

# **ANÁLISIS CRÍTICO DEL REGIMEN DE EXCARCELACIÓN BONAERENSE**

## **COMENTARIOS EN BASE AL PROYECTO DE LEY DE MARCELO SAIN**

Por Agustín Carrara y Leonel González Postigo

*“En la prisión preventiva se juega el Estado de Derecho”*  
**Daniel R. Pastor**  
Tensiones (2004)

### **I. INTRODUCCIÓN GENERAL**

Recientemente, la provincia de Buenos Aires ha experimentado una serie de cambios legislativos orientados a endurecer su régimen de excarcelaciones, con la intención de responder a las demandas sociales de seguridad.

En este contexto, el diputado Marcelo Saín presentó un proyecto de ley<sup>1</sup> en la Cámara de Diputados provincial, planteando la derogación de la normativa propuesta por el Poder Ejecutivo local e instando a la regulación de la prisión preventiva como medida excepcional de tipo cautelar a partir de una tesis procesalista.

El presente trabajo pretende realizar un comentario a esta acertada propuesta del legislador bonaerense, resaltando los principales cuestionamientos que formula a la orientación político criminal del sistema de excarcelaciones que fuera impulsado.

Al respecto, proponemos un análisis que se centrará en los tres obstáculos que consideramos centrales en la regulación vigente: en primer lugar, la confusión entre la prisión preventiva como medida cautelar o punitiva; luego, el establecimiento de categorías de delitos inexcusables; y, por último, la pretensión de resolver los problemas de seguridad ciudadana a partir de un endurecimiento del sistema penal.

### **II. EXÉGESIS DEL RÉGIMEN DE PRISIÓN PREVENTIVA PROVINCIAL**

El Código Procesal Penal (en adelante, CPP) vigente en la provincia de Buenos Aires fue promulgado en Enero del año 1997 mediante la Ley N° 11.922, abandonando el antiguo texto adjetivo de corte netamente inquisitivo que fuera sancionado en 1915.

A través del nuevo CPP se instauró un modelo de enjuiciamiento de carácter mixto, en atención a que -entre otros factores- la investigación preliminar es conducida por el

---

<sup>1</sup> Expediente D- 996/13-14-0, Fecha Estado Parlamentario: 13/06/2013.

Ministerio Público Fiscal y controlada por el juez de garantías de manera escrita. Esta etapa procesal continúa con un control de la acusación a pedido de la defensa y una audiencia de preparación de juicio en la que interviene el mismo tribunal que lo hará en el debate. Finalmente, una audiencia de juicio, el único momento del proceso en el que se instrumenta la oralidad. Cabe señalar que este sistema procesal se implementó de modo simultáneo en todo el territorio provincial en septiembre de 1998.

Puntualmente, en lo que respecta al régimen de excarcelaciones regulado en el artículo 171 de dicha norma procesal, desde su sanción se le han introducido numerosas reformas que fueron tergiversando la finalidad del encierro preventivo como medida de cautela personal. En este primer segmento del trabajo se abordarán solamente las recientes modificaciones que fueron realizadas por el legislador bonaerense en el transcurso de los últimos dos años, pues en verdad se procura poner de resalto la situación actual sobre esta materia.

#### Orientación de la ley 14.434: Ejes de la reforma

Hacia comienzos del mes de septiembre del año 2012, a través de una serie de exhortaciones públicas, el gobierno provincial exteriorizó la intención de emprender acciones legislativas en pos del desaliento del uso de armas de fuego como respuesta a los problemas de seguridad. Es así que el gobernador, en aquel momento, sostuvo: *“Queremos limitar las excarcelaciones. Queremos que los individuos sorprendidos con estas armas ilegales no puedan gozar de la libertad”*<sup>2</sup>. Es decir, se pretendía imponer restricciones a la libertad ambulatoria durante el transcurso de la investigación preliminar basado en el repudio de ciertas actividades delictivas en sí mismas.

Concretamente, en fecha 5 de septiembre, el Poder Ejecutivo envió a la legislatura local un proyecto de ley tendiente a reformar el régimen excarcelatorio previsto en el artículo 171 del CPP, en base a los siguientes fundamentos nodales:

*“El presente proyecto pretende entonces profundizar la política criminal tendiente a combatir el circuito ilegal de armas de fuego, proponiendo dos modificaciones esenciales: 1) limitar la excarcelación en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego cuando el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o resistirse al procedimiento; 2) obligar a la autoridad policial y judicial a que desde los primeros momentos requiera los antecedentes del imputado para la plena aplicación de las normas excarcelatorias”*.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Al respecto, ver: Tiempo Argentino, “Scioli busca poner límite a las excarcelaciones”, 6/9/2012; La Nación, “Polémica por el proyecto de Scioli para limitar las excarcelaciones”, 6/9/2012; Página 12, “Como para recordar a Blumberg”, 5/9/2012.

<sup>3</sup> PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Mensaje 2752 de remisión del proyecto de ley modificatorio del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, La Plata, 5 de septiembre de 2012, expediente PE- 12/12-13-0.

De este fragmento es posible extraer que la propuesta descansaba sobre la idea de una readecuación del marco normativo procesal para la aplicación eficaz de las normas penales de fondo respectivas a la tenencia o portación ilegítima de armas de fuego. En otras palabras, se proponía un agravamiento de las condiciones de encierro, desde la perspectiva de política pública de seguridad, como medio de disuasión para evitar la comisión de este tipo de delitos en particular.

Sobre este aspecto, coincidimos con el diputado Marcelo Saín, quien en su proyecto aseguró que esta proposición legislativa se asentó en una ilusión y una falacia:

*“La **ilusión normativista** basada en la consideración de que el endurecimiento del derecho penal previene o disuade delitos sin que se lleven a cabo intervenciones institucionales tendientes a hacer más eficaz la acción policial e intentar erradicar de la policía los sectores comprometidos con el crimen y sin intervenir sobre las condiciones sociales que favorecen la violencia y los delitos predatorios y patentes.*

*Y la **falacia parlamentaria** de hacerle creer a la sociedad que se están llevando a cabo iniciativas serias en materia de seguridad pública, cuando lo que en verdad se estaba postulando no era más que una reforma inocua para el control de la criminalidad violenta y, además, manifiestamente inconstitucional”.*

En concreto, el texto del artículo 171 propuesto por el Poder Ejecutivo provincial para denegar la excarcelación estaba redactado en los siguientes términos:

*“En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148°.*

*Tampoco se concederá la excarcelación cuando, en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.*

*A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2° párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado.”*

Tras haberse conocido públicamente, esta propuesta normativa recibió cuantiosas críticas desde una diversidad de sectores<sup>4</sup>. En términos generales, todas ellas apuntaban en dos sentidos: por un lado, una notable contradicción lógica en su redacción; por el otro, serios déficits de constitucionalidad.

Con respecto a lo primero, consideramos que el problema central residió en la estipulación de dos criterios opuestos: por una parte, se reforzó con claridad la corriente procesalista, pues se mantuvo que el encierro preventivo sólo procedería en aquellos casos que se configuren riesgos procesales; mientras que, por otra parte, se

<sup>4</sup>

Un análisis exhaustivo sobre el conjunto de problemas que encierra éste proyecto de ley puede encontrarse en PENNA, Cristian: *Proyecto de reforma del art. 171 del C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires sobre denegatoria de excarcelaciones: crónica de una inconstitucionalidad anunciada*, disponible en el sitio web de la Revista Pensamiento Penal: [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar).

añadió un supuesto sustancialista al establecer que la excarcelación se rechazaría en los casos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, en donde el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento. Es decir, se introdujeron -en un mismo artículo- elementos del derecho penal material (tipo delictivo) junto con argumentos de corte formal (riesgo procesal).

Con relación a lo segundo, entendemos que la afectación constitucional principal se produjo respecto al principio de inocencia. De la redacción expuesta, se advierte que la regla consiste en no dar posibilidad al juez de analizar en concreto si determinada conducta del imputado ante un control policial permite inferir que obstruirá el accionar de la justicia. Esto equivale a decir que se establecieron presunciones *iure et de iure*, impidiendo la verificación de las circunstancias objetivas de cada caso en particular.

Pese a todo, este proyecto fue sancionado por la Cámara de Senadores el día 13 de diciembre del 2012, mientras que el Poder Ejecutivo lo promulgó el 4 de enero del año 2013 (decreto 10/13). La norma fue publicada el 8 de febrero en el Boletín Oficial.

#### Cuestionamientos de organizaciones de derechos humanos

Tal como hemos dicho, la propuesta del gobierno bonaerense recibió nutridas críticas tras su aprobación legislativa, entre ellas, por parte de una serie de reconocidas instituciones, las que instaron a su revisión constitucional en la justicia provincial.

Es así que, en fecha 14 de febrero de 2013, un conjunto de organismos de derechos humanos (Centro de Estudios Legales y Sociales; Comisión Provincial por la Memoria; Centro de Estudios de Política Criminal y Derechos Humanos; Colectivo de Investigación y Acción Jurídica) y los defensores oficiales Julián Axat della Croce y María Fernanda Mestrín, promovieron una acción de inconstitucionalidad contra la ley 14.434 ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, solicitando la suspensión cautelar “in extremis” de la referida norma<sup>5</sup>.

De modo general, la solicitud se sustentó en los siguientes fundamentos:

*“La vigencia efectiva de esta norma afecta la profundización de la institucionalidad democrática, por su contenido peligrosista y provoca un grave conflicto de orden normativo que se sucede cuando una norma provincial repugna no solo el Texto Constitucional sino el juego armónico con los Tratados de protección de Derechos Humanos, de cumplimiento obligatorio (art 11 Constitución Local, art 75 inc 22 CN) no solo convencional sino de la producción de su jurisprudencia e informes...”*

---

<sup>5</sup> El texto completo de la acción de inconstitucionalidad puede encontrarse en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/02/PROMUEVEN-DEMANDA-DE-INCONSTITUCIONALIDAD-excarcelaciones-1.pdf>

En particular, tanto las instituciones como los defensores, respaldaron su reclamo en una serie de agravios, a saber: violación de la garantía de razonabilidad legal por ausencia o fundamentación escasa de la legislación proyectada y por avasallamiento inconstitucional de las competencias republicanas; afectación al principio de inocencia y a gozar de libertad durante el proceso; contravención al principio de igualdad; agravamiento de la crisis carcelaria de la provincia -violación al precedente “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”-; vulneración de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional; consecuencias escandalosas sobre la población procesada penal juvenil; efectos de la ley pretendida en relación a la responsabilidad internacional del Estado Argentino, en tanto desacato de los derechos humanos contemplados en los tratados.

Asimismo, en esta misma causa, la Asociación Pensamiento Penal se presentó en carácter de amigo del tribunal, planteando la anticonvencionalidad de la ley en punto a la afectación del principio de progresividad de los derechos humanos y la prohibición de regresividad<sup>6</sup>. A este respecto, en su escrito, la institución sostuvo:

*“El principio de progresividad se encuentra consagrado de modo expreso por el artículo 26 de la CADH respecto de los derechos económicos, sociales y culturales y puede ser definido como el compromiso estatal de implementar medidas legislativas o de otro carácter que paulatinamente mejoren los estándares de derechos previstos en el orden doméstico, procurando su progresiva superación.*

*La prohibición de regresividad es la necesaria contra cara del principio de progresividad e implica el impedimento de introducir modificaciones legislativas, o de otro orden, que disminuyan los niveles preexistentes de derechos y garantías. Sería incoherente y contradictorio predicar que los Estados tienen el compromiso de hacer progresar los derechos si a la vez admitiéramos que también tienen la posibilidad de introducir modificaciones legislativas, o de otro orden, que hagan retrogradar esos estándares”.*

### Aspectos centrales del fallo de la Suprema Corte de Justicia bonaerense

En función del pedido efectuado por las nombradas organizaciones, la Suprema Corte provincial dictó el día 26 de febrero una medida cautelar declarando la suspensión de los efectos de la ley 14.434, hasta tanto se dicte una sentencia definitiva<sup>7</sup>.

En el voto de la mayoría, conformado por las exposiciones de los jueces Lázari, Negri y Genoud, se puso de resalto que la libertad del imputado constituye la regla durante la tramitación del proceso, con base en el principio de inocencia. En esta directriz, también aseguraron que no cabe limitar la posibilidad de excarcelación convirtiendo la prisión preventiva en una carga más gravosa para el imputado que la posible pena que

<sup>6</sup> El memorial de *amicus curiae* presentado por la Asociación Pensamiento Penal puede ser consultado en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/02/AMICUS-EXCARCELACIONES1.pdf>

<sup>7</sup>

El fallo completo puede verse en: [http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/FA13010015-SUB0956236-centro\\_provincia\\_inconst-buenos\\_aires-2013.htm?0](http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/FA13010015-SUB0956236-centro_provincia_inconst-buenos_aires-2013.htm?0)

le correspondería de ser condenado. Además, sostuvieron que la coerción personal durante el proceso sólo debe tender a evitar que el imputado obstaculice la investigación de la verdad o que mediante su fuga impida la realización del juicio o la eventual aplicación de la pena. En concreto, respecto a lo estipulado en el texto de la ley 14.434, los magistrados del voto mayoritario se manifestaron del siguiente modo:

*“No se trata ya de imponer la restricción a la libertad del imputado durante el proceso para evitar que lo burle con su conducta o que lo entorpezca, sino que más bien la norma parece inclinarse a establecer una categoría abstracta de lo no excarcelable –lo cual quebrantaría asimismo el art. 16 de la Constitución Nacional- atendiendo a la clase de delito sumado al hecho de eludir el accionar de la autoridad o resistirla en la ocasión del procedimiento que culminó en su detención, sin dejar margen de apreciación al juez acerca de la entidad de este último requisito en relación a la posibilidad de que se sustancie el proceso sin obstáculos derivados de la permanencia en libertad de aquél”.*

En último lugar, agregaron que la concesión a la autoridad policial de la facultad de incidir sobre la libertad locomotiva de las personas consiste en una delicada potestad que sólo debe ser ejercida por un magistrado con las pruebas circunstanciadas y suficientes del caso sometido a su estudio.

Por su parte, los jueces Hitters, Kogan y Pettigiani votaron compartiendo la solución propuesta por la mayoría, pero con sus propios fundamentos. El primero de ellos hizo hincapié en los argumentos constitucionales y la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana en relación a los estándares del encarcelamiento preventivo. La jueza Kogan expuso brevemente que, así redactada, la normativa entraría en colisión con los principios citados por los organismos de derechos humanos en su presentación. Por último, el juez Pettigiani destacó que la reforma procesal podría desnaturalizar el fin cautelar del instituto de la prisión preventiva al convertirlo en una suerte de punición anticipada, con el consecuente agravamiento para la libertad del imputado.

#### Situación actual: La ley 14.517

En el marco de un conjunto de medidas tendientes a lograr “la pacificación social” en base a la reducción del uso de armas de fuego y con la intención de subsanar las objeciones formuladas por la Suprema Corte de Justicia, el 7 de mayo de 2013 el Poder Ejecutivo envió a la legislatura una segunda versión de reforma del artículo 171 del CPP. Sobre su finalidad, el gobernador expresó: *“Buscamos con el Poder Legislativo actualizar la legislación vigente, para acorralar y encarcelar a aquellas personas que sean sorprendidas con armas de fuego y que tengan antecedentes. Que entren y no salgan”*<sup>8</sup>. De manera preliminar, en función a estas declaraciones, se

<sup>8</sup> Sobre ello, ver: Minuto Uno, “Scioli envía proyectos para desalentar el uso de armas”, 8/5/2013; Buenos Aires Noticias, “Scioli enviará hoy a la Legislatura el nuevo proyecto de Ley de Excarcelaciones”,

puede sostener que el nuevo proyecto mantuvo inalterable la orientación político criminal que motivó la redacción de la primera propuesta que fuera suspendida: endurecer el sistema penal para resolver las demandas sociales de seguridad.

Concretamente, el nuevo texto, sancionado el 13 de junio, promulgado al día siguiente y publicado el 8 de julio en el Boletín Oficial bajo la ley N° 14.517, fue el siguiente:

*“En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148.*

*El juez podrá considerar que concurren esos extremos cuando, en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.*

*A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2º párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado”.*

Respecto al texto de esta norma, que se halla vigente, es menester aclarar cuáles son sus diferencias con la ley 14.434 y en qué medida aún continúa siendo cuestionable a la luz del sistema de garantías constitucionales que rige en esta materia.

Por una parte, se advierte que la única modificación introducida en relación al articulado original consiste en el otorgamiento a los jueces de la potestad de verificar si el intento de fuga y la portación de armas constituyen un riesgo para el proceso que justifique mantener al imputado en prisión preventiva. Cabe señalar que este cambio significa un avance toda vez que elimina el imperativo para que los jueces decidan la situación del acusado en un único sentido, lo cual había sido objetado en tanto limitaba la valoración de los magistrados sobre cada caso en particular y vulneraba de un modo flagrante el principio de inocencia.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que aún permanecen incólumes una serie de graves y notorios defectos que impiden que la norma supere ciertos estándares mínimos de constitucionalidad, los cuales serán abordados en extenso en los siguientes capítulos:

- Concepción de la prisión preventiva como coerción sustantiva.
- Establecimiento de ciertos delitos de carácter inexcusables.
- Instauración de restricciones a la libertad ambulatoria en el trámite del proceso como única respuesta a las demandas de seguridad.

---

7/5/2013; Infobae, “Scioli hará cambios a la ley de excarcelaciones frenada por la Justicia”, 23/4/2013.

### III. CRÍTICAS A LA FUNCIÓN MATERIAL DEL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

El régimen de excarcelaciones que rige en territorio bonaerense aún adolece de un déficit central que se mantuvo presente e inalterable desde la propuesta primigenia: introducir elementos del derecho penal de fondo para restringir la libertad ambulatoria.

Sin embargo, lo cierto es que este paradigma ha sido abandonado hace muchos años. En esta sección, en primer lugar, veremos de qué manera se ha criticado esta lógica desde el foro académico y cuáles son los lineamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha fijado en esta materia.

Por otra parte, en segundo lugar, el nudo principal de este capítulo reside en discernir cuáles son las fuerzas políticas centrales que subyacen en la disputa acerca de la consideración de la prisión preventiva como coerción procesal o sustancial. Tal como advertiremos, existen permanentes tensiones que ejercen condicionamientos para la efectiva consolidación de la etapa de debate como momento central del proceso.

Por último, se graficará que es posible discutir sobre el encierro preventivo en el marco de audiencias públicas y orales, exponiendo las ventajas que ello supone, a partir de la experiencia piloto sobre flagrancia llevada a cabo en la provincia de Buenos Aires.

#### Coerción material vs. Coerción procesal

Los planteos alrededor de la naturaleza de la prisión preventiva, si bien discutidos y saldados desde hace mucho tiempo, se podrían traducir en la disputa en torno a dos tendencias: por una parte, la concepción del encierro provisional como una forma de coerción sustantiva o, por la otra, como coerción de carácter procesal.

La primera de ellas asimila el encarcelamiento preventivo a una sanción propia del derecho material, con fundamentos de ese tenor, cuya finalidad consiste en castigar al imputado de modo adelantado; mientras que, la segunda, lo concibe como una medida de cautela personal sin un objetivo en particular, en tanto se orienta principalmente a resguardar los fines del proceso. La opción por uno de estos dos extremos determina, en esencia, el modo en el que se legisla el instituto.

Lamentablemente, la regulación que adoptó el CPP de la provincia de Buenos Aires se enmarca en la primera postura, criticable en función a que es impresentable pensar en una medida punitiva cuando en realidad “la privación preventiva de libertad de los



inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena”<sup>9</sup>.

A este punto se refirió Marcelo Saín en su proyecto, afirmando que “la prisión preventiva es sustancialmente diferente a la pena privativa de la libertad. Ambas implican la privación de la libertad de una persona pero, en el primer caso, se trata de una persona inocente encarcelada cautelarmente durante el proceso, mientras que en el segundo caso, se trata de una persona condenada mediante una sentencia firme”.

Alberto Bovino, al respecto, ha sostenido que “resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del derecho penal material), o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos”<sup>10</sup>. Estos argumentos pertenecen a una etapa posterior en donde eventualmente pueden ser alegados: el juicio.

Además, Cafferata Nores puso en crisis esta concepción en base a tres argumentos<sup>11</sup>:

1. Por implicar la medida de seguridad una restricción de la libertad personal de quien la sufre, rige a su respecto el principio de reserva de la ley penal. Cuando una norma procesal instituye, bajo el disfraz de coerción procesal (detención o prisión preventiva), una medida de seguridad no prevista en el Código Penal, disponiendo su aplicación a hipótesis no consideradas por este cuerpo legal como merecedoras de tal tratamiento, viola francamente el aludido principio;
2. Siendo la medida de seguridad una consecuencia del delito, que se resuelve en una verdadera restricción a sus derechos, su aplicación debe quedar también comprendida por la garantía constitucional del juicio previo, por lo cual no se le puede imponer antes de la culminación de éste;
3. Como la aplicación de esta medida presupone la comisión de un delito, rige también a su respecto el principio de inocencia. Por tal razón, no es posible aplicarla aun bajo la forma de coerción procesal.

En el mismo sentido se ha expedido en sus sentencias la Corte IDH:

---

<sup>9</sup> HELIE, M. Faustin: *Traité de l’instruction criminelle ou theorie du Code d’instruction criminelle*, Ch. Hingray, París, 1853, vol. V, p. 748, citado en IBANEZ, Perfecto Andrés: *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, disponible en el sitio web [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

<sup>10</sup> BOVINO, Alberto: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 137.

<sup>11</sup>

Cfr. CAFFERATA NORES, José: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983, pp. 13-14.

*“...Para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.*<sup>12</sup>

Ahora bien, por estos motivos, podemos afirmar que el régimen de excarcelaciones bonaerense ha concebido a la prisión preventiva como una medida de sanción, incorporado supuestos que nada tienen que ver con una instancia meramente procesal como lo es la discusión sobre la libertad durante el proceso. Los criterios de restricción relacionados con el tipo de delito (en este caso, portación de armas de fuego) consisten en argumentos que deberán ser discernidos en el juicio, en donde se debate respecto de la conducta, su ilicitud y, en definitiva, sobre la responsabilidad penal.

Por otra parte, en la dicotomía coerción procesal-coerción sustantiva subyace la tensión entre dos fuerzas centrales: por una parte, el resguardo del sistema de garantías; por la otra, la eficacia del proceso penal<sup>13</sup>. Mientras que la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada transmite una imagen de eficiencia en la persecución penal, su uso racional y excepcional se condice con el resguardo de las garantías constitucionales que amparan al imputado durante el proceso.

Esta tensión ha sido explicada claramente por Pastor en los siguientes términos: “el encarcelamiento preventivo asegura del modo mas firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera mas cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado; la libertad irrestricta durante el proceso, en cambio, no importa afectación tan extrema a esos derechos, pero pone en peligro, por

---

<sup>12</sup> Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 111. En el mismo sentido se ha expresado en: Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 103; Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No.135, párr. 198; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111; Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180.

<sup>13</sup> Se ha intentado trasladar este cuadro de tensión a los fines del proceso penal en general, sin embargo, Binder ha apuntado con claridad hace mas de veinte años que “cada modelo de procedimiento criminal es, en realidad, una determinada síntesis de estas dos fuerzas o tendencias. La dialéctica eficiencia/garantía se resuelve en una síntesis –culturalmente condicionada- de la que surgen los modelos procesales que conocemos actualmente y los que se han ido conformando a lo largo de la historia”. Cfr. BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 1ra ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 52.

la posible fuga del imputado o la hipotética obstaculización de la investigación, la realización del juicio y la aplicación de la ley”<sup>14</sup>.

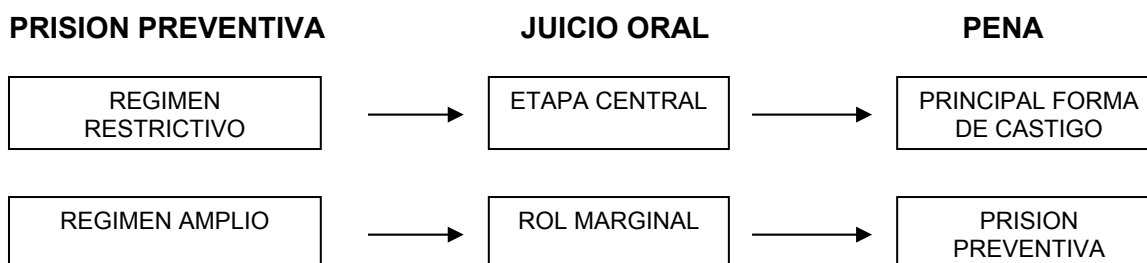
Con lo cual, podemos sostener que el régimen de excarcelaciones adoptado por la provincia de Buenos Aires ha elegido, en la tensión garantías-eficiencia, menguar el primero de los factores a favor de una aparente lucha eficaz contra la delincuencia.

### Condicionamientos entre la prisión preventiva y el juicio

Los modelos acusatorios e inquisitivos asignan diferente valor a las etapas del proceso penal. Mientras que el primero prioriza la audiencia de juicio como momento central del procedimiento, y en base a ella orienta el resto de las instancias, el segundo concede un rol protagónico a la instrucción como eje para la producción probatoria.

Simultáneamente, lo mismo ocurre con la adopción de una lógica sustantiva o procesal con respecto al encarcelamiento preventivo. Sobre este punto, se ha dicho que ‘la regulación de la prisión preventiva determina también el modo de funcionamiento y, especialmente, los incentivos que el sistema plantea a la persecución penal. Si el régimen de prisión preventiva es restrictivo, esto tiene por efecto elevar los incentivos para que los fiscales busquen el juicio y la pena como principal forma de acceder al castigo que pretenden. Por el contrario, si la regulación de la prisión preventiva es generosa con el otorgamiento de la medida, los incentivos de la persecución se trasladan desde el juicio y la pena a esta medida provisional, lo que con el tiempo contribuye a su instalación como centro de la actividad persecutoria. Esto, a su vez, condiciona fuertemente la actividad de jueces y defensores, que se ven incentivados a trasladar la discusión de fondo desde el juicio a la prisión preventiva”<sup>15</sup>.

La interacción entre prisión preventiva, juicio y pena se podría graficar así:



<sup>14</sup> PASTOR, Daniel: *El encarcelamiento preventivo*, en MAIER, Julio (comp.): *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 44.

<sup>15</sup>

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian: *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*, 1ra edición, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2011, pp. 14-15.

En atención a lo expuesto, se puede observar que el tipo de regulación que se adopte con relación al régimen de libertad impacta en el incentivo para consolidar el juicio como centro del proceso penal. En el caso de la provincia de Buenos Aires, no solo se optó por incluir argumentos de fondo para limitar las excarcelaciones, sino que en términos generales se eligió depreciar el juicio como institución, lo cual deriva en una afectación al conjunto del sistema de justicia penal.

Es por este motivo que resulta tan importante el debate sobre la regulación de la prisión preventiva: puede suceder, en un modelo de coerción sustantiva, que el castigo se aplique directamente por la vía del uso de esta medida de cautela personal, deslegitimando el juicio como momento rector para asignar responsabilidad penal.

#### Buenas practicas: La experiencia piloto en Mar del Plata

De manera paradójica, la provincia de Buenos Aires experimentó recientemente una experiencia de innovación en la toma de decisiones sobre la prisión preventiva, absolutamente diferente a la que hemos descripto hasta aquí.

En verdad, en julio del año 2005 comenzó a implementarse en la ciudad de Mar del Plata el denominado “Plan Piloto para el fortalecimiento del sistema acusatorio”<sup>16</sup>, cuyo objetivo principal residió en celebrar audiencias en la investigación penal preparatoria, para los delitos cometidos en flagrancia que tuvieran prevista una pena de prisión menor a los 15 años y, cuando correspondiere, la celebración del juicio en un plazo máximo de 90 días desde la comisión del hecho.

El plan piloto contemplaba la realización de una audiencia “de excarcelación y posibles acuerdos”, la cual debía ser fijada dentro de los 5 días de ocurrida la aprehensión del imputado. En ella, además de debatir sobre la procedencia o no de la excarcelación, las partes podían discutir sobre cualquier otro tema que se plantee.

Ahora bien, esta metodología de trabajo se distingue por una serie de ventajas. Entre ellas, con respecto al plan, se ha apuntado que “uno de los ejes del éxito ha sido el mayor control respecto de las medidas cautelares en el marco de la contradicción, al haberse incrementado a través de las audiencias las discusiones entre las partes respecto de la necesidad o no de la cautela. Este factor adquiere especial importancia frente a la situación que atraviesa la provincia debido a la sobrepoblación de unidades

---

<sup>16</sup> El Plan Piloto se diseñó a partir de la necesidad de profundizar el sistema acusatorio que había comenzado a regir en la provincia de Buenos Aires en el mes de septiembre de 1998. El convenio en el cual se sentaron las bases para su realización fue suscripto por la Suprema Corte de Justicia, la Procuración General y el Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires, junto con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

penitenciarias y comisarías, que ha llevado a recibir una fuerte advertencia de la Corte Suprema federal en el caso “Verbitsky”, fallado el 3 de mayo de 2005”<sup>17</sup>.

En efecto, se advierte que es posible instalar nuevas formas para debatir la prisión preventiva o, en otras palabras, sobre la procedencia o no de la excarcelación. Una audiencia permite, entre otras cosas, visibilizar los argumentos: en el caso de los nuevos supuestos previstos en el artículo 171 del CPP, estos no serían suficientes para denegar una excarcelación, en tanto sería necesario reconducirlos siempre hacia los riesgos procesales, sin apoyatura solamente en el tipo de delito.

#### **IV. INEXCARCELABILIDAD: Obstáculos constitucionales para considerar ciertos delitos como inexcrcelables**

La inexcrcelabilidad de determinados delitos constituye una problemática que nunca abandona el espacio de discusión pública, tanto en Argentina como en el resto de América Latina. En efecto, al día de hoy aún se debate sobre si el legislador tiene o no la posibilidad de forzar a los jueces a que necesariamente impongan la prisión preventiva a una persona, basándose exclusivamente en el delito por el cual se lo acuse.

En este capítulo, nos proponemos analizar las principales causales y criterios de inexcrcelabilidad que han imperado en nuestro país y cómo han sido desvirtuados, para remarcar los problemas constitucionales que presentan. Por otra parte, nos centraremos en cuáles son los indicadores que permiten configurar los riesgos procesales, y si a partir de ellos puede inferirse la existencia de algún tipo penal que implique por sí mismo la inexcrcelabilidad del delito; para esto último, mostraremos cuáles son los indicadores que recoge la actual legislación de la Provincia de Buenos Aires, y los cambios propuestos en este tema por el proyecto de ley presentado por Marcelo Saín.

Como última aclaración, cabe resaltar que las legislaciones procesales penales más modernas adoptan una lógica diferente –prácticamente opuesta–, y no acuden al concepto de “excrcelabilidad” sino al de “cese de la prisión preventiva”. Esto no implica simplemente un cambio de palabras, sino la incursión en un paradigma distinto, donde la libertad durante el proceso penal es concebida efectivamente –y no solo formalmente– como la regla. Esto se plasma, por ejemplo, en la posibilidad de

---

<sup>17</sup> “Informe evaluativo del Plan Piloto para la Profundización del Sistema Acusatorio en Mar del Plata”, INECIP-CEJA, *Revista Sistemas Judiciales*, Ediciones del Instituto (INECIP), Buenos Aires, N° 11, 2006, p. 58. Disponible en [www.inecip.org](http://www.inecip.org) y [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org).

que el cese de la prisión preventiva pueda operar incluso de oficio<sup>18</sup>. En nuestra opinión, éste es el modelo más respetuoso de nuestra Constitución.

### Causales tradicionales de inexcrcelabilidad

Tradicionalmente, en nuestro país se han verificado dos factores distintos en los cuales se ha intentado fundar la inexcrcelabilidad de ciertos delitos. Sus diferencias residen no solo en las distintas cuestiones a las cuales refieren cada uno de ellos, sino también a la intensidad de su vigencia en la discusión actual.

El primero de estos factores puede asociarse a una cuestión estrictamente cuantitativa: la magnitud de la pena en expectativa. Esto implica que la posibilidad de transitar el proceso en libertad dependerá de cuál sea la escala penal correspondiente al delito –o los delitos– que se intenta determinar si el acusado cometió. Como señala Daniel Morín, “la razón del encarcelamiento obligatorio pretende, al menos, fundarse en un motivo de naturaleza estrictamente procesal: el peligro de fuga”<sup>19</sup>. Es decir, el legislador interpreta que, frente a una eventual condena que oscile entre ciertas magnitudes de pena, el acusado indefectiblemente intentará huir.

El segundo factor que se ha utilizado para fundar la inexcrcelabilidad se relaciona con un aspecto cualitativo: el tipo de conducta que se reprime. Esto refiere a la naturaleza del delito o del bien jurídico afectado (en definitiva, ambos conceptos representan las dos caras de la misma moneda). Aquí, el fundamento no puede asociarse a ninguno de los dos peligros procesales, sino que responde exclusivamente a razones de prevención general –sea positiva, negativa o ambas–. Así, el legislador considera que determinados delitos entrañan una gravedad social tal que justifican que el imputado no pueda gozar de su libertad durante el proceso.

Como se explicará a continuación, ambos criterios han sido controvertidos y desvirtuados en la jurisprudencia. Sin embargo, esto no implica que no mantengan algún grado de vigencia en la actualidad. En los espacios de discusión pública caracterizados por la demagogia y la desinformación sobre las garantías constitucionales, la naturaleza del delito parecería ser aún un argumento válido para justificar la prisión preventiva forzosa en ciertos delitos –por ejemplo, los asociados a la afectación de la integridad sexual–. Por el contrario, en las discusiones dadas en

---

<sup>18</sup> Pueden consultarse, entre otros, los Códigos Procesales Penales de las provincias de Córdoba (art. 283), Santiago del Estero (art. 168), Santa fe (art. 227), Chubut (art. 226), y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 173).

<sup>19</sup> MORÍN, Daniel Emilio, “Crisis de las pautas objetivas que limitan la libertad durante el proceso penal. A propósito del fallo ‘Vicario’ de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, CASACIÓN, n° 1, Editorial AD- HOC, 2001, pp. 433 a 470.

espacios “técnicos” (jurídicos, legislativos, académicos), si bien este criterio ha perdido mucho peso, la situación es distinta al tratar la cuantía de la pena: se admite casi unánimemente que no puede ser éste el único factor para fundar el rechazo de la excarcelación, pero sigue siendo un elemento a considerar junto con otros.

Con respecto a cómo se ha desvirtuado *la inexcrcelabilidad por la cuantía de la pena*, son numerosos los precedentes judiciales de distintos tribunales de nuestro país que se han expedido en el sentido de tomar como criterio principal la evaluación de los riesgos procesales<sup>20</sup>. A esto deben agregarse las pautas sentadas por organismos internacionales, principalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>21</sup>.

El punto de partida de estas posturas consiste en que la libertad durante el proceso penal únicamente puede ser restringida cuando se verifica la existencia de alguno de los dos peligros procesales: riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. Ahora bien, la adopción de criterios procesalistas exige una serie de pautas. Entre ellas, la más relevante consiste en que cualquiera de estos dos peligros debe ser demostrado en el caso concreto –en base a distintos indicadores, que posteriormente analizaremos–; esto implica que no puedan presumirse de manera abstracta o generalizada para cierto universo de casos (por ejemplo, todos los acusados por delitos cuya pena mínima supere cierto límite).

Con respecto a cómo se ha desvirtuado *la inexcrcelabilidad por la naturaleza del delito*, el fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Nápoli”<sup>22</sup> representa un precedente decisivo. Aquí, tomando argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Suárez Rosero”, nuestro máximo tribunal consideró que este tipo de fundamentos utilizados para denegar la excarcelación transforman a la prisión preventiva en una medida punitiva, quitándole su carácter cautelar.

En concreto, el caso versaba sobre la posibilidad de concederle la excarcelación a una mujer procesada por el delito de intermediación en la supresión de la identidad de un menor de diez años de edad (art. 139 bis CP). El art. 316 del Código Procesal Penal de la Nación, en su párrafo segundo, restringe las posibilidades de excarcelar a los imputados por ciertos delitos, entre los cuales se encuentra el del art. 139 bis CP.

---

<sup>20</sup> Entre otros: Fallos 316:1934 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “Gotelli”), de fecha 07/09/1993; Acuerdo n° 1/2008 en Plenario n° 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal (Caso “Díaz Bessone”), de fecha 30/10/2008; fallo “Macchieraldo” de la sala III de la CNCP, 22/12/2004; fallo “Chabán”, de la sala III de la CNCP, 24/11/2005; fallo “Castells”, de la sala III de la CNCP, 11/08/2005; fallo “Espíndola”, de la sala III de la CNCP, 27/11/2006; fallo “Barbará”, de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, 10/11/2003.

<sup>21</sup>

Por ejemplo, informe n° 35/07 de la Comisión, en el caso “Peirano Basso”, del 14/05/2007.

<sup>22</sup> Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C. P., N. 284. XXXII, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22/12/1998.

Frente a esto y en base al análisis de los antecedentes parlamentarios, la Corte Suprema consideró que esta decisión del legislador responde exclusivamente a la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula. De esta manera, el Poder Legislativo “recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva”, motivando la limitación de la libertad personal durante el proceso “en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas”<sup>23</sup>.

Es evidente que tanto la inexcrcelabilidad fundada en la cuantía de la pena como aquella basada en la naturaleza del delito resultan violatorias de varios principios y garantías constitucionales. En primer lugar, como bien señala Saín en su proyecto, se pone en juego el *principio de división de poderes*, desde que el legislador fuerza al juez a imponer la prisión preventiva, quitándole la posibilidad de evaluar si se configura o no algún peligro procesal, y por ende si es necesario –y justificado– restringir la libertad de esta manera. Cuando la inexcrcelabilidad se funda en la naturaleza del delito y se desnaturaliza el carácter cautelar de la medida, no solo se le quita al juez la facultad mencionada, sino que el legislador directamente decide la aplicación de una pena. En estos casos, resulta manifiesto que también se vulnera el *principio de inocencia*, desde que se decide la aplicación de una medida punitiva sin el correspondiente *juicio previo*, aparentando que se trata simplemente de una medida cautelar. Todo lo dicho implica que en ambas formas de inexcrcelabilidad se afecte la necesaria razonabilidad de las leyes derivada del *principio republicano de gobierno*, ya sea cuando la ley presume un peligro procesal que puede no presentarse en el caso, o cuando altera la naturaleza cautelar de la prisión preventiva. Por otra parte, es indudable que este tipo de normas quebrantan el *principio de igualdad*: en el caso de la inexcrcelabilidad fundada en la naturaleza del delito, se viola el derecho a un trato igualitario respecto a los imputados por otros delitos; en el caso de la prisión preventiva fundada exclusivamente en la cuantía de la pena, se dispensa el mismo trato a personas acusadas por delitos con escalas penales idénticas o relativamente cercanas, pero que pueden encontrarse en situaciones distintas (es decir, que en algunos casos exista un peligro procesal y en otros no). Por último, es evidente la forma en que se violenta el *derecho a la libertad ambulatoria*, que interpretado junto con el principio de inocencia permite afirmar el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Nápoli...*op. cit.*, considerandos 15 y 16.

<sup>24</sup> BOVINO, Alberto, “*El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*”, publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As., 1998, pp. 148/9.



### Configuración del riesgo procesal: indicadores a considerar.

Partiendo de la idea según la cual la prisión preventiva únicamente puede aplicarse cuando se verifique la existencia en el caso concreto de alguno de los riesgos procesales –o de ambos–, es necesario determinar cuáles son algunos indicadores constitucionalmente adecuados para evaluar si se configuran dichos peligros. Esto significa tomar indicadores respetuosos de un criterio procesalista respecto de la prisión preventiva, y que no enmascaren en modo alguno un criterio sustantivista y por ende inconstitucional<sup>25</sup>.

Con respecto a cómo tener por acreditado el *peligro de fuga*, los elementos a valorar deben apuntar exclusivamente a demostrar tanto la voluntad del imputado para darse a la fuga, como las posibilidades efectivas de llevar a cabo este propósito. En este sentido, parece razonable evaluar –por ejemplo– el comportamiento de la persona en este y otros procesos (para determinar conductas previas de evasión o actos actuales que podrían resultar preparatorios de una fuga), el arraigo del imputado (centrándose en factores tales como el domicilio, la familia, el trabajo, y las amistades), las facilidades que tenga para abandonar el país y/o para permanecer oculto (recursos económicos, contactos, posibilidad de cambiar su identidad, etc.), entre otros. Es fundamental destacar dos cuestiones: por un lado, estos son solamente algunos ejemplos de indicadores que resultan compatibles con nuestro ordenamiento constitucional, sin que la enumeración pretenda ser taxativa en modo alguno; por otra parte, ningún indicador por sí solo puede bastar para dar por acreditado el peligro de fuga, sino que es imprescindible un análisis global de todos ellos.

Puede plantearse la inquietud de si existe algún delito que lleve aparejado necesariamente un peligro de fuga. Durante muchos años, ésta fue la interpretación que prevaleció frente a delitos con escalas penales que superaban determinados mínimos y máximos. Como ya se mencionó previamente, este criterio ha sido correctamente dejado de lado, existiendo amplio consenso en la actualidad de que la magnitud de pena en expectativa es tan solo un factor a tener en cuenta, mas no uno decisivo. Otro caso interesante para mencionar en este punto es el de aquellos delitos

---

<sup>25</sup> Los últimos estudios sobre el estado de la prisión preventiva en Argentina tienden a concebir una clasificación denominada *criterios sustantivos encubiertos*, entendidos como aquellos que “fundamentan el encarcelamiento sobre la base del peligro de fuga; sin embargo, la contradicción está dada por el criterio utilizado para acreditar el peligro, esto es, la seria posibilidad de que en el caso de ser condenado, la pena sea de efectivo cumplimiento. El razonamiento, entonces, consiste en tomar el *quantum* de la pena para presumir que el imputado eludirá la acción de la justicia porque, de acuerdo con las normas de fondo, en caso de ser encontrado culpable, la pena no podrá ejecutarse en forma condicional”. Cfr, Informe *El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*, dirigido por Diego García Yomha, INECIP, Buenos Aires, 2012, p. 38.

que parecerían tener una relación “natural” con un eventual peligro de fuga: por ejemplo, los de atentado y resistencia a la autoridad. Sin embargo, tampoco creemos que estos tipos penales por sí mismos puedan traer aparejada la necesaria imposición de la prisión preventiva, porque, insistimos, en todos los casos se debe demostrar que existen circunstancias objetivas que permitan inferir que el imputado, en esa situación particular, intentará eludir la acción de la justicia. En definitiva, no existe delito alguno en el cual pueda asumirse a priori que se configurará el peligro de fuga.

El actual art. 171 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, en su párrafo segundo, hace referencia a algunos supuestos en los cuales “el juez podrá considerar que concurren” los peligros procesales. De las distintas circunstancias mencionadas, puede entenderse que algunas de ellas refieren específicamente al peligro de fuga: todo supuesto en el cual “el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento”. Estos pueden ser indicadores idóneos para evaluar el riesgo procesal en cuestión. Sin embargo, de ninguna manera pueden ser suficientes para fundar por sí mismos la obligatoria imposición de la prisión preventiva, como ocurría en la redacción anterior de la norma (habiendo derivado esto en la ya mencionada declaración de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte de la Provincia). Al momento de ser presentado el proyecto de ley del diputado Saín, aún regía esta aplicación forzosa de la medida cautelar, por lo cual el autor propuso –acertadamente– eliminar este segundo párrafo del art. 171 CPPBA.

Con respecto al *riesgo de entorpecimiento de la investigación*, los indicadores a analizar también deben considerar tanto la voluntad del imputado de obstruir el proceso como las condiciones de posibilidad para lograrlo. Este peligro procesal puede reducirse a dos supuestos básicos: el ataque a testigos, peritos y/o coimputados, y el ataque a la prueba material. En cuanto al primer caso, para determinar si el imputado influirá para que esos sujetos informen falsamente o se comporten de forma desleal o reticente, puede tenerse en cuenta la posibilidad efectiva de acceder a ellos, los recursos económicos para influir en sus voluntades, los antecedentes de amenazas o coacciones en este sentido, y en líneas generales la relación previa con estas personas. Por otra parte, para determinar si el imputado ocultará, destruirá o modificará elementos de prueba, puede evaluarse tanto el conocimiento que tenga de la prueba material existente, la posibilidad efectiva de acceso a ella, y su comportamiento en este sentido durante este u otros procesos.

Nuevamente, cabe hacer una especial referencia a ciertos delitos en los cuales puede surgir la duda de si el peligro de entorpecimiento se configurará en cualquier caso. Un supuesto es el de los delitos cometidos por personas que ejercen un poder considerable, y que por ende cuentan con una mayor capacidad de influencia sobre el proceso penal que el promedio de los imputados (v. gr., políticos, empresarios, banqueros, etc.). Por más que esto pueda ocurrir en muchos casos, tampoco sería correcto hacer una generalización que concluya con la presunción del peligro procesal, sin verificar si se presenta en el caso concreto. Otro caso interesante es el de los delitos en los cuales existe una gran cercanía -e incluso una relación de poder manifiesta- entre victimario y víctima, como puede ocurrir en supuestos de violencia familiar. Aquí tampoco resulta constitucionalmente admisible presumir el peligro procesal; incluso en caso de verificarse, en muchas ocasiones existirán medidas menos lesivas que la prisión preventiva y que también resulten eficaces (por ejemplo, una prohibición de acercamiento, una custodia, etc.). Así, la conclusión es la misma que la sostenida respecto al peligro de fuga: no hay delito en el cual pueda presumirse de manera necesaria el riesgo de entorpecimiento.

De los supuestos mencionados por el segundo párrafo del art. 171 CPPBA, puede entenderse que el giro “de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento” puede aplicarse tanto al riesgo de fuga como al de entorpecimiento de la investigación –nuevamente, sin asignarle a este elemento un peso absoluto que vuelva al delito inexcusable–. No ocurre lo mismo con las restantes circunstancias de la norma: algunas, como ya se mencionó, parecen referirse exclusivamente al peligro de fuga; otras, en rigor, no aluden a ninguno de los dos peligros procesales. Esto último ocurre con la referencia a los supuestos de “tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre”, dado que no se entiende cuál es la relación concreta que existe entre la tenencia o portación ilegítima y el riesgo de fuga o el de entorpecimiento de la investigación. En realidad, el párrafo segundo del art. 171 CPPBA se encuentra redactado de tal forma que todos los indicadores mencionados previamente deben presentarse en un supuesto en el cual necesariamente haya una tenencia o portación ilegítima de arma de fuego (“[...] *cuando en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento*”). Por ende, incluso con la modificación que ha operado en el texto de la norma, coincidimos con el criterio del proyecto de ley de Saín en su intención de eliminar definitivamente este párrafo por no ajustarse a criterios procesalistas de aplicación de la prisión

preventiva, manteniendo únicamente la remisión al art. 148 CPPBA para analizar la configuración de los peligros procesales.

## V. PRISIÓN PREVENTIVA Y SEGURIDAD CIUDADANA

En esta sección, no entraremos en el debate sobre los distintos significados que se le suelen adjudicar a los términos “seguridad” e “inseguridad”. Al mencionar estos temas nos centraremos únicamente en el reclamo que amplios sectores de la sociedad le formulan continuamente al sistema de justicia penal, demandándole que haga un mayor uso de su facultad para encarcelar preventivamente como respuesta frente a los delitos existentes.

Por otra parte, cabe mencionar que dentro de lo que puede denominarse el “sistema de seguridad” existen diversos subsistemas: el de gobierno, el de prevención del delito, el de información, el de ejecución de la pena, etc<sup>26</sup>. Sin desconocer que todos ellos se encuentran íntimamente relacionados y que deben ser coherentes entre sí, aquí nos centraremos particularmente en tres subsistemas: el policial, el de persecución penal, y el de prevención del delito.

### Prevención y persecución del delito.

El control de la criminalidad se ha canalizado tradicionalmente a través de políticas que se enfocan de manera casi exclusiva en personas o en casos<sup>27</sup>. Esto impide una visión amplia y completa del problema, y sienta las bases para un sistema que sin dudas será ineficaz y no logrará alcanzar sus objetivos. Es por eso que, sin dejar totalmente de lado la visión de las individualidades, el sistema debe orientarse prioritariamente hacia otra forma de afrontar los conflictos, procurando detectar los fenómenos criminales. Ésta es la forma de lograr que los casos o personas particulares se inscriban en el marco de regularidades sociales, dado que a ellas deben apuntar la política criminal y el sistema de seguridad.

En esta búsqueda de fenómenos delictivos que reflejen regularidades sociales tienen una importancia vital los mercados criminales: verdaderas economías delictivas, que en muchos casos crecen a un ritmo acelerado y adaptándose a las lentas acciones de

<sup>26</sup> Al respecto, véase BINDER, Alberto, *Criminalidad y política de seguridad en el contexto de la democratización de la sociedad*.

<sup>27</sup> Al respecto, véase BINDER, Alberto, *El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual*.

los Estados. El robo del estéreo de un auto, que podría parecer un acto aislado, en realidad responde a un mercado estructurado sobre el comercio de autopartes robadas, y es imprescindible que el Estado intervenga sobre esas estructuras. Así ocurre con la explotación sexual y laboral de personas, el narcotráfico, la fabricación y tráfico de armas, la criminalidad económica y financiera, entre muchos otros.

Ahora bien, es importante replantearse quiénes son los actores estatales que intervienen en las políticas públicas de control de la criminalidad, para entender qué rol deben cumplir en esto los jueces, que en definitiva son quienes detentan la posibilidad de encarcelar preventivamente a los acusados de un delito.

La prevención del delito se lleva a cabo de muchas formas distintas, y exige una intervención más bien local, incluso municipal. Además, es muy usual que estas acciones de prevención se desarrollen a través de instituciones que trabajan temas que no están vinculados directamente con el sistema de seguridad (por ejemplo, educación).

Por otra parte, la persecución penal es una tarea que corresponde a los fiscales, conforme nuestro diseño constitucional. Eso ratifica la importancia de que el Ministerio Público Fiscal se organice de manera tal que esté en condiciones de enfrentar los fenómenos criminales que mencionábamos previamente; esto se puede hacer, por ejemplo, a través de la especialización de las unidades fiscales, y mediante el control del flujo de casos para descongestionar a las fiscalías. A su vez, el Ministerio Público debe trabajar de manera cercana con las distintas policías; por ello es que resulta clave contar con policías de investigaciones que sean el brazo ejecutor de las directrices que establezcan los fiscales.

Es cierto que la justicia penal debe tener la misma orientación que las políticas de seguridad: actuar sobre fenómenos criminales. Sin embargo, la persecución penal recae sobre los fiscales –en trabajo coordinado con las fuerzas de seguridad–, y la función de los jueces es distinta. El Poder Judicial debe controlar el respeto de las garantías constitucionales de cada persona. No les corresponde a los jueces llevar adelante políticas de seguridad. Esto no solo no es su función, sino que tampoco cuentan con las herramientas para hacerlo, dado que –como veremos a continuación– la prisión preventiva no brinda ninguna solución, sino que agrava los problemas ya existentes.

Prisión preventiva y seguridad ciudadana.

Dentro de los reclamos ciudadanos en materia de seguridad, es muy común escuchar una queja dirigida directamente a los jueces: “*los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra*”. De hecho, esta frase se suele oír también en boca de distintos funcionarios públicos, y se reflejó en los proyectos de ley presentados en la Provincia de Buenos Aires que propusieron incrementar los casos en los que se aplica la prisión preventiva, calificando a esto como “*políticas de pacificación*”. Se trata de un discurso que encuentra una fácil –y peligrosa– recepción en gran parte de la sociedad, y a través del cual se le asignan al encarcelamiento sin condena distintas funciones: impedir la comisión de delitos, disuadir a la persona de delinquir en el futuro, o disuadir al resto de la sociedad de hacerlo. Estos tres fines se invocan incluso de manera conjunta.

Frente a este discurso tan extendido, nos interesa señalar tres cosas: como propuesta, es inconstitucional; como afirmación, es falsa; y como política criminal, es ineficiente.

Es inconstitucional porque le asigna a la prisión preventiva fines que en realidad son propios de la pena, como ya señalamos previamente. Las razones que invocan se corresponden con las distintas teorías de la pena, ya sean de prevención especial o general.

Es falso porque cualquier estadística demuestra que la aplicación de la prisión preventiva no constituye una situación excepcional, sino todo lo contrario. Esto lo confirma la información brindada por el Informe Anual de 2012 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Según este documento, de los 26.888 detenidos en la provincia de Buenos Aires el 56% se encuentran procesados, es decir sin condena. Esto significa que más de 15 mil personas se encuentran detenidos con prisión preventiva, superando incluso el número de presos actuales que han sido condenados.

Por último, incluso si este discurso fuera constitucional y acertado, presenta otro problema más: plantea una política criminal que resulta ineficiente. Según esta idea, el hecho de que los acusados de un delito no queden inmediatamente detenidos significa que seguramente cometerán nuevos ilícitos. Sin embargo, el informe citado en el párrafo anterior demuestra que del total de detenidos con condena en la provincia de Buenos Aires (11.363 personas), más del 78% son primarios. Si bien podrá argumentarse que esto no demuestra que no hayan cometido previamente algún delito por el que no fueron condenados, también es cierto que esto último responde exclusivamente a una cuestión de percepción social y no se funda en ninguna evidencia empírica.

No es, entonces, un problema de debilidad que pueda resolverse a través la tradicional “mano dura”. La prisión preventiva no puede y no debe ser utilizada como política de seguridad pública que busque combatir la criminalidad. Sostener que el problema reside en la “falta de dureza” de los jueces únicamente desvía la mirada de las verdaderas soluciones.

#### La inseguridad y el daño social: una relación paradójica.

Existe una interesante y triste paradoja en las demandas que suele hacer la sociedad en estos temas: el reclamo por seguridad es menor respecto de los delitos que causan mayor daño social.

En las últimas décadas, a nivel mundial ha adquirido mayor visibilidad la existencia y el desarrollo de ciertas formas de criminalidad compleja: trata y tráfico de personas, delincuencia económica, narcocriminalidad, delitos medioambientales, etc. Más allá de las discusiones sobre los bienes jurídicos afectados por estos delitos, es indudable que se trata de hechos que dañan a toda la sociedad en su conjunto, y no a víctimas individuales.

Sin embargo, estos delitos no suelen estar incluidos dentro de los reclamos por seguridad ciudadana, o por lo menos ocupan los últimos lugares en la lista de prioridades. En parte, esto se debe a la falta de visibilización del daño real que generan estas formas de criminalidad y de cómo repercuten en la vida de cada uno de nosotros. Asimismo, los autores de estos delitos no sufren la estigmatización que sí se impone sobre los otros delincuentes. Lo que pueda generar la imagen de un banquero que deja en la calle a miles de ahorristas es incomparable frente al miedo y el horror que causa en el imaginario social la idea del delincuente joven, pobre y drogado.

Por el contrario, con frecuencia los medios de comunicación eligen algún hecho delictivo que imponen como el tema de moda. Se escuchan las palabras “crimen” y “sangriento”, y el tema es tratado incluso por los periodistas de espectáculos, lo que demuestra cómo se construye un show alrededor del sufrimiento de una familia. El verdadero problema es que se muestra como tema de interés público algo que en realidad se asemeja mucho más al morbo y a la sensación de estar pendiente de una novela. Esto no significa que estos delitos –robos, homicidios, violaciones– no sean graves o no ameriten una seria respuesta por parte del Estado. Lo que deseamos señalar es que esta actitud que asumen los comunicadores sociales tiene como consecuencia directa contribuir a la falta de visibilidad del daño social generado por

todos los delitos que mencionamos previamente. Se profundiza así un problema cultural ya existente.

Sin embargo, esto excede la cuestión cultural para pasar a transformarse en un problema de agenda política: los delitos que preocupen a la sociedad determinarán los reclamos que ésta haga en temas de seguridad, y esto a su vez condicionará la acción del Estado en el futuro próximo. Así, se corre siempre detrás de la coyuntura sin atacar los problemas estructurales, que siguen creciendo y produciendo cada vez más daño al tejido social.

#### Las reformas procesales penales.

*“Los políticos han encontrado un discurso que les cierra. Ellos dicen que la culpa de la inseguridad la tiene el Poder Judicial, los jueces. Y no es así [...] Es el Estado el que tiene que hacer prevención, no los jueces”*. Estas palabras pertenecen a Rafael Sal Lari, uno de los tantos ejemplos de jueces atacados públicamente por no ceder en el respeto de las garantías constitucionales de los acusados por delitos que generan la indignación de amplios sectores de la población<sup>28</sup>. Esta idea resume lo que hemos intentado plantear en este texto.

Nos resta preguntarnos si existe alguna vinculación real entre el sistema procesal penal y la seguridad ciudadana. Las reformas de los códigos procesales penales y la transición hacia modelos acusatorios y adversariales no van a resolver los problemas de control de la criminalidad, sin lugar a dudas. Sin embargo, es clave la adopción de estos sistemas y su conservación frente a posteriores intentos de contrarreformas. Solo de este modo podrá consolidarse tanto jurídica como culturalmente el rol que realmente le corresponde a fiscales, jueces y fuerzas de seguridad. Esto permitirá investigar y juzgar todos los delitos de una manera distinta a la actual, respetando las garantías constitucionales y al mismo tiempo diseñando un proceso rápido y eficaz.

Ésta es una forma de mejorar los estándares actuales de persecución penal. Justamente, a la Justicia debe exigírsele persecución, no prevención. Ya hemos visto los riesgos de demandar a los jueces que asuman la función de prevenir el delito: no solo se llega a medidas inconstitucionales, sino que tampoco se logra el objetivo buscado. Las reformas procesales penales que busquen acercarse a los sistemas acusatorios son imprescindibles, pero eso no debe hacernos olvidar que la Justicia siempre llega tarde, por lo que las políticas de prevención deben encararse principalmente desde otras áreas del Estado.

---

<sup>28</sup> Entrevista dada al Diario Perfil, el 4/8/2012.



## VI. CONSIDERACIONES FINALES

En este artículo hemos abordado los obstáculos medulares que presenta la actual legislación de la provincia de Buenos Aires en materia de encarcelamiento preventivo. En general, hemos visto que la tendencia vigente pretende recordar a los jueces que si el imputado no es detenido preventivamente en casos de delitos de impacto social, ello significa inseguridad y deslegitimación del conjunto del sistema.

En efecto, es posible concluir que si bien la regulación de la prisión preventiva tendría que estar orientada hacia la instalación del juicio oral como momento central, lo cierto es que con su uso indiscriminado se pretende transmitir calma a la población, generando la impresión de que el sistema es duro y eficiente contra la delincuencia<sup>29</sup>.

Ahora bien, tal como lo expuso el diputado Saín en su propuesta legislativa, esta lógica no se corresponde con la naturaleza del encarcelamiento provisional, toda vez que éste procede cuando exigencias de orden procesal así lo ameriten. A su vez, tampoco es compatible con los principios de juicio previo y de inocencia, los cuales en su conjunción apuntalan el derecho de todo habitante inculcado por un delito a permanecer en libertad durante el proceso penal.

En suma, consideramos necesario que la Legislatura provincial retome esta discusión en base al proyecto de Marcelo Saín, el cual consideramos que sintetiza del mejor modo un sistema respetuoso de las garantías de un Estado democrático de Derecho.

---

<sup>29</sup> Para un análisis sobre la situación en la región, ver: FUENTES MAUREIRA, Claudio: “*Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma*”, en *Revista Sistemas Judiciales*, Ediciones del Instituto (INECIP), Buenos Aires, N° 14, 2010, p. 43. Disponible en [www.inecip.org](http://www.inecip.org) y [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org).