

## **DOCTRINA**

**TEMA: “Prisión Preventiva: Reflexiones sobre su uso y abuso”.**

**AUTOR: TALLARICO, AGUSTIN NICOLAS – DNI: 33.548.076 (Abogado litigante de la ciudad de Santa Fe).**

**INDICE**

*Introducción*.....pág. 3

*Consideraciones previas*.....pág. 5

*Libertad vs. Coerción Personal*.....pág. 6

*Cuestiones preliminares a la Prisión Preventiva*.....pág. 9

*Naturaleza Jurídica: ¿Cautela procesal o Sanción material?*.....pág. 11

*Características de la prisión preventiva*.....pág. 15

*Su aplicación en el C.P.P. de la Provincia de Santa Fe*.....pág. 18

*Aspectos críticos de la prisión preventiva*.....pág. 21

*La constitucionalidad de la prisión preventiva*.....pág. 23

*CONCLUSIONES*.....pág. 26

## **I. Introducción.**

En el funcionamiento de la justicia penal argentina, la utilización extendida de la prisión preventiva es un rasgo característico de suma importancia. En 2015, el “Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal” (SNEEP) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, relevó que los presos en prisión preventiva constituyen el 51% del total de la población privada de su libertad en sedes penitenciarias.<sup>1</sup> El SNEEP comenzó a existir en 2002, y no contamos con una estadística penitenciaria semejante para la totalidad del país en el pasado.

En el Primer Censo Nacional Carcelario de 1906, en el que el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública registró información de casi medio centenar de establecimientos carcelarios de todo el país, esto también se revelaba claramente: el 60% de la población carcelaria eran presos sin condena y sólo el 40% eran presos con condena. Esta centralidad de la prisión preventiva explica también el lugar relevante de la misma en el giro punitivo que experimentó la política penal desde mediados de la década de 1990 en adelante en Argentina. La tasa de encarcelamiento en la Argentina aumentó un 103% entre 1996 y 2005, pasando de 71 presos cada 100.000 habitantes a 144 presos cada 100.000 habitantes. En 2015, llegó a 169 presos cada 100.000 habitantes -un 17% más elevada que en 2005-.

Una de las piezas importantes de este giro punitivo, fue un conjunto de reformas legales en materia de derecho penal, derecho procesal penal y derecho de la ejecución penal, dirigidas a incrementar la punitividad que se dieron tanto a nivel federal como provincial, en el marco de unas periódicas olas de “populismo penal”; es decir, las reformas legales destinadas a amplificar el uso de la prisión preventiva a través de diversos tipos de cambios normativos, sobresalieron en este marco en algunas jurisdicciones. El peso del encarcelamiento preventivo, tanto en el pasado como en el presente, es muy significativo también simbólicamente.

Por definición, desde el punto de vista jurídico, la prisión preventiva debe ser una medida cautelar excepcional al interior del proceso penal, a los fines de asegurar la averiguación de la verdad y la aplicación de la eventual sanción penal. De allí que, desde su misma fundación jurídica, se encuentre al margen del ideal de la rehabilitación que atraviesa la prisión moderna, ya que estructuralmente no plantea una relación con dicha finalidad declarada, sino con la mera custodia. Esta cualidad la volvió y la vuelve una herramienta que posee una afinidad fuerte con el giro punitivo y los mensajes de incapacitación y neutralización de los ofensores que lo justifican en el terreno de los discursos políticos, legislativos, judiciales y mediáticos.

---

<sup>1</sup> No se incluyen en estos datos estadísticos las personas privadas de su libertad en sedes policiales. En líneas generales, quienes están detenidos en alcaldías y comisarías policiales en las diferentes jurisdicciones argentinas suelen ser en mayor medida presos sin condena que presos con condena.

En el desarrollo del presente trabajo, trataré como primera medida, de explicar brevemente el contexto que rodea a la aplicación de la prisión preventiva -tema que elegí desarrollar, pues considero que es uno de los ejes más controvertidos en el sistema procesal penal actual-.

En segundo lugar, haré un análisis pormenorizado de dicha medida cautelar de coerción personal en el proceso penal que ha generado y genera ciertos debates en torno a su aplicabilidad, procedencia y abusos en torno a ella.

En tercer lugar, en la medida que avancemos en el esclarecimiento de esta temática, mi intención no se agotará con la explicación de dicho instituto y las opiniones personales de quien escribe acerca del mismo, sino que la idea es ir más allá, enumerando las consecuencias que conlleva en la práctica, a nivel político, social, económico y cultural; las fricciones que se generan entre el poder jurisdiccional, el imputado y su derecho de defensa, sin dejar de nombrar la situación del llamado “preso sin condena”, fenómeno que se advierte en la práctica judicial.

Por último, apoyándonos en citas de juristas con vasta trayectoria en el tema, y sobre parámetros de política criminal elaborados por estudios de organismos internacionales (v.g. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), convocamos a un estudio crítico del tema, con la única finalidad de abrir el debate para reflexionar sobre la eficacia y conveniencia de una prisión preventiva que, como se verá más adelante al analizarla en profundidad, pareciera que muchas veces su finalidad se ve distorsionada, dejando entrever vestigios de aquel sistema inquisitivo.

## **II. Consideraciones previas.**

La preservación de la libertad personal es la regla general a observar durante el trámite del proceso penal. Se trata del derecho del imputado a permanecer o recobrar, respectivamente, su libertad ambulatoria durante el trámite del proceso penal; en ella, se reconoce al derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona, de determinar la propia voluntad, y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima.

Como dijimos, se trata de un derecho y no de una mera concesión o beneficio, otorgado por la ley de formas; conceptualmente, cabe señalar que, al igual que todos los derechos en el marco del orden jurídico, este derecho no reviste carácter absoluto ya que tiene, como es lógico y coherente en el juego de contrapesos constitucionales, posibles restricciones.

Ahora bien, las limitaciones factibles se deberían conectar, de modo exclusivo, con lo que la doctrina procesalista denomina “*peligrosidad procesal*”, esto es, el peligro cierto, obtenido de elementos objetivos (no vale aquí la mera subjetividad del juez), de que el imputado intentará eludir el cumplimiento de la eventual sentencia de condena o bien que obstaculizará el curso de la investigación. Sólo pueden fundarse en la necesidad de garantizar los fines del proceso penal, es decir: la correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal.

Nos preguntamos entonces, ¿cuál es la razón por la que la prisión preventiva no debe extenderse más allá de estos supuestos? La respuesta es sencilla, y por todos conocida: la imposibilidad de reparar el perjuicio derivado del sometimiento a prisión sin sentencia de condena firme; es claro que, en tanto sea mantenida privación de libertad, la prisión “provisional” será un instrumento válido si se la aplica solamente en los supuestos delimitados, de un modo estricto por su excepcionalidad funcional. Esto significa, sobre todo, que el aseguramiento de la función de última ratio del encarcelamiento preventivo, exige que se lo restrinja únicamente a su tarea procesal.

Sin embargo, ello no es suficiente, si lo que se pretende es evitar la utilización desviada o patológica de este instrumento. En efecto, para que sus funciones sean realmente excepcionales, es preciso que la duración del proceso esté enérgicamente limitada por plazos de verdad fatales, pues, no basta con declamar que el encarcelamiento preventivo es excepcional y subordinado al aseguramiento de temores procesales, para evitar el riesgo de que se abuse de esos peligros.

El instituto de la prisión preventiva, es la medida de coerción más gravosa prevista en la normativa procesal y, por lo tanto, su aplicación debe ser de carácter excepcional y subsidiario. Dicha institución permite la detención sin que exista sentencia condenatoria firme,

siempre y cuando concurren los presupuestos que hicieran peligrar la eficacia del sistema, tanto penal como procesal penal, sea por el peligro de fuga o el entorpecimiento de una investigación. Al momento de la aplicación de este instituto, los jueces deben centrar la mayor atención debido a que se contraponen dos fuerzas muy importantes en la materia: la eficacia del proceso penal y las garantías consagradas en la constitución nacional.

Así las cosas, es necesario establecer claramente las condiciones de encarcelamiento preventivo, ya que hace a la seguridad jurídica en general y a una verdadera garantía, no sólo para la víctima y el imputado, sino para toda la sociedad en su conjunto, impidiendo que una cuestión tan central como la presente quede librada únicamente a la voluntad de los magistrados.

Teniendo en cuenta la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida de coerción, que la misma sea la más gravosa de las que se prevé y roce muy finamente hasta los límites de confundirla con la pena, resulta más que claro que, los recaudos y requisitos que se deben tener en cuenta al prever dicho instituto deben ser rigurosamente excepcionales y extraordinarios.

### **III. Libertad vs. Coerción Personal.**

Se dice que *“el hombre estima a la libertad más que a su propia vida, y no es raro que rinda ésta en holocausto del más valioso de sus bienes”*<sup>2</sup>. En tal enunciación cabe integrar tanto a la libertad propiamente física cuanto a sus proyecciones sociales y jurídicas, pues la libertad física, corporal o ambulatoria *“...es, por así decir, la forma de libertad imprescindible para que la mayoría de las demás libertades (de circular o transitar, de trabajar, de pensamiento, de expresión, de asociación, etc. -aclaramos-) pueda funcionar”*<sup>3</sup>. Es por ello, que la sanción más grave que prevé nuestro ordenamiento punitivo es la pena privativa de libertad (prisión y reclusión), mensurable en su extensión temporal, según la mayor o menor gravedad objetiva del hecho inculcado y las particulares circunstancias de su perpetración.

Es de muy antigua prosapia el principio filosófico, político y jurídico que resuelve la antinomia “Estado-Hombre” a favor de este último. Así, ya hacia el primer cuarto del siglo XIII las célebres *Partidas* del rey Alfonso El Sabio, proyectando una inveterada máxima ciceroniana (*La libertad es el mejor de los bienes*), prefiguraban el apotegma *Favor Rei* (o *favor libertatis*), en los siguientes términos: *“Cuando en pleito sobre libertad o servidumbre discorden los jueces, siendo tantos los que sentencien por la primera como los que sentencien por la segunda, valdrá lo favorable a la libertad”* (Partida III, título 32, ley 18). Idéntica tesitura

---

<sup>2</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1978, T. IV, pág. 16.

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, Germán, citado por FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Ob. Cit., pág. 67.

seguiría en los siglos XVIII y XIX, la legislación europea de corte liberal-iluminista al acuñar la máxima *in dubio pro reo et contra civitatem*, fijada con carácter presuncional en el art. 9 de la declaración francesa de 1789.

En pleno siglo XX, la dogmática penalista italiana (FLORIÁN, LEONE, BETTIOL, MAGGIORE, CORDERO, etc.) propiciaría que en la confrontación entre el “ius puniendi” del Estado y el “ius libertatis” del individuo debía concederse preeminencia a este último. La profunda raíz axiológica asignable a la libertad aparece reflejada en el texto de nuestra Ley Fundamental, tanto en su enunciado preambular (*asegurar...los beneficios de la libertad*) cuanto en sus postulados preceptivos (arts. 14, 15, 18, 19, 43 y 75 inc. 22).

A tono con la manda constitucional, los códigos procesales penales contienen disposiciones expresamente regulatorias de la libertad del Imputado. En tal sentido, el CPP de Santa Fe sienta una pauta hermenéutica fundamental, de carácter general, resultante de la disposición combinada que edifican sus arts. 10 (Restricción a la libertad) y 7 (In dubio pro reo). El primero impone la interpretación restrictiva de toda disposición legal que coarte o restrinja la libertad personal, y el segundo sienta la operatividad beneficiosa de la duda respecto del imputado -ambas normas proyectan el principio *Pro Homine* en el ámbito procesal penal-. Asimismo, la libertad del justiciable es puntualmente abordada en los arts. 5 (Estado de inocencia) y 11 (Interpretación restrictiva) de nuestro CPP., ya que tales normas traducen la reglamentación procesal de la garantía constitucional de libertad en materia penal<sup>4</sup>.

Del juego armónico de la normativa constitucional e instrumental reseñada, surge que la libertad es un derecho fundamental de todo ser humano y que sólo puede ser limitada o afectada en los casos y por los medios y formas taxativamente previstos por la ley (arts. 18 y 19 de la Const. Nac.). En consecuencia, y al igual que todos los derechos, el “derecho a la libertad” es *relativo* (arts. 14 y 28 de la Const. Nac.), vale decir, susceptible de razonable limitación, aún durante el juzgamiento de un *inocente-sospechado* (tal es, a mi juicio, la condición jurídica del *imputado*); es decir, aún antes del veredicto de culpabilidad pronunciado por el juez natural al finalizar el juicio previo que manda la Constitución (único título hábil para privar legítimamente de su libertad a una persona con carácter de coerción penal material).

Ahora bien, en la esfera iuspublicista la libertad física, personal o ambulatoria del individuo puede ser afectada coercitivamente a título material, o bien con carácter de coerción procesal. Si bien es cierto que en la estricta significación de los términos, el vocablo “coerción”

---

<sup>4</sup> Es que, como bien se ha enseñado, el Derecho Procesal Penal tiene carácter reglamentario de las garantías constitucionales, pues “...el derecho procesal penal no hace más que reglamentar o dar vida práctica a esos dogmas constitucionales...” (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Lerner, Bs. As., 1969, T. I, pág. 313; en igual sentido MAIER, Julio B. J., Ob. Cit., T. I, pág. 163). Por ello, jamás podrá una norma reglamentaria (en nuestro caso, procesal penal) acotar, limitar o reducir el “alcance natural” y esencial de una garantía constitucional expresa o implícitamente reconocida por la Ley Fundamental (arts. 1, 5, 31, 33 y 75 inc. 22); tal restricción sería inconstitucional (arts. 28, 31, 33 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.).

sugiere un sentido más bien psicológico y moral, que físico y corporal, y que traduce, en verdad, una amenaza anticipatoria de un ulterior sufrimiento o perjuicio concreto y material (definible como *coacción* -actualización físicamente perceptible de la potencial amenaza coercitiva-), en la práctica se ha impuesto el uso de la voz “coerción” para aludir a la “coacción” judicial.

Con acierto se ha insistido en separar y distinguir convenientemente a la *coerción material o sustancial* (de derecho sustantivo, material o de fondo) de la *coerción formal o procesal* (de derecho adjetivo, formal o procesal), pues entre ambas categorías restrictivas de derechos median considerables diferencias ontológicas y teleológicas<sup>5</sup>. En efecto, en tanto las medidas de coerción material se vinculan con el propio derecho sustancial puesto en crisis (requiriendo, entonces, de la previa declaración de culpabilidad y/o peligrosidad basada en un estado conviccional de *certeza positiva*), las medidas de coerción procesal (sean *reales* o *personales*) se basan en un pronóstico de mera probabilidad o sospecha, y tienen por objeto el aseguramiento de los fines del proceso, por eso se dicen “cautelares” del concreto proceso en que se adoptan. Entonces, la coerción material puede caracterizarse como “final y definitiva”, mientras que la coerción procesal es, por definición, “instrumental y provisoria”.

No obstante ello, ambas clases constrictivas obedecen a fines preventivos orientados a la evitación de particulares peligros: a) las unas (materiales/*pena* y *medida de seguridad*) tienen por objeto reaccionar contra la “peligrosidad o dañosidad penal” (criminal o de derecho penal sustantivo), y en correspondencia con la medida de la *culpabilidad* (causa inmediata de la retribución punitiva); b) las otras (procesales/secuestro, *prisión preventiva*, etc.) procuran conjurar un “peligro o perjuicio procesal” (o de derecho adjetivo). De manera que tales “peligros” (penal -menoscabo típico de un determinado bien jurídico- y procesal -alteración disvaliosa o antifuncional de los fines del proceso-) deben ser afrontados mediante dos tipos distintos de “prevención”, a saber: la “peligrosidad penal” (entendida como potencialidad lesiva de cierta conducta respecto de un bien penalmente tutelado), a través de la “prevención -general y/o especial- penal” (pena o medida de seguridad; *coerción material*); la “peligrosidad procesal penal”, a través de la “prevención procesal cautelar” de tipo personal o real respectiva (detención o prisión preventiva, secuestro, etc.; *coerción procesal*).

En el ámbito jurídico-penal, la ***coerción material*** toma encarnadura en las consecuencias específicamente punitivas del delito, es decir, en la *Pena* (prisión, reclusión, multa e inhabilitación) y en las *Medidas de Seguridad* (internación), y su aplicación presupone la realización de un juicio justo (*Nulla poena sine iudicio* -nadie puede ser penado sin juicio

<sup>5</sup> VELEZ MARICONDE, Alfredo, Ob. Cit., T. I, pág. 313 y ss., T. II, pág. 475 y ss.; MAIER, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal – Fundamentos”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1999, T. I., pág. 514 y ss.; FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Ob. Cit., pág. 25 y ss.



previo- arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.), observante de las reglas del *debido proceso*, que verifique mediante legítima y categórica prueba de cargo la existencia del hecho criminal y la participación del imputado en el mismo. En consecuencia, para que proceda dicha especie coercitiva (material) se requiere indefectiblemente de la previa destrucción acusatoria -por medios legítimos y legales- del Estado de Inocencia que ampara a todo justiciable y de la consiguiente declaración jurisdiccional de culpabilidad (sentencia condenatoria firme).

En cambio, la **coerción procesal** -en lo penal- tiene por objeto asegurar la presencia del incoado para posibilitar la realización del juicio y/o la ejecución de la pena, esto es, *evitar que se fugue* (pues en nuestro derecho no se admite el juicio penal en rebeldía), e *impedir que el imputado* -abusando de su libertad- *obstaculice el posible esclarecimiento del hecho*. Esta especie de cautela (procesal) se desentiende de cualquier finalidad preventiva o sancionatoria de tipo material-sustantivo (como puede ser la evitación -o el control- de la *reincidencia, reiteración o proclividad delictiva*) y tiende “únicamente” a resguardar la normal sustanciación del trámite procesal del caso. En consecuencia, para que en un proceso penal aparezca procedente el dictado de una medida de coerción procesal, se precisa -amen de la previa autorización legal: *nulla coactio sine lege*- de la existencia de un concreto y determinado *peligro procesal* (en nuestro caso, peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación)<sup>6</sup>.

#### IV. Cuestiones preliminares a la Prisión Preventiva.

Mucho se ha debatido en doctrina y jurisprudencia sobre la prisión preventiva, tanto a cómo debe ser interpretada y aplicada, como a los fines reales y simbólicos que se desprenden de su utilización.

La Ley 12.734 C.P.P.S.F. (y su modificatoria -ley 13.746-) regula la injerencia más gravosa para el imputado, quien luego de haber concurrido al proceso mediante citación, o tras ser aprehendido y detenido, puede perder su libertad ambulatoria. La coerción personal en cuestión, ha sido caracterizada como la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o para evitar la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad.

---

<sup>6</sup> Al respecto, se ha destacado que la denominada **peligrosidad procesal** se traduce “...en el **peligro real y no virtual**, cuyo basamento tiene como punto de partida, acontecimientos concretos emanados de conductas del imputado orientadas a perturbar los actos de investigación, sustraerse de la actividad procesal o evitar el cumplimiento de una condena”; y se aclaró que tal concepto difiere esencialmente del de **Peligrosidad Penal o Social**, que “...está orientada a aplicar correctivos para morigerar o eliminar el fenómeno delictivo” (RIZZARDI, Jesús Alberto J., “Medidas Cautelares en el Proceso Penal. “Prisión: ¿Condena o Medida Cautelar?”, Revista de Derecho Penal, Ed. Juris, Rosario de Santa Fe, 2003, T. 9, pág. 40. En igual sentido, FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Ob. Cit., págs. 140 y 146).

La prisión preventiva es una institución que permite la detención sin que exista sentencia condenatoria firme, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias que hicieran peligrar la eficacia del proceso, representadas por el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación.

Como dijimos anteriormente, al momento de aplicarse esta gravosa medida coercitiva, lo que se está poniendo en juego son dos fuerzas que se contraponen: la eficacia del proceso penal y las garantías constitucionales. El Estado tiene el deber de investigar y perseguir los hechos delictivos que llegan a su conocimiento; si este poder fuera ilimitado, estaríamos frente a un Estado totalitario<sup>7</sup>.

En un Estado de Derecho, el poder punitivo debe estar estrictamente limitado mediante leyes claras y precisas, así el Poder Legislativo describe los supuestos en los que puede perseguir y juzgar a las personas, investigándolas y llevándolas a juicio, y cuando se vea imposibilitado de realizar esta tarea, por las acciones mismas del imputado, el legislador faculta a detener preventiva y provisionalmente para asegurar aquellos objetivos.

Pero además, para dictar la prisión preventiva debe haber un mínimo de prueba que fundamente, con “grado de probabilidad” la posible actuación del imputado como autor o partícipe, y la existencia de un peligro en la demora que justifique la urgencia en su dictado.

Por otro lado, todas las medidas cautelares deben ser excepcionales, y en especial la prisión preventiva: *“el estado de inocencia es una garantía de la seguridad jurídica para los individuos. Las medidas de coerción son garantías para la eficaz realización del orden jurídico”*<sup>8</sup> y el *“poder estatal únicamente se permite y tolera de modo provisional como concesión excepcional, impuesta por la necesidad, como ultima ratio para administrar justicia, aspecto que supone su carácter subsidiario, de modo tal que no basta probar que el encierro cautelar resulta idóneo para asegurar la realización de la ley sustantiva, sino que éste no es sustituible por otros modos de intervención estatal menos intensos, de menor gravedad para el sometido a proceso”*<sup>9</sup>. Por ello, *“no parece lógico que se haya querido que ante el más mínimo riesgo para los resultados del proceso, el juez corra a ejercer su máximo poder”*.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pág 24. Allí analiza que hay una crisis de los fundamentos del derecho penal expresados en la incorrespondencia existente entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones punitivas, y así expresa que “El respeto por la persona, (...) a la libertad personal, (...) y los límites de los poderes del Estado, son valores fundamentales del moderno Estado de Derecho madurados principalmente en el terreno del derecho penal mediante las luchas iluministas contra la intolerancia religiosa y contra el absolutismo del *ancien regime*.”

<sup>8</sup> CLARÍA OLMEDO, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, t. V, pág. 211.

<sup>9</sup> SOLIMINE, Marcelo. “Libertad bajo caución y situación procesal en el Código Procesal Penal de la Nación”. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 9 y 10.

<sup>10</sup> CAFFERATA NORES, José. “Medidas de Coerción en el proceso penal”. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 9.

La importancia del estudio de la prisión preventiva, obedece a que su uso ha sido un problema histórico en nuestro país, siendo una de las instituciones procesales que ha recibido numerosas críticas en torno a su constitucionalidad. Ferrajoli afirma *“la prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en un mecanismo directamente punitivo.”*<sup>11</sup> Y esto último, puede verse reflejado hoy en día ante el ferviente reclamo de justicia de parte de una sociedad, que al no comprender la mecánica de este instituto, pretende darle un carácter obligatorio (cuando en realidad es una medida excepcional); lo cual nos lleva a pensar que “si la prisión preventiva fuese obligatoria, funcionaría como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima.”<sup>12</sup>

En base a esta premisa, es necesario clarificar su naturaleza jurídica, previo a realizar una suerte de crítica a este instituto. En éste sentido, podemos citar al Dr. Julio Maier quien afirma que la diferencia debe centrarse en la distinta teleología de ambas, así la prisión preventiva tiene un fin estrictamente procesal, esto es: asegurar los fines que persigue el proceso ante el peligro de fuga o entorpecimiento del mismo por parte del imputado<sup>13</sup>. Ferrajoli, en cambio, ha expresado su desacuerdo con la prisión preventiva calificando el intento de atribuir a la prisión preventiva el carácter de medida meramente procesal como: *“patético sofisma”*<sup>14</sup> y atribuye a dicha falacia la causa de la extensión patológica de la detención cautelar. Una vez que se admite la prisión preventiva con fines estrictamente procesales, sólo queda un paso para que se atribuyan a la misma otras funciones -represivas, preventivas, etc.- y su uso se sistematice, pasando de excepción a regla.

## **V. Naturaleza Jurídica: ¿Cautela procesal o Sanción material?**

En primer término, es necesario definir la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, teniendo en cuenta que es una medida de coerción -procesal penal- de carácter personal, esto es, la afectación (más o menos prolongada) de la libertad personal del acusado/inocente, durante el desenvolvimiento del trámite procesal, para la eficaz consecución de los dos fines esenciales del proceso penal: a) el descubrimiento de la verdad histórica; y b) la actuación de la ley penal sustantiva. Dicha medida de coerción procesal es, por definición,

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Quinta Edición, 2001.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas”- Fecha: 7/1/2006. Tema: Pensamiento Crítico. Fuente: Diario Clarín.

<sup>13</sup> MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal”, Tomo I – Fundamentos, Pág. 514 y sgtes.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razon”, Ed. Trotta. Pág. 555.

*cautelar y subsidiaria*, vale decir, sólo ligada al proceso y desvinculada de cualquier valoración de mérito sobre el fondo del asunto inquirido (inocencia-culpabilidad), y procedente sólo en caso de que no resultaran pertinentes y útiles otras medidas cautelares menos lesivas e igualmente eficaces (principios de subsidiariedad, mínima intervención y proporcionalidad).

En este sentido, han cobrado predicamento dogmático y práctico dos corrientes manifiestamente disímiles que auspician un tratamiento diferenciado del instituto de mención. La más ortodoxa, llamada con propiedad **“procesalista”**, concibe al *encierro preventivo* como un instrumento excepcional de estricta teleología procesal que persigue fines netamente asegurativos o cautelares del proceso en que se dispone. En consecuencia, desatiende los aspectos penales-sustanciales que pudiera presentar el caso (tales como la reiterancia o tendencia delictiva del enjuiciable) y mira exclusivamente sus implicancias jurídico-procesales (sospecha vehemente de autoría delictiva, ausencia de domicilio o residencia conocidos, peligro de fuga, antecedentes de fuga, entorpecimiento de la investigación, connivencia obstructiva con terceros, etc.).

Dicha corriente, afirma que la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo, tiene sólo una misión que es la de custodiar los fines del proceso para que pueda cumplir con su función primordial de “afianzar la justicia”. De este modo, se parte de la base de que es una medida cautelar cuyo fin no es sancionar al imputado y su carácter debe ser excepcional. Cafferata Nores expresa al respecto, *“...la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*.<sup>15</sup>

Ése es el sentido que ha establecido la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22, al prever en el inciso 5 del artículo 7 que *“...toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y, tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que el proceso continúe”*. Por todo ello es que, desde la perspectiva de esta corriente, se afirma que la prisión preventiva no constituye un fin en sí mismo, sino que es un medio para asegurar otros fines, que ellos son los del proceso.

Mientras tanto, la corriente **“sustancialista”** confunde el encarcelamiento durante el proceso con la pena o medida de seguridad del derecho penal y, le atribuye el cumplimiento de funciones propias de aquéllas, basándose en las características personales del imputado y

---

<sup>15</sup> CAFFERATA NORES, José; en INECIP (Instituto Nacional de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), “El Estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio”. Febrero 2012.

la gravedad del hecho ilícito cometido. A este encierro cautelar se lo presenta como un éxito de la investigación y pasa a un segundo plano al proceso penal en sí mismo.

*“El criterio sustancialista se encuentra presente cuando la legislación regula tanto la procedencia del instituto de la prisión preventiva, como la denegatoria de excarcelación, a través del monto de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, la extensión del daño causado, los medios empleados, si el delito no prevé pena de ejecución condicional, las circunstancias o características personales y la repercusión social del hecho. También lo son la posible declaración de reincidencia, la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones anteriores”.*<sup>16</sup>

Este criterio asemeja la prisión preventiva a una medida de seguridad, ya que se establece que el encarcelamiento tiene como finalidad evitar que se persista en el delito o bien, satisfacer la necesidad de defensa social contra la peligrosidad del sospechoso. Al respecto se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Suárez Rosendo vs Ecuador*”, al fallar que, “...si la prisión preventiva se decreta por el tipo de delito constituye una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó con acierto “...la Corte ha sido más categórica al enfatizar la necesidad consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo. Por 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 procesal, propios de la respuesta punitiva”.

Esta corriente -de raigambre punitivista- es más aventurada y entra en pugna con principios y garantías constitucionales reputados fundamentales (Inocencia, Juicio Previo, Defensa en Juicio) porque postula el empleo del encierro cautelar para satisfacer fines y necesidades extraprocesales, propios del derecho penal material, sustantivo o de fondo, al margen de valoraciones de corte procesal. De tal modo, le asigna a la prisión preventiva alguna de las siguientes funciones: a) prevenir el delito mediante la *anticipación de la pena* (punición del procesado); b) *evitar la reiteración delictiva* mediante el encierro del sujeto proclive a

---

<sup>16</sup> INECIP, “El Estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio”. Febrero 2012.

delinquir; c) *disminuir la tasa de delictuosidad* a través del encierro del sospechado reincidente; d) impartir un mensaje criminológico simbólico de *“mano dura”* con el delito; etc.

Con razón se ha apuntado que *“...la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material”*<sup>17</sup> y que *“...las medidas de coerción personal restrictivas o privativas de la libertad sólo pueden tener como exclusivo propósito asegurar los fines del proceso penal, o sea: la eficaz investigación del hecho y la aplicación efectiva de la ley penal. Toda norma o resolución judicial que imponga tal coerción con cualquier otra finalidad es inconstitucional”*<sup>18</sup>. También se sostuvo que *“La prisión provisional no puede, por lo tanto, 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 inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación...”*<sup>19</sup>. Asimismo, siguiendo el camino de la buena doctrina, se enfatizó: *“En el sistema jurídico argentino hoy se admite la posibilidad excepcional...de privar al imputado de su libertad durante el proceso, sólo cuando sea absolutamente indispensable (es decir, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa) para asegurar alguna medida de investigación y la actuación de la ley penal, legitimándola únicamente como una medida cautelar de esos fines del proceso”*<sup>20</sup>.

Esta corriente instrumental encuentra sustento constitucional bastante en el art. 18 de la Const. Nac., así como en la CADH y en el PIDCyP, que por imperio del art. 75 inc. 22 de la Const. Nac., tienen jerarquía constitucional. En efecto, la norma citada en primer término dispone en su parte pertinente: ***“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”***. Asimismo, el art. 7 inc. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos estatuye que *“...su libertad -se refiere a la del imputado- podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*, al tiempo que el art. 9 inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sienta la nota de excepcionalidad que debe cualificar a la prisión preventiva, al prescribir: *“...La prisión*

<sup>17</sup> HASSEMER, Winfried, “Crítica al Derecho Penal de Hoy”, Trad. de Patricia S. Ziffer, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 109. Al respecto, se apuntó que *“...el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena...”* (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “En Torno a la Jurisdicción”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2007, pág. 263; con subrayado propio). A tono con lo dicho, el Tribunal Constitucional de España sostuvo que *“...lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena”* (STC 40/87).

<sup>18</sup> JAUCHEN, Eduardo M., “Derechos del Imputado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 276; con destacado propio. En idéntico sentido, FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Ob. Cit., pág. 41.

<sup>19</sup> BACIGALUPO, Enrique, “El Debido Proceso Penal”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007, pág. 62/63.

<sup>20</sup> CAFFERATA NORES, José I. – FRASCAROLI, María Susana, “La Entidad de la Amenaza Penal emanada del delito atribuido, ¿Justifica por sí sola la imposición del Encarcelamiento del Imputado durante el proceso?”, en “Ejercicio Concreto del Poder Penal”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, pág. 37 y ss.



*preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...*” (dicha norma viene a explicitar la regla *proceso sin preso*).

Aún cuando la práctica de nuestros tribunales ofrece todavía alguna resistencia al criterio procesalista (único constitucionalmente admisible), lo cierto es que la tesitura adjetiva, instrumental o formalista va ganando espacio en la conciencia jurídica de los operadores judiciales.

## **VI. Características de la prisión preventiva.**

Todo encarcelamiento preventivo afecta la libertad personal y la garantía constitucional de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, o sea, la libertad de locomoción o física, propiamente dicha. Por ende, cualquiera sea su naturaleza técnica: arresto, detención, aprehensión o prisión preventiva, sólo es procedente y legítimo, cuando reúna las siguientes condiciones:

a) Excepcional: todo habitante, conforme a las normas supremas, goza: del estado de inocencia hasta que el mismo no sea revertido mediante una sentencia condenatoria dictada previo juicio desarrollado conforme a las pautas del debido proceso legal adecuado a preceptos constitucionales; de que cualquier pena se imponga sólo previo juicio; del derecho a la libertad personal, y de que el encarcelamiento preventivo no sea la regla. Por lo tanto, el principio es que todo habitante sometido a proceso penal, debe permanecer en estado de libertad, sin perjuicio de las sujeciones propias que requiere el ordenado y efectivo desarrollo del procedimiento para lo cual, estando a disposición del órgano jurisdiccional de la causa, debe obedecer y responder a toda convocatoria que se le comunique. Sólo como excepción puede aplicársele una coerción personal restrictiva o privativa de su libertad personal cuando, en el caso concreto, conforme al delito cometido o circunstancias particulares, se pongan en peligro los fines del proceso: la eficaz investigación del hecho y la efectiva aplicación de la ley penal, debiendo tomarse como base las pautas recién indicadas de las que debe extraerse el peligro de que el imputado de cualquier modo perturbe o frustre la investigación o eluda la acción de la justicia dándose a la fuga. Toda privación de la libertad que no persiga exclusivamente estos propósitos es inconstitucional.

b) Necesario: de lo anteriormente expuesto es fácil concluir su naturaleza exclusivamente cautelar y no sancionadora. En consecuencia, cuando el peligro que se procura evitar puede asegurarse por otros medios alternativos menos gravosos que tengan idoneidad cautelar suficiente, debe siempre optarse por estos últimos evitándose la privación de la libertad.

c) Racional: es preciso, además, que exista una relación de proporcionalidad entre la gravedad de la sanción pronosticada y la medida cautelar que se implementa. Si todo habitante sólo puede ser privado de su libertad en virtud de condena previo juicio en el que se determine su culpabilidad, sería irracional establecer antes de la condena un encarcelamiento que fuese más gravoso que la eventual e hipotética pena, cuando aún se presume su inocencia. Lo que tiene mera naturaleza cautelar no puede ser de mayor entidad que aquello que tiene como fin asegurar. De ahí que la generalidad de los códigos procesales argentinos prevén normas que permiten el cese de la prisión preventiva, cuando se estime que al imputado no se le privará de su libertad, en caso de condena, por un tiempo mayor al del tiempo de encarcelamiento que hasta ese momento lleva cumplido.

d) Ordenado por autoridad competente: en este sentido es lapidario el precepto constitucional en cuanto a que nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (art. 18, Const. Nac.), y conforme lo establecido en los artículos 5°, 108 y 123 de la misma Carta Magna, la interpretación más sensata fuerza a adecuar el concepto de autoridad competente a estos efectos exclusivamente al Poder Judicial, excepción hecha sólo de lo normado por el artículo 23 de la Constitución Nacional en el supuesto del estado de sitio respecto a las facultades de arresto conferidas al presidente de la Nación si la persona no optare por salir fuera del territorio argentino. Hacer una interpretación diferente importa necesariamente una indebida extensión del texto constitucional. Por el contrario, la interpretación debe ser restrictiva, pues alude a normas que regulan la facultad de privar a los habitantes de su libertad. Cabe enfatizar que tanto es así que el texto constitucional al mencionar a la “autoridad competente” no deja librada al legislador común la facultad de establecer cuál es la misma, pues de la correcta hermenéutica de la garantía de juez natural; de encargar a ellos el poder de aplicar la ley penal y en consecuencia de ser los únicos que pueden llevar adelante el enjuiciamiento penal, como también de las disposiciones sobre la creación del Poder Judicial, con la independencia y facultades correspondientes, queda vedado que cualquier otro Poder que no sea el Judicial pueda proceder a privar de la libertad a algún habitante de la Nación. Ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo pueden dictar leyes o decretos que extiendan esa facultad.

e) Mediante orden escrita: así lo requiere expresamente el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, la misma debe emanar de la autoridad competente que, como ya se adelantó, es el Poder Judicial. La exigencia constitucional del escriturismo debe entenderse, en cuanto a la resolución del órgano jurisdiccional que la ordena, pueda válidamente practicarse en forma verbal o por cualquier otra vía de comunicación fehaciente, siendo importante que en la causa quede constancia escrita de la resolución motivada del juez y de la orden que ha



dado, con clara y expresa mención de la hora en que se efectuó, la autoridad a la que se le impartió, el medio que se utilizó para comunicarla y cuáles fueron las razones de urgencia que le impidieron efectuar la comunicación por escrito.

f) Sólo por un plazo razonable: según establece el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la prisión preventiva no debe ser tomada como la regla, deduciéndose, a contrario sensu, que el principio es el estado de libertad y la excepción su privación. Pero, aun cuando la misma Constitución permita la coerción personal sobre la libertad, durante la sustanciación de la causa a título cautelar, sólo como excepción, racional y necesaria, el encarcelamiento de esta naturaleza no puede prolongarse irracionalmente.

Este principio se deriva del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, en suma, que en un período de tiempo adecuado se decida su situación frente al orden jurídico, porque es un esencial trato humanitario para el imputado y un deber para la comunidad resolver los procesos judiciales con eficacia pero dentro de un tiempo prudente, de modo tal que no se dilate cruelmente la angustiada incertidumbre del justiciable ni el apetito de seguridad jurídica de la comunidad. Así lo consagra explícitamente el artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su inciso 5° enunciando que: “Toda persona detenida o retenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que por “plazo razonable” debe entenderse el período de tiempo transcurrido entre el primer acto procesal o de privación de la libertad, en su caso, y la conclusión del proceso incluyendo los recursos que puedan interponerse. Y la misma Corte, a su vez, en reiteradas oportunidades, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha resuelto que a los fines de establecer el “plazo razonable” es preciso atender a tres elementos: La complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, y la conducta de las autoridades judiciales, debiendo procederse a un análisis global del procedimiento.

No puede dejar de señalarse que, si bien las Cortes Internacionales han determinado tales pautas, útiles en alguna medida, las mismas son de extrema amplitud y susceptibles de ser fácilmente distorsionadas por los tribunales de los Estados, otorgándoles a cada una de ellas, a su vez, una interpretación y alcance diferentes. La extrema amplitud se origina en las propias disposiciones de las convenciones internacionales mediante el enunciado “plazo razonable” sin más aclaración dispositiva, y si bien ello puede en alguna medida justificar los genéricos pronunciamientos de las Cortes Internacionales, es recomendable que ante una garantía tan relevante se introduzca, sea mediante disposiciones normativas o

resoluciones judiciales, una determinación más precisa; así lo reclaman la seguridad jurídica y los derechos de las personas.

Esta orfandad fue solucionada por la legislación argentina, que reglamentando la CADH estableció mediante la Ley 25.430, que la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años sin que se haya dictado sentencia, pudiendo prorrogarse por un año más sólo cuando por la cantidad de los delitos atribuidos o la evidente complejidad de la causa, haya sido imposible el dictado de la sentencia en aquel plazo. Si dichos plazos vencen luego del dictado de la sentencia, aun cuando ésta no se encuentre firme, los mismos no se computan a tales efectos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha expedido en reiterados fallos respecto a que la defensa en juicio del artículo 18 importa “el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.

Con relación a la constitucionalidad de esta medida de coerción, no resulta posible un proceso penal que carezca de la posibilidad de prisión preventiva: como bien se ha dicho, no se trata de una trasgresión de los valores del principio del juicio previo obligatorio, “sino de una reafirmación de un procedimiento penal sin autorización para privar al imputado cuando él no se someta voluntariamente a la persecución”, con lo que no se podrá renunciar a la prisión preventiva sin renunciar al proceso mismo, dado que la verdadera quimera estaría constituida por pensarlo como voluntario.

No debe olvidarse que el proceso penal no resulta posible en rebeldía ni en ausencia del imputado, a excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 125 del CPPSFE. No obstante, si la investigación penal preparatoria no fue concluida, no resulta posible para el Fiscal formular la requisitoria de acusación (primer párrafo de la disposición legal citada). Luego, la prisión provisional puede devenir jurídicamente necesaria en aras de permitir la realización del proceso penal, que no resulta discrecional para nadie, ya que “el Estado está obligado a llevarlo a cabo y el imputado a tolerar su realización y, por ende, a soportar sus medidas”.

## **VII. Su aplicación en el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe.**

En el Título III del Código Procesal Penal de Santa Fe (ley 12.734 y su modif.), se prevén las medidas cautelares. El artículo 205 del mencionado cuerpo legal establece:

*“Artículo 205. Presupuestos. El Tribunal a pedido de parte podrá ordenar las medidas de coerción real o personal cuando se cumplieren todos los siguientes presupuestos:*

- 1) *aparición de responsabilidad en el titular del derecho a afectar por la medida cautelar;*
- 2) *existencia de peligro frente a la demora en despachar la medida cautelar;*
- 3) *proporcionalidad entre la medida cautelar y el objeto de la cautela;*
- 4) *contracautela en los casos de medidas cautelares reales solicitadas por el querellante”.*

Mientras, el artículo 220 del C.P. P. de la Provincia de Santa Fe, establece una serie de presupuestos para imponer la prisión preventiva (es necesario recordar en este estadio que deben darse todas las condiciones establecidas para su imposición).

*“Artículo 220. Procedencia de la prisión preventiva. A pedido de parte, podrá imponerse prisión preventiva al imputado, cuando se estimaran reunidas las siguientes condiciones:*

*1) existencia de elementos de convicción suficientes para sostener su probable autoría o participación punible en el hecho investigado;*

*2) la pena privativa de libertad, que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena, sea de efectiva ejecución. En este sentido, y para ser válidas, las decisiones relativas a eventuales condenaciones condicionales deberán proyectarse sobre todos los elementos del artículo 26 del Código Penal;*

*3) las circunstancias del caso autorizarán a presumir el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.*

*Presupuesto de validez de la medida es la celebración previa de la audiencia imputativa prevista por los artículos 274 y siguientes”.* (Artículo 220 conforme el Artículo 2 de la Ley N° 13.746).

Como lo menciona el artículo recientemente citado, solamente podrá imponerse la prisión preventiva cuando haya mediado pedido de parte. Dicha medida será impuesta por un tribunal, o en su caso el juez, garantizando plenamente la vigencia del principio acusatorio y de imparcialidad, estableciendo que si por parte de la fiscalía o la querrela no se realiza dicha petición, el órgano judicial encargado de juzgar no debe suplirla.

Es decir, la prisión preventiva no puede ser impuesta de oficio, sino que el juez, de manera facultativa, luego de que sea formulada la petición por la parte acusadora y haber oído también a la defensa, sumado al análisis de las pruebas arrojadas al proceso y evaluando ambas pretensiones, decidirá por su procedencia o no.

Bovino se refiere al respecto *“...vale recordar que para el Tribunal rige la prohibición de desempeñar tareas requirentes, la cual no puede ser ignorada recurriendo al argumento del*

*interés social o público en la persecución de hechos punibles. Ese interés social “presupuesto” ya está reconocido en el hecho de que la persecución penal es estatal -por ello existe el ministerio público-.*<sup>21</sup>

Como presupuesto para que un tribunal o juez disponga la aplicación de la medida de coerción personal más gravosa, como lo es la prisión preventiva, deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho ilícito investigado. Para que ella proceda, no se requiere certeza absoluta, sino que bastaría un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y que concurren todos los presupuestos de la punibilidad.

Al referirse a elementos de convicción suficientes, comprende la prueba y la forma en que ella es valorada para concluir en la presunción de existencia del hecho y de la autoría o participación.

Como vemos en el inciso 1), se requiere hacer una valoración respecto de las pruebas en relación al hecho en particular y no se tiene en cuenta -o, por lo menos, el inciso no los menciona-, a los peligros procesales que pueda llegar a hacer caer el proceso penal en cuestión. Una apreciación demasiado amplia, nos permitiría encuadrarnos en ésta última versión sobre los riesgos procesales, tal como lo sostiene la corriente procesalista antes desarrollada.

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Penal de la 2da. Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe (19/05/2004), sobre la temática en cuestión dispuso, “...cuando el espesor y la consistencia de la probabilidad enunciada en un procesamiento, se ha tornado frágil para sustentar la necesidad de la persistencia de la prisión preventiva debe disponerse la libertad del procesado. Si bien esta Sala ha sostenido que no basta un exiguo juicio de probabilidad, que autoriza un factible pronóstico de absolución fundamentado en la duda, para legitimar una prolongada prisión preventiva. Ello no significa, en cambio, que deba descalificarse el procesamiento como fase progresiva para avanzar hacia el plenario”.

El inciso 2) pone de relieve el principio de razonabilidad o, también denominado de proporcionalidad, el cual juega como requisito de la prisión preventiva, ya que su disposición, por ésta última, no puede jamás ir más allá de los fines a las que están ordenadas. Es decir que, lo que se disponga por medio de una medida cautelar, en este caso personal, como lo es la prisión preventiva, nunca puede ser mayor o más gravosa a las posibles consecuencias del juicio que sustentan la medida. Debe existir cierto grado de equivalencia entre lo que se dispone por una medida de coerción y lo sustantivo de una futura condena.

---

<sup>21</sup> BOVINO, Alberto, en “Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734”, V II, Jorge Baclini, Edit. Juris, Rosario (2009), p. 246.

Al respecto Eduardo Jauchen expresa, *“...si todo habitante sólo puede ser privado de la libertad en virtud de una condena previo juicio en el que se determine su culpabilidad, sería irracional establecer antes de la condena un encarcelamiento que fuese más gravoso que la eventual e hipotética pena cuando aún se presume su inocencia. Lo que tiene mera naturaleza cautelar no puede ser de mayor entidad que aquello que tiene como fin asegurar”*.<sup>22</sup>

En el mismo sentido Maier propone, *“...de lo contrario se renegaría de la naturaleza instrumental o del carácter sirviente del derecho procesal penal, que sólo justifica su existencia como realizador del derecho penal, para acordarle un fin en sí mismo, totalmente autónomo del derecho material a realizar, por intermedio de un encarcelamiento preventivo con fines represivos propios”*.<sup>23</sup> Desde el estricto punto de vista del proceso penal, lo prescripto en el presente artículo analizado se fundamenta en que, de no existir una amenaza de pena efectiva por parte del delito que se le imputa, indefectiblemente tampoco existirían argumentos para sostener que el allí imputado tenga intenciones de hacer caer el proceso. Por ello, con un simple análisis de la calificación asignada al hecho, bastaría para argumentar la procedencia o no de la prisión preventiva.

De acuerdo a lo previsto en el inciso 3), el juez o tribunal debe evaluar las pruebas que fueran traídas por la parte acusatoria, ponderándolas de acuerdo a los riesgos procesales que podrían llegar a entorpecer el proceso penal en cuestión. No sólo respecto a los medios probatorios que podrían frustrarse o hasta desaparecer, sino que el mismo inciso prevé como posibilidad la fuga del imputado, lo que haría imposible la continuación del proceso.

### **VIII. Aspectos críticos de la prisión preventiva.**

Una vez aclarado todo esto, en mi opinión, lo que ocurre en la realidad es que el fenómeno de la prisión preventiva aparece como una constante en los procedimientos penales, ya que no sólo se tiende a ‘su uso, sino también a su abuso’, muchas veces cumpliendo funciones de castigo y no como medida cautelar a los fines de un exitoso proceso penal. Tal como lo afirmara Bovino, *“...la constitucionalidad de la prisión preventiva se ve seriamente vulnerada cuando es utilizada directamente como una pena anticipada, de forma tal que sella fatalmente al estado de inocencia. En consecuencia se dice que el principio de inocencia es el principio de principios en materia de encarcelamiento preventivo...”*.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> JAUCHEN, Eduardo M., “Derechos del imputado”, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 276.

<sup>23</sup> MAIER, Julio, en “Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734” V II, Jorge Baclini, Edit. Juris, Rosario (2009), p. 250.

<sup>24</sup> BOVINO, Alberto, en “Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734”, V. II, Jorge Baclini Edit. Juris., Rosario, 2009, p. 230.

En el mismo sentido se advierte que *“...el instituto ha quedado desnaturalizado de forma tal que su carácter excepcional ha cedido pero no por válidas razones procesales, sino alegando motivos sustantivos desde distintas perspectivas y no sólo desde las decisiones jurisdiccionales sino también a partir de políticas legislativas de aumento de penas y fijación de mayores limitaciones a la procedencia de los medios libertarios procesales...”*.<sup>25</sup>

No solamente la experiencia que me da el ejercicio de la profesión me permite afirmar esto, sino que también los datos de la realidad son contundentes y verdaderas muestras de que la prisión preventiva no es utilizada como un medio para asegurar los fines del proceso, sino como pena anticipada. Las estadísticas claramente así lo reflejan. En la mayoría de las cárceles y comisarías del país, se encuentran alojadas personas que tienen causas en trámite sin que aún se haya dictado sentencia condenatoria por el juez o tribunal competente.

De este modo, vemos cómo los jueces ante la presión que ejerce la sociedad y los medios de comunicación, utilizan la prisión preventiva como un paño frío para calmar los reclamos de inseguridad y de mayor justicia, desviando los fines para los cuáles está previsto el instituto en cuestión. A su vez, coincido con el comentario de Jorge Baclini cuando dice: *“...la prisión preventiva es falsamente utilizada con un criterio de defensa social, es decir si los delincuentes atacan a la sociedad, ésta debe válidamente defenderse. Este punto de vista positivista sigue vigente en la actualidad sólo que con un cambio de etiquetas a través del llamado derecho penal del enemigo...”*.

*“Estas perspectivas son totalmente contrarias a los postulados constitucionales en tanto lejos de apreciar la peligrosidad procesal toman en cuenta datos penales para imponer la prisión preventiva, desnaturalizándola totalmente ya que la nutren de razones sustanciales claramente emparentadas con la pena. Más ello implica la violación directa de la garantía constitucional de juicio previo y de su correlato estado de inocencia”*.

*“Pero, no acaban allí los supuestos de encarcelamiento preventivo que vulneran las normas constitucionales. Obsérvese que en otras ocasiones el fundamento utilizado al efecto es netamente positivista, y naturalmente clasista, porque se afirma en una supuesta peligrosidad criminal, esto es desde una evaluación de la persona imputada que hace el juez, a partir de la cual si el sujeto cuenta con antecedentes -sin condena o con ella-, o por ser reincidente, será proclive a seguir cometiendo otros delitos. Más grave es cuando tal tendencia la elucubra el juez desde la base de las características del delito que se está investigando”*.

*“El peligro de la reiteración no puede ser considerado fundamento para restringir la libertad por cuanto no hace a un objetivo procesal, sino más bien que se trata de una medida de seguridad neutralizante, dictada con objetivos preventivos especiales, basado*

---

<sup>25</sup> JAUCHEN, Eduardo M., cfr. 3, p. 232.



*fundamentalmente en presiones públicas y sociales de respuesta inmediata dada frente a situaciones delictuales comunes”.*<sup>26</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Fermín Ramírez vs Guatemala*” de fecha 20/06/2005 sostuvo, “...*el ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, sustituye el derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo, precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”.*

#### **IX. La constitucionalidad de la prisión preventiva.**

Conforme lo expresé en reiteradas ocasiones en párrafos anteriores, la prisión preventiva es constitucional sólo como posibilidad excepcional y, teniendo en cuenta los límites absolutamente imprescindibles para el aseguramiento de los fines del proceso.

En tal sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé en el artículo 7.5 que “...*la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia*” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3 dispone “...*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 su caso, para la ejecución del fallo*”.

Así se entiende que una de las características principales de la medida de coerción de prisión preventiva es asegurar los fines del proceso. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional se expresaba en dicho sentido, “...no

---

<sup>26</sup> BACLINI, Jorge. “El Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Ley 12.734”, V. II, Edit. Juris, Rosario, 2009, pag. 236/237.

*tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que pueden tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por otra”. Cualquier otro fin, que en la actualidad se vislumbra a menudo en las resoluciones de los jueces, haría pecar de inconstitucional al instituto de la prisión preventiva.*

Hoy resulta muy utilizado, como fuera explicado con anterioridad, para calmar las aguas ante tanta inseguridad y falta de respuesta de los órganos judiciales de turno.

En mi opinión, en la mayoría de los casos, el presente instituto analizado desde el punto de vista de cómo lo aplican los jueces, resulta a todas luces inconstitucional e incluso perjudicial, ya que su uso desmedido no resuelve -en ningún sentido- el problema de la inseguridad, en más, en muchos casos su aplicación no sólo que es desmedida sino que errónea por una equivocada interpretación del juez o tribunal de los presupuestos establecidos, generando aún mayor violencia, rencor y sensación de injusticia a quien se le ha aplicado semejante medida de coerción con todo lo que ello implica. Maier refiere al respecto, “...si el derecho penal actual problematiza la privación de libertad como reacción frente al comportamiento desviado, con cuánta más razón el derecho procesal penal debe cuestionarla, como medio de evitar la frustración de los fines del procedimiento si, como declama, la persona a quien se aplica es reputada aún inocente hasta que una sentencia firme la declare culpable y la someta a una pena”.<sup>27</sup>

En este estado me permito afirmar que, debe haber un cambio de mentalidad por parte de operadores judiciales y de la sociedad misma, ya que como lo afirmara con anterioridad, la sociedad y los medios ejercen una presión inmesurable, donde se acepte que la aplicación de la prisión preventiva debe ser excepcional y restringido para un correcto funcionamiento de las medidas de coerción y del proceso en general, el cual debe estar rodeado de todas las garantías y con la mayor celeridad posible, que permita en un plazo de tiempo razonable, poner fin al estado de incertidumbre en el que se encuentra el imputado.

No se puede considerar entonces a la prisión preventiva como un adelanto o anticipo de pena, sino como un medio o instrumento a los fines de evitar el entorpecimiento del proceso penal por parte del imputado.

Antes de comenzar este apartado, lo que a primera vista pareciera una crítica a la institución de la prisión preventiva, lejos está de dicha finalidad.

---

<sup>27</sup> MAIER, Julio, en “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado y con jurisprudencia”, Aboso Gustavo, Editorial “b de F”, Buenos Aires, 452.



En primer lugar, ilustrativas son en este punto, las Reglas de Mallorca<sup>28</sup>: *“20.1. La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como “última ratio”. Sólo podrá ser decretada cuando se compruebe peligro concreto de fuga o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas”.*

Es decir, que toda coerción, restricción o injerencia en los derechos del imputado que excedan este marco, no tienen respaldo en la Constitución Nacional ni en los Tratados Internacionales, tornándose inconstitucional su aplicación.

En segundo lugar, tanto nuestra Carta Magna como los Tratados de Derechos Humanos, admiten que la libertad ambulatoria, es un derecho que puede ser “limitado”. Mas esas excepciones, sólo pueden ser en casos y condiciones “no arbitrarias”, fijados de antemano por leyes compatibles con la propia Constitución (según art. 7 de la C.A.D.H.). Por su parte, el art. 18 de la C.N., sólo establece las condiciones, de neto corte formal, que las limitaciones a la libertad ambulatoria -poder de arresto- deben revestir.

Asimismo, a mi juicio, tampoco es atendible el argumento utilizado en la mayoría de los casos (ya que como vemos en el día a día, mínimo es el porcentaje de personas que quedan en libertad bajo alternativas a la prisión preventiva), según el cual se debe privar de libertad debido a que “posiblemente” pueda fugarse o entorpecer el proceso; de ese modo no se afianza la justicia, encarcelando a quien todavía no ha sido declarado culpable. Ello solamente constituye una tremenda e irreparable injusticia, máxime si luego se estableciese su inocencia.

En mi opinión, creo que dependiendo del caso, puede admitirse para afianzar los resultados del proceso, que una autoridad competente por orden escrita autorice a limitar la libertad ambulatoria de una persona, para que no intente evitar las consecuencias legales del delito; sin embargo, no se afianza justicia presumiendo tal peligro, ya sea por el monto de la pena expectativa, por la conducta observada en otros procesos, por la magnitud del daño a resarcir, etc.

Por la vía de aceptar la constitucionalidad del encarcelamiento preventivo, básicamente, por presumirse indebidamente el peligro de actuación de la ley penal o la materialización del juicio, se llegó a una situación de “abuso” donde la excepción se convirtió en regla. Hoy en día, la prisión preventiva constituye el remedio coercitivo por excelencia del sistema penal argentino, en tanto que entre el 60% y el 80% de las personas privadas de la

---

<sup>28</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal. JA 2000-I-163.

libertad no han sido condenadas<sup>29</sup> y están encerradas “por las dudas”. No puede entonces hablarse de otra cosa que no sea de un anticipo de pena.

Por último, debemos ponernos a pensar si son suficientes los motivos para justificar la eficacia procesal y que puedan argüirse a favor de la detención cautelar, cuando la persecución punitiva rara vez respeta las garantías de los individuos, y en muchos casos, resulta ineficaz. Resulta absurdo pensar en una relación de costo-beneficio, cuando en uno de los extremos se encuentra la libertad, la dignidad y la vida de ciudadanos amparados por el estado de inocencia.

## **X. Conclusiones.**

Hemos abordado un tema, a mi entender, muy complejo y de una importancia vital en el proceso penal, tratando de explicar fundamentalmente la implementación de dicho instituto y llevando a cabo una crítica reflexiva. Constituye de mi interés lograr que, desde el lugar en que nos hallemos los operadores jurídicos -tanto abogados como fiscales y jueces- podamos contar con herramientas suficientes y criterios serios, respetuosos de la dignidad de la persona humana, para poder mejorar una realidad que nos incluye a quienes estamos dentro de la sociedad, pero también a quienes se encuentran marginados de ella, es decir, la población carcelaria privada de su libertad, fundamentalmente la situación del “preso sin condena”.

El artículo 19 de la Constitución de la Nación establece que “nadie puede ser penado sin juicio previo en ley anterior al hecho del proceso”. En el mismo sentido se expresan los Tratados y Convenciones Internacionales que forman parte de nuestra Carta Magna y que, muchos de ellos, han adquirido rango constitucional en la Reforma de 1994.

Sin embargo, a pesar de todo lo prescripto en ellas, muchos de los titulados como de “derechos humanos”, en la práctica no se cumple con lo allí establecido. Claramente, me refiero la reglamentación de la prisión preventiva.

La República Argentina constituye un ejemplo sobre el excesivo uso de la prisión preventiva, que en pocas palabras, no es otra cosa que, el encierro de una persona sin que haya sido declarada culpable por sentencia firme, por lo tanto y hasta ese momento, inocente según dicta nuestra Constitución.

Más allá de que esté previsto el instituto de la prisión preventiva, como una medida de coerción personal a los fines del proceso, con esta excusa cada vez más personas son encarceladas sin que haya una sentencia que así lo disponga. Claro reflejo son las

---

<sup>29</sup> CARRANZA, Elías; MORA, Luis P.; HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio R., “*El preso sin condena*” en América Latina y el Caribe, en “Doctrina Penal”, Ed. Depalma, Bs.As, 1982.

cárceles y comisarías, las cuales se hayan desbordadas en todos los aspectos -palpable violación de los “derechos humanos”, por los cuáles hemos asumido compromisos internacionales-.

La filosofía nos demuestra ser una ciencia que no está ajena a esta temática. Elías Neuman citando a Foucault se refería al respecto, “...*Foucault ha demostrado que desde su aparición, las prisiones intentan solucionar la política de seguridad del Estado pero sólo sirven para meter más personas dentro de ellas para que nada se solucione. Sin perjuicio de volver sobre el tema, lo reduciría a una suerte de disonancia musical: recuperación, reeducación, readaptación, resocialización, rehabilitación, reinserción, implican un re sostenido que deviene en un sí menor... Y aún otro re: resignación*”.<sup>30</sup>

Así es necesario afirmar que el imputado, al igual que cualquier otra persona no sometida a un proceso penal, goza del principio de inocencia hasta que una sentencia por un juez competente demuestre lo contrario. Al respecto Maier sostiene, “...*si se autoriza al Estado a perseguir penalmente y se le otorgan los medios para ello, sobre todo la fuerza estatal representada por la coerción personal y real, bueno es requerirle que realice esa actividad en un lapso determinado o ponerle un límite temporal al ejercicio de la coerción procesal ejercida en contra del hombre que sufre esa persecución, incluso, si se quiere, proporcional a la gravedad o a la complejidad de la infracción averiguada. De otra manera, la autorización del uso de la fuerza pública puede acercarse al ejercicio de una facultad ilimitada del Estado y, por ello, contraria al estado de derecho. De allí la necesidad política del límite temporal para el encarcelamiento preventivo como refuerzo efectivo para todas aquellas garantías que se refieren a la libertad física de la persona humana*”.<sup>31</sup>

En definitiva, la prisión preventiva sólo debería imponerse, como medida excepcional y de última razón, cuando no haya otra que fuere más leve y, siempre y cuando concurren fehacientemente los presupuestos fijados para su imposición.

El hecho de la utilización (por demás alarmante) de la prisión preventiva, a lo largo de la historia ha sido por múltiples razones un campo de críticas de la mayoría de los doctrinarios del derecho penal, procesal penal y constitucional; ello se debe a que el Estado, en la aplicación de esta medida coercitiva de carácter personal, no ha respetado los límites y condiciones para la procedencia de la misma. Las altas cifras de población carcelaria con prisión preventiva frente a los condenados, son una de las señales más palpables de la patología del sistema de justicia actual.

---

<sup>30</sup> Neuman, Elías en “La prisión Procesal”, Gabriel Nardiello, Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2007, p. 14.

<sup>31</sup> Maier, Julio en “Plazos de la prisión preventiva”, Carlos Enrique Edwards, Edit. Astrea, Capital Federal, 1995, p. 4.

Cuando sostenemos que en ningún caso puede perseguirse con la aplicación de este instituto fines punitivos o de anticipación de la pena, coincido con expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.”, que la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas, por más aberrantes que puedan ser, como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad.

A lo largo de este trabajo, podemos ver que el Estado en su faz coercitiva trató de convertir a la prisión preventiva como una pena anticipada y no como una medida tendiente a asegurar la finalidad del proceso penal. Afirmamos esto, dándole la seriedad que el tema merece, lo cual nos lleva a recapacitar que su utilización es indiscriminada, arbitraria y discrecional, dado que las estadísticas nos enseñan que el 60% de las personas privadas de su libertad no tienen condena y están a la espera de un juicio por aplicación de la prisión preventiva, que les impide cursar el proceso en libertad. Pero, también, las mismas estadísticas muestran otros datos que, si no amedrentan producen pavor, ya que de ese porcentaje, sólo un 10% logra obtener una sentencia condenatoria que no haya superado el tiempo por el cual estuvo privado de libertad en prisión preventiva.

No sólo se puede observar una aplicación desmesurada de la medida cautelar, sino también una falta de infraestructura, provocando de este modo el hacinamiento en el sistema penitenciario e incumplimiento a las prescripciones que disponen que los procesados y condenados estarán en establecimientos diferentes. Esta aglomeración que se vive en los establecimientos penitenciarios y en las comisarías, evidencia una grave violación a los derechos humanos, conforme al ordenamiento constitucional.

Por todo ello, es la ambición de este ensayo, crear un marco de debate en el cual los operadores jurídicos encaren con decisión política el problema que representa la aplicación de la prisión preventiva, esforzándose por lograr una interpretación racional compatible con las libertades de los ciudadanos, de manera tal que se resguarden efectivamente los derechos y garantías constitucionales, principalmente de quienes se encuentran cumpliendo pena privativa de la libertad bajo la modalidad de prisión preventiva.