

Análisis crítico de la realidad fáctica Argentina sobre prisión preventiva a la luz de limitaciones derivadas de normas internacionales de Derechos Humanos

Por: Pablo Antonio Molina¹

Sumario. – 1. Introducción. 2. Fundamento y fines del instituto. 3. Regulación normativa infraconstitucional. 4. Instrumentos internacionales involucrados. Normativa de jerarquía constitucional. 5. El carácter excepcional. Su proporcionalidad. 6. Realidad fáctica argentina. 7. Posibles causas del uso excesivo de la prisión preventiva. 8. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN. – En Argentina la prisión preventiva es la principal y más grave medida cautelar contemplada en el sistema procesal penal. Avalada por necesarios fines consistentes en salvaguardar el procedimiento y averiguar la verdad, muchas veces se termina dando un uso excesivo de tal medida, contrariando parámetros internacionales sobre Derechos Humanos.

Es imperativo que exista una adecuación de la realidad fáctica argentina sobre prisión preventiva, a la luz de normas internacionales sobre la materia. No es ajustado a Derecho que se siga utilizando una medida cautelar excepcional como regla general, transformando, así, en regla lo que debe ser la excepción. Lo contrario implica una incompatibilidad con normas internacionales de Derechos Humanos, y hacer un uso arbitrario de una medida de coerción procesal que en los hechos funcionaría como verdadera pena privativa de libertad. Por su parte, un uso razonable de la medida debiera traer como consecuencia una reducción del indeseable hacinamiento existente en la actualidad.

En este artículo se realizará un breve análisis sobre la realidad fáctica argentina en cuanto al uso de prisión preventiva, tanto en general como en Provincia de Buenos Aires. Para esto se tendrá en consideración normativa de jerarquía constitucional, específicamente Tratados Internacionales de Derechos Humanos, datos estadísticos, e informes de organismos nacionales e internacionales.

2. FUNDAMENTO Y FINES DEL INSTITUTO. – Antes de entrar de lleno en los datos fácticos y normativos resulta idóneo detallar brevemente el fundamento y fines del instituto bajo análisis para lograr un mejor entendimiento de la cuestión, fundamentalmente diferenciando la pena privativa de libertad de la medida procesal en cuestión.

2.1. Fundamento. – La prisión preventiva es una especie de coerción procesal utilizada en el ámbito penal. Su fundamento, siguiendo a MAIER², tiene que ver con que pueda realizarse plenamente un procedimiento penal sin obstáculos para indagar la verdad. Por ello, se habla de que tiende a evitar dos cosas: **a) Peligro de fuga:** es la posibilidad de que el imputado huya obstaculizando el proceso, y se debe esencialmente a la necesaria presencia de este tanto para realizar el procedimiento como para ejecutar la condena que pudiera caberle; **b) Peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad:** consiste en evitar la posible intervención del imputado para influir en el procedimiento a fin de entorpecer la búsqueda de la verdad.

¹ Alumno de Derecho en la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

² MAIER, Julio, B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t. 1, 2ª edición, Buenos Aires, Ed., Editores Del Puerto, 1996 (3ª reimpresión, 2004, pp. 516 y 517).

2.2. Naturaleza y fin. Diferencia con la pena privativa de libertad. – La prisión preventiva, al igual que la pena privativa de libertad, se ejecuta encarcelando a una persona por un período de tiempo. Pero, más allá de esta u otra similitud que pudieran tener ambas medidas, cabe preguntarse dos cosas: ¿cuál es la diferencia que debe existir entre una medida de coerción procesal -prisión preventiva- y una medida de coerción material -la pena-? En caso de que deba existir diferencia, ¿Existe de hecho tal diferencia?

En este punto se dará respuesta a la primera de las preguntas antedichas, dejando la respuesta de la segunda para más adelante. Para MAIER³ la diferencia que debe existir entre ambas está en los fines que cada una persigue. La coerción en la pena consiste en una reacción del derecho contra infracciones de las personas a un deber jurídico. Infringir un deber jurídico es realizar un acto antijurídico. Frente a ello, el derecho reacciona imponiendo una sanción (pena) a la realización de ese acto antijurídico, teniendo en miras una finalidad que puede ser retributiva, de prevención especial o de prevención general -dependiendo la teoría de la pena de que se trate-. Las medidas de coerción procesal, por el contrario, no deben significar imponer una pena, ya que de establecerse esta antes de que exista sentencia firme condenatoria se violaría el trato de inocente del imputado. Sólo deben implicar proteger los fines del procedimiento y la eficacia de la ley sustantiva, es decir, tienen que ver con la correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal. Según el autor citado, para que la diferencia sea real es menester que las normas procesales regulen el instituto respetando sus fines.

En síntesis: la prisión preventiva, como medida de coerción procesal, debe atenerse a perseguir fines meramente procesales consistentes en poder averiguar la verdad de lo sucedido y actuar la ley penal sustantiva. Fuera de ello, jugaría como verdadera pena.

3. REGULACIÓN NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL. – En el ámbito de Provincia de Buenos Aires, la prisión preventiva está regulada en los artículos 157 y siguientes del CPPBA. En el Código Procesal Penal Nacional, se encuentra regulada en los arts. 312 y siguientes. Asimismo, existe una Ley Nacional número 24.390, modificada por ley 25.340/01, que reglamenta la norma que deriva del art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, determinado un plazo máximo de dos años.

4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES INVOLUCRADOS. NORMATIVA DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL. –

4.1. Constitución Nacional. – La prisión preventiva deriva implícitamente del arts. 18, pues establece el impedimento de imponer una pena antes de que exista una sentencia condenatoria firme pero se establece, mediante una oración negativa, que está permitido el arresto (privación de libertad) por orden escrita de autoridad competente durante el procedimiento penal.

4.2. Tratados internacionales. – Asimismo, debemos tener en consideración normas jurídicas de jerarquía constitucional que integran el orden normativo argentino, por imperio de la norma del artículo 75, inc., 22 CN. La Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7, inc., 5 dispone: “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*”. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, inc., 3), establece: “(.) La

³ MAIER, *op. cit.*, pp. 513, 514, 515 y 517.

prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en caso, para la ejecución del fallo”.

5. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL. SU PROPORCIONALIDAD. – De la normativa internacional anterior, derivan ciertos recaudos o caracteres que deben darse en el caso del encarcelamiento preventivo. Es importante tener bien claro cuáles son estos caracteres, para poder dilucidar luego la adecuación a ellos en la realidad fáctica de Argentina.

5.1. Carácter excepcional. – La prisión preventiva debe ser excepcional, no admitiendo que sea utilizada como una regla general u obligatoriamente. Esto deriva del principio de libertad ambulatoria (art. 14 CN) y el trato de inocente, lo cual importa la prohibición de adelantar una pena antes del dictado de una sentencia condenatoria firme. Es por eso que para que se encarcele preventivamente a una persona debe existir una absoluta necesidad de proteger los fines del procedimiento, sin que exista, a su vez, posibilidad de resguardar tales fines con una medida menos grave para el imputado.

MAIER⁴, en este sentido, exige que haya probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible y que exista peligro de fuga o entorpecimiento para la actividad probatoria. Entiende dicho autor, asimismo, que del carácter excepcional antedicho se deriva que el encarcelamiento preventivo no puede ser regulado como obligatorio, y critica -negativamente- los llamados delitos no excarcelables, ya que, según él, constituyen una intención del legislador de imponer una pena antes de la sentencia⁵.

CAFFERATA NORES⁶, sostiene que debe existir extrema necesidad de evitar riesgos procesales, y que ello es la única razón que permite justificar el encarcelamiento preventivo, de modo que ante la inexistencia de tales riesgos o, si existiendo, hay otra forma de neutralizarlos, aplicar prisión preventiva devendría injustificado frente al sistema constitucional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que la prisión preventiva “Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”.⁷

La Corte IDH, dispuso en el caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*⁸ que “El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En este sentido, el Tribunal ha señalado que la

⁴ MAIER, *op. cit.*, p. 524

⁵ MAIER, *op. cit.*, p. 525

⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa suranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed., Del Puerto, 2011, pp. 221 y 222.

⁷ Comisión IDH, Informe nro. 12/96, caso 11.245, Disponible en la web: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.argentina11.245a.htm>

⁸ “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25/11/2005, considerando 106, disponible en la web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf (documento digital p. 64).

prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”. En el mismo sentido se había expresado en el fallo Tibi vs. Ecuador⁹.

5.2. Proporcionalidad en cuanto a la pena que se espera. – La prisión preventiva debe ser proporcional de dos maneras diferentes: en primer lugar, en cuanto a la pena que se espera. Y en segundo lugar, en cuanto a la duración del proceso penal. Aquí hablaremos del primer aspecto. El encarcelamiento preventivo no puede superar en gravedad, tanto cualitativa como cuantitativamente, a la pena que se espera para el supuesto delito de que se trate. Esto tiene derivación de las normas que contienen los arts. 14 y 18 CN a la luz del sentido común. Explica MAIER¹⁰ que se parte del principio de libertad ambulatoria siendo excluido solamente por la pena impuesta en una sentencia condenatoria firme, aunque el arresto es admisible durante el procedimiento penal. Por tanto, el arresto no debe regularse de forma que supere la misma pena que se espera ya que se lesionarían los principios de legalidad y culpabilidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho en el informe 86/09¹¹ que “Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza.”

5.3. Proporcionalidad en cuanto a la duración del proceso. – ¿Cuál es el tiempo máximo que debe tolerarse mientras una persona está encarcelada preventivamente? La persecución penal no puede ser indefinida, y debe tener una duración razonable. Así lo establecen normas que provienen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vistos más arriba: el art. 14, nro., 3, c, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone que “*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) a ser juzgada sin dilaciones indebidas (...)*”; asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, nro., 1: “*Toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso*”.

Entonces, la prisión preventiva debe realizarse sin exceder un plazo razonable. Los Estados, a su vez, pueden establecer un plazo máximo, a fin de regular lo dispuesto en las normas antedichas. Pero esto no debe significar que, en caso de establecerse un plazo máximo, se aplique tal plazo rígidamente para todos los casos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 35/07¹², antes mencionado, estableció al respecto que si bien un Estado puede autolimitarse disponiendo un plazo máximo, ello no significa que se autorice a privar la libertad a una persona durante todo el plazo previsto. Dicho plazo sería un tope, por debajo del cual debe

⁹ “Tibi Vs. Ecuador”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 07/09/2004, considerando 106, disponible en la web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf (documento digital p. 61).

¹⁰ MAIER, *loc. cit.*, p. 527

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 86/09, caso 12.553, considerando 109, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 86/09, caso 12.553, considerando 135, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>

analizarse si subsisten las causas que originaron la prisión preventiva así como la razonabilidad de la duración en el caso concreto.

Entonces hay que tener en consideración el caso concreto, y analizarlo siempre teniendo en vista la normativa internacional que exige que el plazo sea razonable. En el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Suárez Rosero vs. Ecuador*¹³, se determinó que se deben considerar tres elementos para la razonabilidad del plazo en el procedimiento penal: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales.

6. REALIDAD FÁCTICA ARGENTINA. – Ahora sí aquí se entra de lleno en el análisis de la realidad fáctica. ¿Qué ocurre en Argentina, en general así como en la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a la aplicación o uso de la medida cautelar en cuestión? Para responder a esto, se tendrán en cuenta datos estadísticos provenientes de diversos informes de organismos internacionales, que se detallan a continuación: un Informe sobre el Uso de Prisión Preventiva en las Américas, realizado por la CIDH en 2013; informes efectuados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de Penas (SNEEP); un informe efectuado a la CIDH realizado por la Procuración Penitenciaria de la Nación. Asimismo se dará cuenta de la Relatoría sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad, y su visita a Argentina en setiembre de 2016, y, finalmente, se tiene en cuenta lo dicho por el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, ONU, luego de su visita realizada a la Argentina en 2017.

6.1. Datos estadísticos. –

- Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, en 2013. – En dicho informe la CIDH, consideró que el uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados de la OEA, y que “el uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia”.¹⁴

- Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de Penas (SNEEP). – Existen informes del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena¹⁵ que arrojan los siguientes datos: en el informe realizado en el ámbito de Buenos Aires en 2016¹⁶, se dispone la existencia de un total de 33.698 personas privadas de libertad, de las que 16.672 son meramente procesados. En el informe anual del Servicio Penitenciario Federal¹⁷, también durante 2016, se puede observar en gráficos que existe en jurisdicción federal un porcentaje de 74% de procesados (3.399 personas)

¹³ “Suárez Rosero Vs. Ecuador”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12/11/1997, considerando 72, disponible en la web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf (documento digital p. 23).

¹⁴ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, CIDH, 2013, disponible en la web: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf> (documento digital p. 119).

¹⁵ Sistema Nacional de Estadísticas Sobre Ejecución de la Pena, disponible en la web: <http://www.saij.gob.ar/estadisticas-ejecucion-de-la-pena>

¹⁶ Sistema Nacional de Estadísticas Sobre Ejecución de la Pena, Provincia de Buenos Aires, disponible en la web: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2016/SneepBuenosAires2016.pdf>

¹⁷ Sistema Nacional de Estadísticas Sobre Ejecución de la Pena, Informe Anual del Servicio Penitenciario Federal, disponible en la web: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2016/InformeSNEEPSPF2016.pdf>

y 26 % de condenados, y en jurisdicción nacional, el porcentaje de procesados es de 52% (2.927 personas).

- Informe a CIDH sobre prisión preventiva.¹⁸ – En un Informe efectuado por la Procuración Penitenciaria de la Nación a la CIDH sobre Medidas dirigidas a la Reducción de la Prisión Preventiva en la Argentina, en 2016, se aportan datos estadísticos sobre la cuestión. En dicho informe se establecen varias conclusiones: que en el año 2014, según datasets de SNEEP, un porcentaje superior al 20 % de los presos preventivos llevaban detenidos más de dos años sin una sentencia condenatoria firme¹⁹; en el caso del Servicio Penitenciario Federal, se observa un incremento porcentual de presos preventivos, alcanzando en 2014 un porcentaje de 60,4%, y que en setiembre de 2016 dicho porcentaje aumentó a 61%, que numéricamente serían 6.466 personas²⁰. También se concluye que “el abuso de la prisión preventiva se agudiza en el caso de algunos colectivos específicos, como son las mujeres y los jóvenes adultos”. Se observan, por otra parte, datos sobre muertes bajo prisión preventiva en cárceles del Sistema Penitenciario Federal: en período de 8 años, hubo un total de 154 presos que han muerto, lo que importa un 47% de la muertes acontecidas entre procesados y penados.

- CIDH, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad. – La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita de trabajo a Argentina en los días 13 a 17 de setiembre del año 2016, con el objeto de monitorear la situación de las personas privadas de libertad. En un Comunicado de Prensa²¹ se establecieron las cuestiones centrales de dicha visita. Consta que para diciembre de 2015, se registraba un total de 71.464 personas detenidas en todos los servicios penitenciarios del país, tanto federales como provinciales, siendo que el 51% de esas personas se encontraba en prisión preventiva. Advirtió asimismo que desde la visita de la Relatoría en 2010, ha habido un incremento del 16% en la población penitenciaria argentina, lo cual ha llevado a una situación de hacinamiento en los centros carcelarios, lo cual se vería reflejado en la utilización de comisarías como lugares de detención permanentes. Específicamente, la CIDH advirtió que el uso de establecimientos policiales como centros de detención permanente deriva de dos cuestiones: por un lado, de la insuficiente cantidad de penitenciarías; y por otro lado, y en lo que aquí interesa, por el abuso de la prisión preventiva.

La CIDH, asimismo, manifestó su preocupación por el hecho de que aproximadamente la mitad de las personas privadas de libertad está bajo prisión preventiva. En particular, a diciembre de 2015, el porcentaje de personas en prisión preventiva era 51% en el ámbito federal, nacional y provincial, y 56% en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

- Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, ONU. – La ONU, a través del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, realizó una crítica negativa por el uso excesivo de prisión preventiva en la Argentina²². Dicho grupo realizó una visita oficial al país entre el 8 y 18 de mayo de 2017. El mencionado Grupo de Trabajo concluyó: que el marco legal que debe imperar no se ve reflejado en las prácticas del Poder Judicial que tiende a otorgar la mayor parte de las

¹⁸ Informe a CIDH sobre Prisión Preventiva, efectuado por la Procuración Penitenciaria de la Nación, 2016, disponible en la web:

<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20a%20CIDH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva.pdf>

¹⁹ Ver página 3, párrafo primero, última parte, de dicho informe

²⁰ Ver página 5, última parte, de dicho informe.

²¹ Comunicado de Prensa de la CIDH, disponible en la web:

<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/151.asp>

²² Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA): Hallazgos preliminares de la visita a la Argentina (8 al 18 de mayo de 2017), disponible en la web:

<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21636&LangID=S>

(documento digital punto III., B).

solicitudes de prisión preventiva; que los detenidos preventivamente constituyen alrededor del 60% de la población detenida; que muchas veces se excede el límite de dos años para prisión preventiva; que se encontraron personas que pasaron de cuatro a seis años en prisión preventiva; que en muchos centros no había separación entre detenidos bajo prisión preventiva y condenados, debido a falta de espacio; que las personas sujetas a prisión preventiva quedaban sujetas al mismo tratamiento que los condenados. Y énfasis: “Dicha transformación de la prisión preventiva en una pena de *facto* sin mediar condena alguna es una violación de las disposiciones del Artículo 10 (2) (b) del Pacto”.

- **Servicio Penitenciario Bonaerense.** – El CELS²³, muestra datos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, comprendiendo los años 2000 a 2017, de los que surgen que desde 2014 a 2017 se ha reducido lentamente el porcentaje de personas procesadas sin condena: en 2014 el 61% de las los reclusos eran personas procesadas, en tanto que en 2017 ese porcentaje disminuyó a 54%. En dichos datos consta también la cantidad de personas alojadas en comisarías en el ámbito de la provincia: 3192 personas, de las cuales 1020 están detenidas con cama y 2172 sin cama. Existe una sobrepoblación de 213%. Asimismo, consta que 1258 personas están en lugares inhabilitados.

6.2. Uso excesivo de prisión preventiva. Similitud fáctica con la pena. – Todo lo anteriormente visto nos muestra: que existe un uso excesivo de la prisión preventiva, en contra de su carácter excepcional; la existencia de hacinamiento, máxime si consideramos la larga duración de los procesos penales y la no creación de nuevos centros de detención; la utilización de comisarías como centros de detención, siendo que no están preparadas para alojar reclusos; muertes de personas procesadas, que hubieran tenido, tal vez, posibilidad de que les resulte una sentencia absolutoria; casos en que no hay separación entre los procesados y los penados; casos donde se supera el plazo razonable que debe imperar. Resultan bastante aplicables al caso las palabras de SCHIAVO²⁴ al comentar la institución al respecto, “pese a los significativos esfuerzos doctrinarios, legales y jurisprudenciales dirigidos a limitar su aplicación a los casos estrictamente necesarios, la misma sigue operando en un grupo determinado de casos- como una regla general del proceso”. Asimismo, y refiriéndose a la realidad provincial, GRANILLO FERNANDEZ y HERBEL²⁵ sostienen que no se dan los extremos atinentes al carácter excepcional de la medida en cuestión, dado que la prisión preventiva se dicta como regla general y en forma mecánica.

Por otro lado, y pese a la diferenciación que debe existir entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, en los hechos ocurre que hay más similitud de la que podría pensarse. De los datos que describen la realidad fáctica existente, se vislumbra que el encarcelamiento preventivo funciona muchas veces como una sanción. Son interesantes, al respecto, las palabras del juez GARCÍA RAMÍREZ, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, López Álvarez vs Honduras²⁶: “Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad --aunque ésta tropiece con el tecnicismo-- la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones –el *Caso*

²³ Se puede ver todo claramente en gráficos desde la página siguiente: <https://www.cels.org.ar/web/spb/>

²⁴ SCHIAVO, Nicolás, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Analisis doctrinal y jurisprudencial*, t., 1, 2ª edición, Buenos Aires, Ed., Hammurabi, 2015, p. 598.

²⁵ GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor Manuel y HERBEL, Gustavo Adrián, *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, p. 349.

²⁶ “López Alvarez Vs. Honduras”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 01/02/2006, voto de Sergio García Ramírez, considerando 18, disponible en la web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

López Álvarez es muestra de ello, ciertamente no única-- la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva.”

6.3. Efectos fácticos de un uso razonable de la prisión preventiva. – Queda claro, por inferencia lógica de lo antedicho, que una utilización razonable de la prisión preventiva, por su parte, -y más allá de que normativamente importaría una adecuación a parámetros internacionales de derechos humanos- traería como consecuencia una reducción de los efectos que provoca un uso excesivo de la misma: esto es, una reducción en el porcentaje de presos preventivamente, en el hacinamiento existente, etc. Es que si el abuso en la prisión preventiva causa estos efectos perniciosos, su uso razonable debiera no causarlos o al menos reducirlos. Por tanto, el problema de hacinamiento, de sobrepoblación de presos preventivos, de no separación entre penados y procesados, tendría a reducirse no solamente con creación de más instituciones penitenciarias, sino también mediante un uso razonable de la prisión preventiva.

7. POSIBLES CAUSAS DEL USO EXCESIVO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. – Ahora bien, ¿Cuáles son las causas de la existencia de este excesivo uso de la prisión preventiva en los hechos? Aquí solo se dará cuenta, sintéticamente, de lo que ha dicho la doctrina y jurisprudencia interamericana, sin hacer un análisis exhaustivo, cosa que sería interesante desde el aspecto de la Criminología del Derecho.

LLOVET RODRÍGUEZ²⁷ entiende que en los últimos años hubo un aumento de criminalidad en Latinoamérica, y que, si bien ello tiene causas diversas, ha emergido una corriente neopunitivista que culpa al exceso de garantismo en los códigos procesales penales. Y, específicamente en relación al tema en estudio, dice el citado autor que “la propuesta estrella del neopunitivismo es la extensión de la prisión preventiva, con la justificación de garantizar la seguridad ciudadana, de modo que dicha medida cautelar no tenga un carácter excepcional”. Sin embargo, hace notar, esta corriente no toma en cuenta las causas sociales de la criminalidad: diversos factores y cambios estructurales que conllevan a una mayor exclusión social.

Por su parte, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, en un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2008, *Bayarri vs. Argentina*²⁸, dispuso en su voto: “*No obstante los argumentos que campean para la reducción racional de la privación cautelar de la libertad, en diversos lugares se ha observado el empleo creciente, hasta ser desmesurado, de este medio supuestamente precautorio. Esta expansión resulta de lo que he llamado la “desesperación y exasperación” de la sociedad —la opinión pública o las corrientes que la informan y administran— frente al auge de la delincuencia. El temor que ésta impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social —ineficacia, insuficiencia, indiferencia, colusión—, sugiere al legislador una vía sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz: imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis, casi siempre en condiciones que igualan o empeoran las que rigen —constantemente denunciadas en las resoluciones de la Corte Interamericana— en un elevado número de reclusorios, que no hacen honor a su designio como planteles de readaptación, rehabilitación, reeducación, reinserción, etcétera.*”

²⁷ LLOVET RODRÍGUEZ, Javier, “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 2009, núm. 24, pp. 114-148, disponible en la web:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968006>

²⁸ “*Bayarri vs. Argentina*”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30/10/2008, voto de Sergio García Ramírez, considerando 8, disponible en la web:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.doc

Finalmente, en el Comunicado de Prensa de la CIDH, sobre la visita realizada a Argentina en 2016²⁹, se dijo que el problema que enfrenta reducir la prisión preventiva se debe a tres cuestiones: políticas criminales que proponen un grado elevado de encarcelamiento; la falta de independencia y de políticas específicas en el sistema de defensa pública, y la presión de los medios de comunicación y de la misma opinión pública para encarar la inseguridad ciudadana a través de la prisión. Respecto de esto último, la CIDH, recomienda a Argentina incorporar el uso excepcional de la prisión preventiva y evitar que se haga un endurecimiento de los sistemas penales con la finalidad de restringir la libertad a costa de la demanda de seguridad ciudadana.

Como bien dice LLOBET RODRÍGUEZ la pretensión de uso excesivo de prisión preventiva importa negar las causas sociales de criminalidad. Se impone una mayor represión en vez de una buena apolítica social.³⁰

Tal vez cabría como reflexión lo que se dijo en un viejo fallo argentino: *“La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ningún de ellos sea sacrificado en aras del otro”*.³¹

8. REFLEXIONES FINALES. – Se han podido vislumbrar a lo largo de este artículo algunas reflexiones finales en cuanto a la realidad fáctica Argentina, que conducen ineludiblemente a la conclusión de que existe una utilización excesiva, y hasta abusiva, de la prisión preventiva. Ello quedó reflejado en estadísticas, informes de organismos nacionales e internacionales.

El uso desmesurado de la prisión preventiva, sumado a las condiciones existentes (no creación de nuevos centros de detención y larga duración de los procesos penales), tiene enormes efectos negativos. Es causa de hacinamiento, provoca que se utilicen comisarías como centros permanentes de detención, y muchas veces el encarcelamiento preventivo resulta ser una verdadera pena, lo cual es contrario al principio de inocencia que debe regir en el proceso penal.

Por otra parte, la realidad fáctica no se adecua a las normas y recomendaciones internacionales sobre Derechos Humanos, que bregan por una reducción en el uso de la prisión preventiva a fin de que se respete: su carácter de medida excepcional, la separación entre presos preventivamente y condenados, su proporcionalidad en relación al plazo razonable y a la pena.

En cuanto a las causas del uso desmedido del encarcelamiento preventivo, vimos que existen varias, pero que la fundamental es la pretensión de dar satisfacción a la seguridad ciudadana en el marco de una sociedad donde el delito crece día a día. Esto, sin embargo, desconoce las causas sociales de criminalidad, y pretende solucionar la cuestión mediante mayor represión en vez de imponer políticas sociales adecuadas.

Por tanto y para concluir, debe existir una adecuación de la realidad fáctica argentina en cuanto a prisión preventiva, a la luz de parámetros internacionales de Derechos Humanos. Ya no es dable que se siga utilizando el encarcelamiento preventivo de manera cuasi obligatoria, desconociendo su carácter de medida cautelar excepcional. Su uso debe ser razonable y debe tener en consideración exclusivamente la existencia de peligros procesales, respetando el uso excepcional del instituto para el caso concreto. Lo contrario importa, además de desconocer parámetros

²⁹ Comunicado de Prensa de la CIDH, disponible en la web:

<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/151.asp>

³⁰ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 2009, núm. 24, pp. 114-148, disponible en la web: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968006> (documento digital p., 118).

³¹ “Acosta”, CSJN., 04/05/2010, considerando 4, segundo párrafo, Fallos 323:929.

internacionales de Derechos Humanos antedichos, hacer un uso arbitrario de una medida cautelar que en los hechos funcionaría como verdadera pena privativa de libertad. El uso razonable de la prisión preventiva, por su parte, seguramente tendría en los hechos el efecto reducir el hacinamiento que existe en la actualidad.