

Prisión preventiva.

La subsistencia de criterios *sustancialistas*

1. Planteo del tema

El instituto de la prisión preventiva, es la medida de coerción de mayor intensidad prevista en la normativa procesal y, por lo tanto, su aplicación debe ser de carácter excepcional y subsidiario (art. 210 inc. k CPPF).

El instituto permite la detención sin que exista sentencia condenatoria firme, condicionada a que se verifiquen los presupuestos que hicieran peligrar la eficacia del sistema de enjuiciamiento, los denominados "*peligros procesales*", esto es: 1) el peligro de fuga¹; y 2) el peligro de entorpecimiento de la investigación².

Es imperativo definir la naturaleza jurídica de la prisión preventiva.

2. Los dos criterios para pensar la prisión preventiva

Existen dos grandes corrientes: i) la corriente "*sustantivista*"; y ii) la corriente "*procesalista*".

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: 1) del monto de la pena en expectativa; 2) el tipo de delito imputado; 3) la extensión del daño causado; 4) los medios empleados; 5) si el delito

¹ No existe la posibilidad de realizar el juicio en ausencia del acusado en la República Argentina

² "...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 que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia..." (Corte IDH, caso *Bayarri vs. Argentina*, con cita de la causa "*Chaparro vs. Ecuador*").

La Corte Suprema de Justicia de la Nación viene refrendando tal postura, la que fluye en los precedentes "*Gómez*" -311:652-; "*Estevez*" -320:2105-, "*Napoli*" -321:3630- y "*Trusso*" -326:2716-.

La disposición de una medida cautelar máxima -encarcelamiento- por parte de los jueces requiere la existencia de razones suficientes y acreditadas, que justifiquen la presunción contraria al principio de permanencia en libertad.

no prevé pena de ejecución condicional; 6) las circunstancias o características personales; y 7) 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 anteriores³.

Este criterio asemeja la prisión preventiva a una *medida de seguridad*, porque se establece que el encarcelamiento tiene como finalidad evitar que se continúe en el delito o bien, contentar la necesidad de defensa social contra la *peligrosidad* del sospechoso.

Predicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "*Suárez Rosendo vs Ecuador*", 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.

Mediante la Resolución 2/2019 de la *Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal*, (B.O., 19/11/2019), se decidió poner en funcionamiento determinados artículos del Código Procesal Penal Federal -*Ley 27.063, texto según Ley 27.482 y decreto 118/2019*- (CPPF), para los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del país, en el entendimiento de que son normas que no resultan incompatibles ni contradictorias con el sistema regulado por la Ley N° 23.984, el denominado "*Código Levene*".

Así lo determinó la *Comisión de Implementación*, en cumplimiento de la *aplicación territorial progresiva* que disponen los arts. 2, Ley N° 27.150; 3 y 7, Ley N° 27.063; y 3, Ley N° 27.482.

Es de lamentar que la implementación parcial del *Código Procesal Penal Federal* -arts. 210, 221 y 222, en lo que aquí interesa-, haya incluido los incisos b y c del art 221, que disponen: "...para decidir acerca del peligro de fuga se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas":

³ INECIP, "*El Estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*". Febrero 2012, <http://inecip.org/publicaciones/el-estado-de-la-prision-preventiva-en-argentina-situacion-actual-y-propuestas-de-cambio/>

b. Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos;

c. El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal.

Se trata de pautas contrarias a los postulados constitucionales y convencionales, desde que no se enfocan en apreciar la *peligrosidad procesal*, evaluando, para imponer la prisión preventiva, datos penales propios del hecho y de la pena, desnaturalizando el instituto cautelar, nutriéndolo de razones *sustanciales* vinculadas con la pena.

El aludido art. 221, en sus dos incisos b y c, desnuda estar inspirado en criterios *sustancialistas*.

Se ha utilizado un criterio "*sustancialista encubierto o solapado*", disfrazándolos de "*procesales*", para establecer los presupuestos de procedencia de la prisión preventiva como medida de coerción personal, en franca contradicción con el principio general acuñado por el art. 17 del CPPF, cuando en materia de restricciones a la libertad instruye que: "*Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia de peligro real de fuga u obstaculización de la investigación*" (naturaleza instrumental del encierro cautelar).

La Corte IDH, en el caso "*Fermín Ramírez vs Guatemala*" (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".

En pocas palabras, la aplicación de un criterio *sustancialista* implica la asimilación de una medida de coerción privativa de libertad con la imposición de pena –o medida de seguridad –, concibiéndola como un fin en sí mismo. Comporta una infracción explícita a la garantía del debido proceso –juicio previo- y al *estado constitucional de inocencia*⁴.

Se pretende *sustantivizar* el impedimento liberatorio, sustrayendo el análisis de la cuestión del ámbito *procesal* que le es propio.

Concluyendo, es urgente un cambio cultural de los operadores judiciales y de la sociedad en el abordaje del asunto, es que la sociedad y los medios de comunicación ejercen una intensa presión, popularizando concepto como el de “*la puerta giratoria*”.

Insisto, la prisión preventiva debe ser excepcional y restringido para un correcto funcionamiento de las medidas de coerción y del proceso en general, y rodeada de todas las garantías constitucionales, entre otras la del plazo razonable de la duración de los juicios, con el objetivo explícito de poner fin al estado de incertidumbre en el que se encuentra el imputado.

En ningún caso se puede suponer la prisión preventiva como un adelanto o anticipo de pena, al tiempo que es imperativo desterrar los criterios *sustantivistas*,

⁴ El “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo, es sin duda, el principio de inocencia.

Todo imputado goza de ese “*estado de inocencia*” desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de éste. Ese estado no se destruye con la denuncia, el procesamiento o la acusación; se requiere una sentencia penal condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada: “*juicio previo*”. CLARIA OLMEDO, Jorge A., “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Tomo I -noción fundamentales-, Ediar SA Editores, p. 231

como los enumerados en los incisos b y c del art. 221 del CPPF (*v.gr.: la pena en expectativa, el pronóstico negativo de condena condicional, la constatación de detenciones previas, entre otros*)⁵.

Abundando, siempre debe ser decretada como un instrumento del proceso, con el fin de evitar el entorpecimiento del enjuiciamiento penal por parte del imputado, y, solo cuando las medidas cautelares menos gravosas enumeradas en los incisos “a” a “j” del art. 210 del CPPF, no fueran suficientes para asegurar los evocados fines del proceso (*principios de última ratio, subsidiariedad y gradualidad de las medidas cautelares*)⁶.

La norma citada exige analizar si se verifican indicios claros, objetivos y ciertos que funden las presunciones de fuga y entorpecimiento probatorio y que tales riesgos no puedan ser neutralizados con una contracautela menos intensa que la prisión preventiva, por lo que no alcanza con una mera afirmación genérica y/o dogmática que refiera que ninguna de las restantes medidas menos gravosas contempladas por el 210 CPPF puede mitigar los riesgos procesales existentes, sino que debe, fundadamente y con apoyo en las constancias del caso, explicarse dicho

⁵ La pena en expectativa, la gravedad del delito atribuido, no son por sí mismos parámetros objetivos, en particular si tal afirmación no se apoya en ninguna prueba concreta arrojada al expediente o si la decisión se asienta en resoluciones jurisdiccionales pretéritas que, como en el caso y en cuanto a la declaración de rebeldía dictada en autos, son arbitrarias. Desde esta perspectiva, se concluye que la resolución está basada en afirmaciones dogmáticas y por lo tanto, carentes de legítimo sustento legal y probatorio. Fallos 316:321 y 1285, 318:2299 y 2424; 319:1741; 322:2067; 323:1989

⁶ Al catálogo gradual y unificado de medidas cautelares, incluida en último término la prisión preventiva, se debe establecer la obligación de que el fiscal explique las razones por las cuales no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de cada una de ellas. Es decir, efectuar un análisis de la menos lesiva a la más gravosa, lo que implica un estudio diferenciado y pormenorizado de aquéllas. Poco sirve prever un catálogo si el Ministerio Público Fiscal solicita directamente la prisión preventiva sin explicar, en forma previa, las razones por las que las otras no son idóneas para evitar la fuga o el entorpecimiento. Esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de diferentes medidas y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción. También garantizará el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio pues ese análisis escalonado y gradual (de la menos lesiva a la más gravosa) permitirá a la defensa alegar y centralizar la discusión en alguna cuestión en concreto. Finalmente, se comenzará a dar un papel más preponderante a las medidas cautelares no privativas de la libertad que hoy en día son utilizadas en forma subsidiaria a la prisión procesal.

<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/SantiagoMartinez.pdf>

razonamiento, en función del deber de motivación que ordena el art. 123 CPPN⁷ y el sentido de la prisión preventiva como *ultima ratio*.

La inobservancia de aquella regla descalifica a la resolución como acto jurisdiccional válido conforme la doctrina de arbitrariedad de sentencias elaborada por la C.S.J.N. (Fallos: 308:1041, 316:321 y 1285, 318:2299 y 2424; 319:1741; 322:2067; 323:1989 y 341:242, entre muchos otros). Toda decisión que imponga una medida restrictiva de la libertad debe basarse en los principios de idoneidad, razonabilidad⁸, proporcionalidad y necesidad⁹.

Las Reglas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), define a la prisión preventiva como último recurso (Reglas 6 y 6.1), y reconoce la necesidad de buscar alternativas menos lesivas a la prisión preventiva. En ese sentido, afirma en la Regla 6.2 la necesidad de que las medidas sustitutivas de la detención durante el proceso penal se apliquen lo antes posible¹⁰.

⁷ art. 20 CPPF

⁸ Se utilizará indistintamente el nombre de razonabilidad y proporcionalidad. Las diferencias entre uno y otro vocablo son poco importantes: "*razonabilidad*" tiene su origen en el Derecho anglosajón, y "*proporcionalidad*" en el Derecho europeo continental

⁹ Corte IDH, caso "*López Álvarez vs. Honduras*", del 01/02/2006 Serie C Nro. 141, párr. 67. ROMAGNOLI, Gustavo - PRAVIA, Alberto, "*Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán*", Comentado, Anotado y Concordado, Bibliotex, 2016, Tomo II, p. 536. BIANCHI, Luciano, "*Detención por particulares y requisita*", La Ley 15/06/2018 - AR/DOC/1002/2018

¹⁰ Su inclusión en el Código responde a la recomendación de incorporar medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad (prisión preventiva) emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través, entre otros institutos, de sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008), que proclaman el carácter excepcional de la prisión preventiva y la necesidad consecuente de que los Estados hagan uso de otras medida cautelares que no impliquen la privación de libertad de los acusados mientras dura el proceso penal y, así, que: "Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia" (Principio III, regla 4). Muestra de ello es la reproducción textual, en el precepto, de las sugeridas por aquella Comisión en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (...) que ha dicho "considera[r]" como estándar fundamental de aplicación, que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente mediante la aplicación de una medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el fiscal, el juzgador deberá optar por la aplicación de aquélla, sea en forma individual o combinadas. DARAY, Roberto R., "*Código Procesal Penal Federal*". *Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 99

La Corte IDH¹¹ ha considerado que para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: i) se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii) esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “*test de proporcionalidad*”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana)¹², idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional¹³, y iii) la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas¹⁴.

3. Conclusión

La implementación parcial del Código Procesal Penal Federal constituye una oportunidad perdida, porque para la determinación del riesgo procesal se ha recurrido a parámetros sustancialistas, como el monto de pena en expectativa y los antecedentes sin condena del encartado, entre otros¹⁵.

¹¹ Corte IDH, caso “Romero Feris vs. Argentina”, Sentencia de 15/10/2019. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 391, párr. 92

¹² Corte IDH, *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 89, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 251.

¹³ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 251.

¹⁴ Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 128, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 251. En el mismo sentido el Tribunal Europeo ha sostenido que: “[...] puede surgir arbitrariedad cuando ha habido un elemento de mala fe o engaño por parte de las autoridades; [...] cuando la orden de detención y la ejecución de la detención no se ajusten genuinamente al propósito de las restricciones permitidas por el párrafo relevante del Artículo 5.1; [...] cuando no hay conexión entre el motivo de la privación de libertad permitida y el lugar y las condiciones de detención; [...] cuando no hubo relación de proporcionalidad entre el motivo de detención y la detención en cuestión”. TEDH. *Caso James, Wells y Lee Vs. Reino Unido*. Sentencia de 18 de septiembre de 2012, aplicación N° 25119/09, 57715/09 y 57877/09, párrs. 191 a 95; y *Caso Saadi Vs. Reino Unido*, Sentencia de 29 de enero de 2008, aplicación N° 13229/03, párr. 68 a 74.

¹⁵ La Corte IDH, cuya jurisprudencia -según lo entendió la Corte Suprema (Fallos 321:3630)- “...debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica...” (Fallos: 318:514, considerando 11, párr. 2º) ha afirmado, dentro del contexto general de los instrumentos

La prisión preventiva no puede tener fines que no sean procesales, ni carácter punitivo a la par que no debe establecerse como una regla general en el proceso penal -*principio de excepcionalidad*- (arts. 16, 17 y 209 del CPPF, 18 de la Constitución Nacional, 7.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas -Reglas de Tokio-). Estas pautas son las que deben prevalecer durante la sustanciación de un proceso en función de garantizar la plena eficacia del principio de inocencia (Corte IDH, caso “*Suárez Rosero*”, párr. 77).

El derecho constitucional de “*permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal*”, emanado de los arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., solo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces, con fundamento jurídico y conforme las constancias del expediente consideren que existen causas ciertas, concretas y claras, en orden a un alto grado de probabilidad o un estado de probabilidad prevaleciente de que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 del CPPN y arts. 221 y 222 del CPPF).

El principio de mínima intervención predica que no basta acreditar que una determinada medida cautelar resulta idónea para asegurar la realización de la ley sustantiva, sino que ella tampoco es sustituible por otro modo de intervención estatal menos intenso¹⁶.

Este principio es el que consagra la norma contenida en el art. 210 del novel Código Procesal Penal Federal como parte de un cambio de paradigma en el sistema de enjuiciamiento, y es por ello por lo que se debe examinarse si se ha efectuado un adecuado análisis de los riesgos procesales a la luz de la nueva

internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general.

¹⁶ “...La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal...” (Corte IDH, caso *Palamara Iribarne*, párr. 196; caso *Acosta Calderón*, párr. 74, y caso *Tibi*, párr. 106, caso *López Álvarez*, párr. 67).

normativa procesal aludida y de las circunstancias fácticas verificadas al momento de su dictado¹⁷.

Con preocupación advierto que no se está abandonando el *sustancialismo* propio de la cultura inquisitiva¹⁸. Urge la reforma de la normativa criticada, acogiendo el *criterio procesalista* en toda su intensidad.

¹⁷ CFCP, Sala I, Causa CFP 9608/2018/TO1/62/CFC30 -DE VIDO, Julio Miguel. Reg. 2181/19 del 13/12/2019.

¹⁸ El contradictorio se produce en el marco del incidente de excarcelación, recién cuando la defensa apela el fallo que dispone la cautelar. Se invierte la discusión, en lugar de analizar si el imputado debe transitar el proceso preso, se debate si tiene que hacerlo en libertad