena, y como un instrumento de análisis de la acusación, y como un medio de tutela, protección y garantía, en donde el encierro preventivo tiene carácter excepcional.

Al mismo tiempo, se libera al acusado de probar su inocencia, siendo el acusado sujeto de derechos y deberes, y primando los principios de oralidad, publicidad, defensa e igualdad en los actos procesales.

A esta altura queda claro que podemos identificar este modelo procesal con el paradigma procesal penal diseñado por la Constitución y reconocido por los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Sin embargo, mas allá de la doctrina y la jurisprudencia, lo cierto es que en la práctica no encontramos con que los criterios sustantivistas a la hora de considerar la aplicabilidad de esta medida de coerción procesal siguen más que vigentes, y configuran el otro modelo procesal penal antagónico al del Debido Proceso, y el que podemos identificar como modelo Procesal de “Control Social del Delito”.

Este modelo procesal penal se identifica con los sistemas inquisitorios, e donde se concibe a la política criminal como un espacio ilimitado e irrestricto a los fines de controlar el delito en todas sus formas. El proceso en este caso, es considerado una herramienta más del derecho penal sustantivo, ampliando sus funciones hacia la prevención del delito y su sanción anticipada, y donde se vulnera el principio de inocencia y el imputado es sujeto de deberes y no de derechos como en el modelo anterior. Es decir, la primacía, está puesta en el Estado por sobre el individuo.

A grandes rasgos, la regla en el modelo de Control Social de Delito, es el encierro procesal como castigo o pena anticipada ejemplificadora. El proceso de esta manera se vuelve un mecanismo autoritario en donde el imputado no goza de los derechos constitucionales, debe probar su inocencia y se vuelve un objeto de derechos y sujeto de deberes, con el argumento de “afianzar la justicia”.

iv) Doctrina del “Control de Convencionalidad”

Luego de analizar los diferentes modelos penales y las distintas posiciones doctrinarias, y de haber analizado las estadísticas y la situación del uso generalizado de la prisión preventiva, podemos notar el abismo existente entre el discurso y la realidad. En este punto es fundamental diseñar desde el derecho, una estrategia para la disminución de esa brecha, y pensar críticamente el rol de los juristas, abogados y jueces.

Creemos que la nueva doctrina del “Control de Convencionalidad” permite la aplicación efectiva y uniforme de los estándares elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia del encierro preventivo. Se trata de exigir a los jueces locales que efectúen no solo el control de constitucionalidad sobre la normativa infra constitucional, sino también que un control de convencionalidad, de la legislación interna en relación a la Comisión Americana de Derechos Humanos. Es decir, que los jueces no pueden prescindir de los resuelto por dicho órgano al interpretar la Convención.

Hemos visto más arriba como a partir de fallos emblemáticos, desde la misma Corte Suprema se ha propiciado en los últimos años una tendencia aperturista hacia esta doctrina. En este punto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, como intérprete último de la Convención, concluye que sus fallos tienen efectos generales, destacando el principio de igualdad que reza el artículo 24, y el artículo 68.1 que dispone que “los Estados Partes en la

Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Esta doctrina lo que exige es, en primer término, el conocimiento de los jueces no solo del contenido de los tratados de rango constitucional y de los estándares vigentes en materia de derechos humanos, sino también les exige que a la hora de resolver, la armonización debe existir también con la jurisprudencia existente en la materia. Es decir, luego de la tarea de identificación normativa propia de cualquier caso, o correlación del hecho con la porción del derecho aplicable al mismo, debe realizarse el control de convencionalidad entre la porción del derecho local aplicable y la fuente internacional, que comprendería no solo los tratados y declaraciones sobre derechos humanos sino también, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los fundamentos claves para comprender esta doctrina, se basa en que estas fuentes internacionales, surgieron en sus orígenes como un límite al poder de los estados, y que una de las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es asegurar dichos límites. La eficacia del control de convencionalidad, en definitiva dependerá del valor que se le asigne en el derecho local y en la praxis de los jueces, a los fallos internacionales vinculantes.

Sin embargo resulta muy difícil encontrar resoluciones judiciales en las que se analice la normativa interna en armonía con la normativa internacional, y menos con los fallos y la jurisprudencia internacional. Una de las razones de esta situación es mas que

nada el desconocimiento de los estándares vigentes en materia de derechos humanos por los encargados de aplicarlos, y es allí en donde se deben concentrar los esfuerzos conjuntos a la hora de garantizar estos derechos y principios fundamentales.

- **CAPITULO V: Propuestas de cambios y Reformas.**

- i) Los procesos de Reforma y Contrarreforma en América Latina.**

La regulación del instituto de la prisión preventiva ha sido central a la hora de plantear las reformas de los Códigos Procesales Penales en toda la región. Estas reformas, motivadas más que nada por los abusos de los sistema procesales penales inquisitivos, en el cual la prisión preventiva era usada como herramienta para presionar al acusado y lograr su “confesión”, facilitando el proceso de producción de la prueba, fueron una tendencia que se reflejó en las modificaciones de los modelos procesales y en los códigos procesales penales en toda Latinoamérica durante los últimos 30 años.

El sistema inquisitivo considerada al proceso penal completo, no sólo a la prisión preventiva, como una forma de presión al acusado, como una pena anticipada de una condena casi segura, en donde el juez de instrucción era el encargado de acusar, investigar y juzgar los riesgos procesales y de esta manera dictar la prisión preventiva. Por otro lado, el alto grado de formalismo del procedimiento escrito y la falta de límites temporales de la medida hacia que los procesos se prologaran en el tiempo, convirtiendo a la medida procesal en pena material.

Tanto los abusos que esta situación generaba, sumado a la poca eficiencia de un sistema penal desgastado, sumado al avance doctrinario en materia en Derechos Humanos,

fue configurando un contexto favorable para un proceso de reforma que afecto a gran parte de Latinoamérica, reemplazando estos sistema inquisitivos por modelos procesales de carácter acusatorio.

Estos cambios fueron dirigidos principalmente a la creación de nuevas instituciones y la separación de los roles que antes se encontraban concentrados en un solo funcionario judicial, creándose figuras como el juez de garantías, que separada las funciones antes concentradas en el juez de instrucción o el fiscal.

Otra de las reformas claves fue darle un papel protagónico en el proceso penal al juicio oral, público y contradictorio, respetando los avances y recomendaciones de los organismos de Derechos Humanos en materia de protección del debido proceso. En este sentido, la reforma de la constitución de 1994, y con ella la constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos, fue fundamental para allanar el camino hacia una adecuación de los códigos procesales a la normativa del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

De esta manera, se inicia un proceso de reformas de los sistemas procesales en el cual la regulación de la figura de la prisión preventiva sería el centro de debate. De una lógica de pena anticipada, se pasaría en la doctrina hacia la lógica cautelar compartida por la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, en la cual se reconocen los derechos y garantías fundamentales, enfocándose al reconocimiento de no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia, y destacándose sobre todo dos causales de

procedencia que ya hemos analizado, el peligro de fuga, y el peligro para la investigación o su obstaculización, ambas causales compatibles con las exigencias en materia de Derechos Humanos.

Sin embargo, en algunos Códigos procesales se incorporaron otras causales que escapan a la lógica cautelar, es el caso de los códigos procesales de Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador y Nicaragua, que establecieron que la reiteración de la conducta criminal era una causal a tener en cuenta para el dictado del encarcelamiento preventivo, justificado sobre todo por la alarma social que podía general en el ámbito de la seguridad ciudadana, desnaturalizando los objetivos y el funcionamiento de la medida, dejando abierta la posibilidad de regresar a las lógicas asociadas al sistema inquisitivo y de pena anticipada.

En el caso Argentino, es a partir del año 2005 en adelante en donde se comienza a notar una suerte de regresión a las políticas de encarcelamiento, motivadas sobre todo por las demandas de seguridad y la percepción generalizada del aumento de las tasas de criminalidad. Ya vimos como el abuso de la prisión preventiva y su uso por fuera de los parámetros recomendados por los tratados internacionales y reconocidos por la constitución, han generado una brecha entre la doctrina y la práctica. En este contexto, los sistemas procesales reformados se han visto cuestionados, acusándolos de garantistas, y argumentando que el giro hacia la protección de los derechos de los imputados han generado y facilitado la reincidencia y el aumento de la criminalidad. El rol de los medios de comunicación masivos, sumados a la espectacularidad de las noticias, han generado en la opinión pública una demanda del endurecimiento de las penas y los procesos de los

cuales los jueces y todos los funcionarios judiciales no se encuentran exentos, logrando en cierta manera que nuevamente la prisión preventiva sea vista como el principal instrumento contra el crimen y sobre todo, la medida más demandada de parte de la sociedad.

Este demanda de seguridad se traduce en modificaciones legales en los distintos sistema acusatorios, alejándose nuevamente de los ideales que inspiraron las primeras reformas hacia lógicas cautelares, incorporando criterios y normativas que lleva a facilitar en encierro preventivo y en algunos casos a no dejar alternativas al juez a la hora de decidir sobre esta medida. Estas modificaciones tienen entonces directa relación con el fortalecimiento de la persecución criminal, y apuntaron principalmente a regular y ampliar las causales de procedencia de las prisión preventiva, distorsionando sus fundamentos cautelares y facilitando su dictado.

La causal de procedencia que másha sido reformulada tiene que ver con el presupuesto del “*peligro de fuga*”, otorgando preeminencia a la gravedad de los actos y la pena en expectativa, incorporando criterios de procedencia que escapan a la lógica cautelar, centrando nuevamente la atención en el sujeto, y no en el objeto del acto, o como bien dicen Mauricio Duce y otros “*se han reconocido causales autónomas con una tendencia mas propia del derecho penal de autor, que el derecho penal del acto*”⁴⁸.

⁴⁸ DUCE Mauricio y otros. “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”. En: “Prisión Preventiva y reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas. CEJA. Bs As. 2009.

En esta dirección, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (IECIP),⁴⁹ se ocupó de relevar distintas jurisdicciones nacionales con distintos modelos procesales a los fines de analizar los criterios para el dictado de la prisión preventiva, encontrándose en que en la mayoría de los casos estos criterios sustancialistas primaban por encima de los criterios objetivos recomendados por la doctrina, advirtiéndose que en muy poco casos se valoró el informe socio ambiental del procesado recomendado por la doctrina del debido proceso, primando más que nada a la hora del dictado de la medida cautelar, la existencia de antecedentes penales, la reincidencia, la improcedencia de ejecución condicional, la gravedad del hecho investigado.

ii) El caso de Neuquén

En este contexto, en el año 2016, en la Provincia del Neuquén se reformó el Código Procesal Provincial, ampliando justamente los causales de procedencia del artículo 114, imponiendo mayores posibilidades de aplicar al prisión preventiva, incluyéndose argumentos tales como el arraigo, el peligro de fuga, el entorpecimiento de la investigación, las características del hecho, la pena en expectativa, todos parámetros o objetivos que le dan al juez mayor discrecionalidad a la hora de disponer de la medida. Sin duda esta reforma podría considerarse como una contrarreforma, al significar un retroceso en la legislación procesal de un Código que llevaba poco tiempo de vigencia y que fijaba la libertad como regla.

⁴⁹ Disponible el www.inecip.org

La Reforma modifica sobre todo el fundamento original de las medidas cautelares. Cuestionando principalmente su carácter subsidiario y excepcional, que al admitir la prisión preventiva “cuando el imputado pueda poner en riesgo la integridad de la víctima o de su familia”, y sobre todo al agregar dos nuevos artículos (114 bis y 114 ter) que definen qué cuestiones deberán tenerse en cuenta para decidir acerca del peligro de fuga y de entorpecimiento. El artículo 114 bis, en su inciso 2) admite que se tengan en cuenta “las características del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento”, como pauta indicativa del peligro de fuga. Otra de las modificaciones propone considerar como supuesto del peligro procesal que “realice atentados contra la víctima o la familia”, resultando un criterio material, que al decir de Nicolás Laino “...pretende cumplir con la prisión preventiva una finalidad de incapacitación general para cometer delitos..lo que llevaría a justificar siempre la prisión preventiva en delitos contra la propiedad o violencia en las personas, o delitos contra las personas como lesiones u homicidios o sus tentativas, arguyendo que el imputado podría volver a hacerlo, razonamiento equivocado pues indudablemente si pensamos que los puede volver a hacer es porque estamos considerándolo culpable de un delito por el que todavía no se los juzgó ni condenó.”⁵⁰

Sin duda, esta reforma implica mas castigo penal anticipado a inocentes, mas prisión para mayor cantidad de casos legalizando incluso fundamentos estigmatizantes como el arraigo, la posibilidad de tener trabajo o asiento de la familia y negocios, entre otros.

⁵⁰ LAINO, Nicolás. “Algunas reflexiones en torno a las regresivas propuestas de reforma del Código Procesal Penal de Neuquén”. En: Asociación Pensamiento Penal. Disponible en web.

Entendemos que este tipo de reformas se entiende dentro de una tendencia general en el marco de las contrarreformas de los códigos procesales penales de la región, y que responde a motivaciones de carácter político y social para llevar a re legitimar el poder represivo del Estado ante la opinión pública, en el marco de lo que David Garland denominó el “*giro punitivo de la penalidad contemporánea*”, y como “*gestos simbólicos del poder soberano*” que configuran una “*nueva confianza en las medidas, sobre todo el encarcelamiento incapacitante, diseñadas para castigar y excluir*”⁵¹

iii) Medidas alternativas.

La principal medida postulada por la doctrina como alternativa sustitutiva de la prisión preventiva es la caución, que constituye un medio mucho menos gravoso que la privación de la libertad y de este modo resguarda las garantías constitucionales, garantizando el proceso penal. En definitiva se trata de una garantía que otorga el acusado, que debe ser proporcionada de acuerdo a su situación económica y no debe ser abusiva. No hay que perder de vista que el objetivo de toda medida cautelar es asegurar la presencia del imputado en juicio. Esto es algo que se puede lograr no solo con el encierro, sino a través a través de la constitución de una fianza que puede ser de tres tipos: real, personal o juratoria.

⁵¹ GARLAND, David. La Cultura del Control Ed. Gedisa. 2001. P. 236.

De lo que se trata es de asegurar la presencia del imputado en el juicio, no de reparar el supuesto daño causado, por lo que la proporcionalidad debe ser independiente de la gravedad del hecho investigado y debe relacionarse con la situación personal del acusado.

La figura de la caución real, personal o juratoria, se postula como una de las alternativas las viables para evitar el abuso de la prisión preventiva. Pero igualmente es una medida que no resolvería en principio la causa del abuso del encarcelamiento preventivo, pero configuraría una opción que ejercería un alivio en la situación de muchos procesados.

Con el objetivo de limitar el abuso de la prisión preventiva, el Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales y Sociales elaboró una propuesta concreta basada en una serie de reglas y recomendaciones que nos parecen interesantes destacar en este apartado.

En primer lugar, es necesario que se produzca una modificación normativa, y una adecuación de los Códigos Procesales a los principios constitucionales, para no dejar lagunas que permitan una interpretación de normas procesales sustantivas que apliquen automáticamente la prisión preventiva. Por otro lado, dentro de esta adecuación normativa, se tiene que dar preponderancia a la audiencia oral, que es un instrumento fundamental para la materialización del derecho a defensa en juicio, rescatando más que nada el derecho a ser escuchado, a ejercer el principio de contradicción y de inmediación. La oralidad, aplicada en forma correcta, demuestra que los criterios sustancialistas no tienen lugar al momento de la argumentación del fiscal respecto de que existe peligro de fuga por el monto de la pena,

los antecedentes penales o el delito imputado (principales argumentos sustancialistas para aplicar la prisión preventiva), dado que son elementos que carecen de carácter probatorio.

El momento procesal en el que el fiscal debe pedir la prisión preventiva también es necesario regularlo. En la mayoría de los Códigos Procesales modernos se establece un plazo de 24 a 48 horas para requerir la medida. La importancia de esta audiencia es determinante para la protección de los derechos y para el cumplimiento de las garantías constitucionales. Esta audiencia de formulación de cargos es el primer acto procesal que permite, en su oralidad, la discusión sobre las condiciones de detención y sobre los peligros procesales e igualdad de condiciones.

Es de destacar que en este mismo procedimiento, la solicitud de la medida cautelar debe ser a petición de parte y resuelta por el juez, ya que en los sistemas en que se dicta de oficio lo que se pone en jaque es el derecho a defensa en juicio, lo que se ve garantizado en una audiencia de formulación de cargos, ya que genera que quien solicita la medida deba aportar las pruebas de la existencia del peligro procesal, y le da la posibilidad a la defensa a discutir dichas pruebas y a confrontarlas. Asimismo, una vez que se solicite la medida, es de obligación del fiscal explicar las el tiempo estimado que durará la medida acreditando su proporcionalidad y razonabilidad. Los plazos, en este punto, deben ser claros y explícitos de antemano, para un mejor seguimiento y avance de la investigación.

Por otro lado, es de fundamental importancia el garantizar la discusión sobre los lugares de detención. Ya vimos como la detención preventiva se realiza en comisarías, alcaldías y lugares no preparados para tal medida, violando los estándares internacionales y lo revisto en la ley 24.660 respecto a las condiciones de los establecimientos carcelarios. Es necesario en este punto, que se establezcan límites claros y se apliquen la ley en cuanto a la capacidad de alojamiento de los lugares de detención para evitar la superpoblación carcelaria y sus consecuencias.

Por último, y como otro factor importante a tener en cuenta a la hora de proponer un acercamiento de la teoría con la práctica, resulta de fundamental importancia la generación de información respecto a la situación real de la prisión preventiva. Es por ello que se necesita avanzar en los mecanismos e instituciones de supervisión que verifiquen el cumplimiento de esta medida sustitutiva de acuerdo a las recomendaciones internacionales, por un lado, y que sistematicen esa información para lograr una metodología que nos permita diferenciar los riesgos procesales del imputado con la tendencia a decretar de manera automática la prisión preventiva por no tener información de calidad.

Teniendo en cuenta estos elementos es como se pueden garantizar el principio de subsidiariedad y excepcionalidad del encierro cautelar, principios básicos ya analizados más arriba.

- **CAPITULO VI: Reflexiones sobre fallos recientes y debates pendientes.**

- i) Jurisprudencia “Irurzun”. ¿Nuevo causal para la Prisión Preventiva?**

El 17 de octubre del año 2017, se dictó una resolución de la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal en la causa “Larregina, Miguel A. s/ detención”, en donde se postuló una nueva causal que excede las recomendaciones de la CIDH que, como vimos, entiende que los únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, se basan en los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de las justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial.

En este caso concreto, el Juez de Cámara Martín Irurzún dijo en su voto que “...a la hora de examinar la presencia de riesgos procesales, no corresponda limitar el análisis al arraigo o la manera en que los involucrados se comportan formalmente en el proceso penal, sino que resulta especialmente relevante determinar si existen datos reales, concretos y objetivos que permitan razonablemente presumir que los lazos funcionales tejidos al amparo del acuerdo criminal se encuentran aún vigentes y pueden estar siendo utilizados en perjuicio de la investigación penal”, dando por tierra con las recomendaciones internacionales, y sobre todo, con la necesidad ineludible de acreditar fehacientemente el riesgo procesal. En ese mismo orden de cosas, ya vimos como la jurisprudencia internacional y de la Corte Suprema se ha ocupado de marcar el camino y evitar las “presunciones” como fundamento del dictado y aplicación de esta medida de coerción

personal. Por otro lado vemos como, en esta tesis, se exigen "elementos reales, concretos y objetivos", pero termina siendo aplicada en virtud de presunciones e indicios, que no son elementos reales, objetivos y concretos

Por otro lado, también sostiene que *“el encarcelamiento resulta la única alternativa viable para garantizar el éxito de esta investigación”* pero no justifica tal afirmación, encontrándonos nuevamente con vacíos argumentativos contrarios a las recomendaciones de la CIDH, sobre todo en lo relacionado con la búsqueda de medidas alternativas. En este sentido, la Corte IDH ha dicho que *“en los casos en que el fiscal solicite la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, debe sustentar la ausencia de viabilidad respecto a la aplicación de medidas alternativas.”*⁵²

Esta resolución esta dictada en el marco de una causa de alto impacto mediático que investiga serias denuncias de corrupción de ex funcionarios estatales de áreas claves de la administración pública, y es por ello que entendemos que encuentra su motivación más que nada en factores e intereses políticos que ejercen sobre la justicia, directa o indirectamente, una presión social que convierte al encierro preventivo como la principal arma de lucha contra el delito.

Siguiendo el análisis del voto de Irurzún, podemos concluir que todas aquellas personas que por haber ocupado cargos público u ocupar posiciones de poder, correrían

⁵² Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en la Américas. OEA. Don 105. 3/7/2017.

serio peligro se ser encarceladas preventivamente más allá de su conducta frente al proceso, vulnerando sus derechos y sobre todo el principio de excepcionalidad, inaugurando una nueva jurisprudencia cada vez más alejadas de los estándares internacionales.

ii) “Fontevecchia y otros c/ República Argentina”.

El 14 de febrero del el mismo año 2017, la Corte Suprema de Justicia, en el fallo dictado en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina` por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, se pronunció acerca de los límites de los organismos jurisdiccionales internacionales a la hora de modificar resoluciones de la Suprema Corte.

A partir de una solicitud de La Dirección de Derechos Humanos a la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana en la causa “Fontevecchia y otros c/ República Argentina”, para que se dejara sin efecto una sentencia firme del año 2001 en la cual la Corte Suprema confirmaba una condena civil por daños y perjuicios contra periodistas, la Corte resolvió desestimar el pedido de revocación, sosteniendo que “la sentencias dictadas en procesos contradictorios contra el Estado Argentino son ‘obligatorias’ y ‘vinculantes’, siempre y cuando...sean dictadas dentro del marco de sus potestades remediabiles...y sean sancionadas dentro de las funciones materiales que el art 63 de la CADH le concede a dicho órgano internacional”. Es decir, la Corte Suprema reconoce el valor jurídico que poseen las sentencias de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, pero ella misma decide al mismo tiempo cuándo la Corte IDH actúa dentro de las competencias del art. 63 de la Convención.

En este sentido, la Corte Suprema interpreta que el tribunal interamericano no puede revocar sentencias locales, y que ese mecanismo no se encuentra previsto en el articulado de la Convención, y que se ser así, se convertiría en un tribunal de “cuarta instancia”, excediéndose en sus competencias y reactivando un debate sobre el tema que puede tener indudablemente sus efectos en materia de Derechos Humanos.

A este respecto podemos encontrar dos posiciones encontradas. Por un lado, quienes ven en este fallo un giro en la tendencia aperturista de la Corte Suprema hacia el derecho y los estándares internacionales de Derechos Humanos, es decir, un cambio en la doctrina, justificado más que nada en el cambio de composición de los jueces de la Corte, y por el otro quienes cuestionan las competencias de la Corte Interamericana a la hora de revocar fallos de la Corte Suprema, sosteniendo que ese no fue el espíritu original de la Reforma Constitucional y del reconocimiento del status constitucional de los tratados reconocidos en el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), se ha pronunciado al respecto diciendo que *“la Corte suprema se ubica a sí misma como el único poder del Estado argentino cuyas decisiones no pueden ser evaluadas como violatorias de derechos humanos y por ende, puestas en crisis por el sistema interamericano de protección”*⁵³.

⁵³ CELS. Informe sobre la decisión de la CSJN en el caso Fontevecchia.

La segunda postura, en cambio. No solo desconoce las competencias de la Corte Interamericana, cuestionando la doctrina de la “cuarta instancia”, sino que va más allá y pone en jaque la Doctrina de “Control de Convencionalidad”, planteando un nuevo desafío a los jueces a la hora de justificar sus fallos basados en jurisprudencia internacional.

En definitiva, lo que vemos en este punto es que más allá de los debates doctrinarios y científicos sobre el tema, que exceden el objeto del presente trabajo, lo que se termina poniendo en discusión son los avances que se han logrado en los últimos años en materia de derechos humanos a nivel internacional, con los riesgos que ello puede aparejar a la hora de analizar la prisión preventiva y de pesar los estándares internacionales no solo como guía, sino como el camino obligatorio.

- **Conclusiones finales.**

A lo largo del presente trabajo hemos podido explorar conceptualmente el instituto de prisión preventiva, sus presupuestos de aplicación, sus principios, y su evolución en la doctrina de acuerdo a los avances internacionales en materia de derechos humanos. Vimos también como estos avances se fueron reflejando en las distintas posiciones doctrinarias y en diversos fallos en el fuero internacional que lograron conciliar distintas posturas para lograr un consenso en cuanto a sus razonabilidad y en sus condiciones de aplicación.

Sin embargo, a la hora de analizar estadísticamente la realidad en el ámbito del derecho argentino, vemos que a pesar de estos avances doctrinarios, su aplicación como medida cautelar se ha generalizado al punto de convertir a la prisión preventiva en la principal arma en la lucha contra el delito, desnaturalizando la medida, sus objetivos, y sus fundamentos, y desconociendo los estándares internacionales en la materia.

Creemos que es insoslayable realizar un análisis profundo de las razones de esta situación, que en principio se pueden encontrar en la presión social y en la alarma que se genera en la sociedad ante un supuesto aumento de la criminalidad y en la falta de respuesta de un sistema judicial saturado, pero que deben ir más allá e involucrar otro tipo de disciplinas para comprender en forma integral el problema. En este punto, resulta interesante ver como el aumento del uso de la prisión preventiva como medida de

encarcelamiento no se vio acompañado de un correlativo aumento de la delictuosidad,⁵⁴, lo que nos plantea el desafío de encontrar las fuentes y causas de este aumento de las políticas de encarcelamiento en otras causas más complejas.

Será necesario entonces que se analicen en profundidad, por un lado, los roles que los medios de comunicación masivos cumplen en una sociedad democrática a la hora de fomentar esa “opinión pública” que demanda medidas urgentes, y por otro lado, la necesidad imperante de generar políticas públicas responsables que logren redefinir el concepto de ciudadanía hacia una sociedad más inclusiva y menos estigmatizante.

En gran medida, creemos que la generalización del uso de la prisión preventiva se encuentra relacionada más que con un aumento del delito, con la mayor penalización de delitos menores, castigando y atacando sobre todo a las consecuencias sociales que significó en los últimos tiempos la disminución y el retiro de políticas públicas en sectores claves de la economía social.

En este contexto, creemos que el debate en torno a una medida de coerción personal como la prisión preventiva debe ir mucho más allá de plantear su abolición o su inconstitucionalidad, y de analizar sus argumentos a favor o en contra, sino que se trata de debatir nada más y nada menos el rol de las políticas públicas y la función de control social

⁵⁴ Según Dirección Nacional de Política Criminal. Servicio Penitenciario Bonaerense. Para el periodo 1990-2004, se produce un incremento exponencial de las personas privadas de libertad que no guarda relación con el aumento de los delitos registrados en la provincia, siendo que los fenómenos evolucionan de manera independiente. Ver en CELS. “Debates en torno a la prisión preventiva. Op. Cit.

del estado, comprendiendo que la práctica del derecho se inserta en contextos sociales complejos que determinan la praxis jurídica.

Para finalizar, y pensando en el rol de la práctica del derecho, nos resultan pertinentes las palabras de Raúl Zafaroni cuando dice que *“...en esta civilización del tiempo lineal, somos la Cruz Roja del momento de la política, y nadie puede reprocharnos que no eliminemos un hecho de poder cuando no disponemos del poder para hacerlo, como nadie en su sano juicio reprocha a la Cruz Roja que no haga desaparecer la guerra. Lo único reprochable sería que no optimicemos nuestro poder para contenerlo en los límites de una venganza razonable”*.

Bibliografía:

Doctrina:

- CARRARA, Francesco. “Programa de Derecho Criminal”, Ed. Temis. Bogotá. 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán, citado por FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo, “Garantías del Imputado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2008.
- LEVENE, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, Bs. As. Ed. Depalma, 1995.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Bs As, Ed. Del Puerto. Año 2000.
- D’ALBORA, Francisco J., en “Código Procesal Penal de la Nación”, Bs As, Ed. Abeledo Perrot, 2007.
- SCHIAVO, Nicolás. “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires – Análisis Doctrinal y Jurisprudencial” Ed. Hammurabi. Bs As. 2015. P. 598.
- MAIER, Julio, “Fundamentos del Derecho Procesal Penal”, 2º Ed. Bs As. Ed Del Puerto. 2004.
- MOLINA, Pablo Antonio. “Análisis crítico de la realidad fáctica Argentina sobre prisión preventiva a la luz de limitaciones derivadas de normas internacionales de Derechos Humanos. U.N. del Sur. 2015
- CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída. “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”. Comentado. Ed. Mediterránea. Córdoba. 2003.

- VIRGOLINI, Julio S. El derecho a la libertad en el proceso penal. Bs. As. Ed. Némesis, 1984.
- GARCIA VALDEZ, Carlos. Estudio de Derecho Penitenciario. Ed. Tecno. 1982-
- ABREU MENENDEZ, Manuel. “antecedentes legislativos e inconstitucionalidad de las normas mínimas”. Revista Criminalística. 1892. Citado por BOLAND, Hugo, en “Prisión Preventiva.”, Maestría en Ciencias Penales.
- ALBANESE, Susana. Garantías Judiciales. Ed. Ediar. Bs. As. 2000. P. 50
- La excarcelación y los demás institutos sustitutivos de la prisión preventiva. Ed. Contexto, 2011.
- BADENI, Gregorio. Instituciones de derecho constitucional. Buenos Aires. 2000
- BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución Reformada. Buenos Aires. Ediar 1998.
- EDWARDS, Carlos. Régimen de ejecución de la pena privativa de libertad. Buenos Aires. 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”. Trotta 5º Ed. 2001.
- MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal. Fundamentos. T I. Bs As. Del Puerto. 1996.
- ALBANESE, Susana, Garantías Judiciales, EDIAR. Bs. As. 2007.-
- Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: *Evaluación y Perspectivas* –publicado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, año 2008
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal. Tomos I y II, Córdoba. Ed. Lerner, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar; Manual de Derecho Parte General. Ed. Ediar. Bs. As. 2005.

- ALBANESE, Susana, Garantías Judiciales, Ed. Ediar, Bs. As. 2000.
- VILLANOVA, Marcelo. Algunos estándares internacionales en materia de prisión preventiva.
- LA ROSA, Mariano R. “*Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*” La Ley. 2012.
- SUPERTI, Hector Carlos, ‘*La peligrosidad procesal y la libertad del imputado*’ La Ley. 1996-D.
- BOVINO Alberto, ‘*El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos. En> “La aplicación de os tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*’ Editorial del Puerto 1997.
- FINZI, Marcelo. LA Prisión Preventiva. Editorial De palma 1952.
- MAIER, Julio, “Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal”. Lerner Editores asociados 1981.
- CAFFERATA NORES, José, “Proceso penal y derechos humanos”. Del Puerto. 2000. Tomo I. Del Puerto 1996.
- VITALE, Gustavo, Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie. Hammurabi 2007.
- VARELA, Casimiro. “Fundamentos Constitucionales del Derecho Penal.
- MARTINEZ Santiago, El dictado de la prisión preventiva en Argentina. En www.inecip.org.
- SORIA, Patricia. Hablando se entiende la gente, e AAVV. El Proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial Tomo II. NCEP. Rubinzal Culzoni 2008.
- GUSIS, Gabriela L. ‘*la prisión preventiva en Argentina, su aplicación como pena anticipada y las implicancias en el ámbito penitenciario*’ Ponencia CIDH. 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Origen y evolución del discurso critico en el derecho penal. UNR. 2002.

- LAINO, Nicolás. Algunas reflexiones en torno a la regresivas propuestas de reforma del Código Procesal Penal de Neuquén en materia de prisión preventiva. Disponible en internet. Asociación Pensamiento Penal. 2016.
- ROXIN, Claus. "Derecho procesal Penal" Ed. Del puerto. Bs. As. 2003.
- FERNANDEZ BALANCO, Carolina. Prisión preventiva, su adecuación al programa constitucional argentino. UBA. Buenos Aires. 2000
- INECIP. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales: El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina. Situación Actual y propuestas de cambio. 1 d. Buenos Aires. 2012.
- LIVTACHKY, Paula y ZAYAT, Demián. "El debate en torno a la prisión preventiva y la impunidad". Programa Justicia Democrática. CELS.
- BACIGALUPO, Enrique. "El Debido Proceso Penal. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2007. P. 62-63
- CAFFERATA NORES, José I – FRASCAROLI, María Susana. En "Ejercicio Concreto del Poder Penal", Ed. Mediterránea, Córdoba. 2006.
- FERRAJOLI, Enrique. "El debido proceso penal". Ed. Hammurabi. Bs As. 2007.
- FERRAJOLI, I. "Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal". Ed. Trotta. 1995.
- VITALE, Gustavo. "Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie" Ed- Hammurabi, 2007.
- BOLLAND, Hugo Roberto. "Prisión Preventiva". Tesis de Maestría en Ciencias Penales.
- DUCE Mauricio y otros. "La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva". En: "Prisión Preventiva y reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas. CEJA. Bs As. 2009.

- LAINO, Nicolás. “Algunas reflexiones en torno a las regresivas propuestas de reforma del Código Procesal Penal de Neuquén”. En: Asociación Pensamiento Penal. Disponible en web.
- GARLAND, David. La Cultura del Control Ed. Gedisa. 2001. P. 236.
- LLOVET RODRIGUEZ, Javier, “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano” IUS. Revista del ICJ Puebla, disponible en la web: www.redalyc.org
- De Clements, Zlata Drnas. “Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Cuarta instancia?. Trabajo expuesto en la XVIII Reunión Conjunta de Academias de Derecho de Argentina. 29/10/2009.
- DE ANTONI, Román. “¿Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo “Fontevicchia” de la CSJN sobre el valor de las decisiones del Tribunal ubicado en Costa Rica. Publica el blog “Palabras de Derecho”.
- MALARINO, Ezequiel. “Acerca de la Pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales nacionales”. En Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II. Ed. Por Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Disponible e. www.kas.de/rspla/es/publications/31766/
- GARGARELLA, Roberto. “La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial”. Barcelona. Ed. Ariel. 1996.
- HELMKE, Gretchen. “La lógica de la defección estratégica: relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la argentina en los períodos de la dictadura y democracia”. Desarrollo Económico, Vol 43. N° 170. Bs As, IDS. Jul-Sep.2003

Legislación:

- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación. Comentado. - TOMO I y II- FRANCISCO J.D'ALBORA-ABELEDOS PERROT- AÑO 2003.-
- Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén.

Jurisprudencia:

- Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003
- Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003
- Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007
- Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011
- Fontevecchia y otros c/ República Argentina, CSJ, 2017.
- Corte IDH, Caso Suarez rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Jorge Giménez Vs Argentina; 1 de marzo 1996.
- Estévez, J.L. s/ solicitud de excarcelación. Casusa N| 33769. CSJ, 1997
- Garcia Asto y Ramírez Rojas vs Perú. CIDH 25 de noviembre de 2005.
- Informe Comisión Interamericana de Derechos humanos, informe 86/09, disponible en la web.
- Informe sobre la prisión preventiva en las Américas. CIDH, 2013
- Comunicado de Prensa de la CIDH, disponible en la web: www.oas.org/es/cidh/comunicados/2016/151.asp

- Sistema Nacional de Estadísticas Sobre Ejecución de la Pena, Informe Anual del Servicio Penitenciario Federal. Disponible en web: www.sail.gob.ar
- Informe a la CIDH sobre Prisión Preventiva, efectuado por la Procuración Penitenciaria de la Nación. Año 2016. Disponible el web: www.ppn.gov.ar
- Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA. Doc. 46/13. 30/12/13
- CELS. Informe sobre la decisión de la CSJN en el caso “Fontevicchia y otros c/ República Argentina. 16/02/2017
- Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria (GTDA): Hallazgos preliminares de la visita a la Argentina. (8 al 18 de mayo el año 2017). Disponible en web: www.ohchr.org
- Corte IDH. Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador. 1997.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez Vs. Ecuador.
- CIDH. Informe 35/07. Uruguay.
- CSJN. Caso Nápoli, Erika y otros s/infracción art 139 bis del CP. Sentencia del 22/12/1998.
- CSJN. Caso “Bramajo, Hernán Javier s/excarcelación”. Sentencia del 12/12/96.
- CSJN. Caso “Trusso, Francisco Javier s/excarcelación”. Causa 91.833/51. 2003
- CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 18/11/2003.

- CSJN. SIMON, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros. Causa 17.768. 14/07/2005.
- CSJN. MAZZEO, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad. 13/12/2007.
- CSJN. VIDELA, Jorge Rafael y MASSERA, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. 31/08/2010.
- CSJN. RODRIGUEZ PEREYRA, c/ Ejército Nacional. Sentencia del 27/11/2012.
- CSJN. Resolución 477/15.
- CIDH. “López Álvarez vs Honduras”. 01/02/2006. Voto de Sergio García Ramírez, disponible en la web: www.corteidh.org.cr
- CIDH. “Bayarri vs. Argentina”. CIDH. 30/10/2008. Voto de Sergio García Ramírez, disponible en www.corteidh.org
- Cámara Criminal y Correccional Federal. Sala 2. “LARREGINA Miguel A. y otros s/ detención. 17/10/217
-

Otra bibliografía consultada:

- Eco, Umberto. (2004) *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*, Volumen 7 de Biblioteca de educación (Gedisa).: Herramientas universitarias, Ed. Gedisa Mexicana

