

EL ESTADO DE LA **PRISIÓN PREVENTIVA** EN LA ARGENTINA

Situación actual y propuestas de cambio.



EL ESTADO DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA
EN LA ARGENTINA

Situación actual y propuestas de cambio.

Febrero de 2012

INECIP Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales:

EL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA ARGENTINA:
Situación actual y propuestas de cambio. -1a ed. - Buenos Aires, 2012.
110 p. ; 29,7 x 21 cm.

ISBN En Trámite.
CDD 551.46

Copyright © **INECIP**.

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito de los autores.

La responsabilidad por las ideas y opiniones emitidas corresponden a INECIP.
OPEN SOCIETY FOUNDATIONS no se responsabiliza por el contenido.
Editor Responsable: Helena Arteaga en representación de INECIP.

Diseño y diagramación: Laureana Porterie || DCV

IMPRESO EN LA ARGENTINA

En los Talleres Gráficos SERVICOP, en el mes de abril de 2012
Calle 50 N° 742 • (1900) La Plata • Tel/Fax (0221) 421-3314 / 425-1732
E-mail: info@imprentaservicop.com.ar • Web: www.imprentaservicop.com.ar

INECIP Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales
www.inecip.org
inecip@inecip.org

STAFF

Director:

Diego García Yomha

Subdirector:

Santiago Martínez

Coordinación:

Helena Arteaga

Asesores:

Nicolás Soler

Tobías Podestá

Asistentes de investigación:

David Terroba

Rafaella Riccono

Leonel González Postigo

Sabina Bigogno

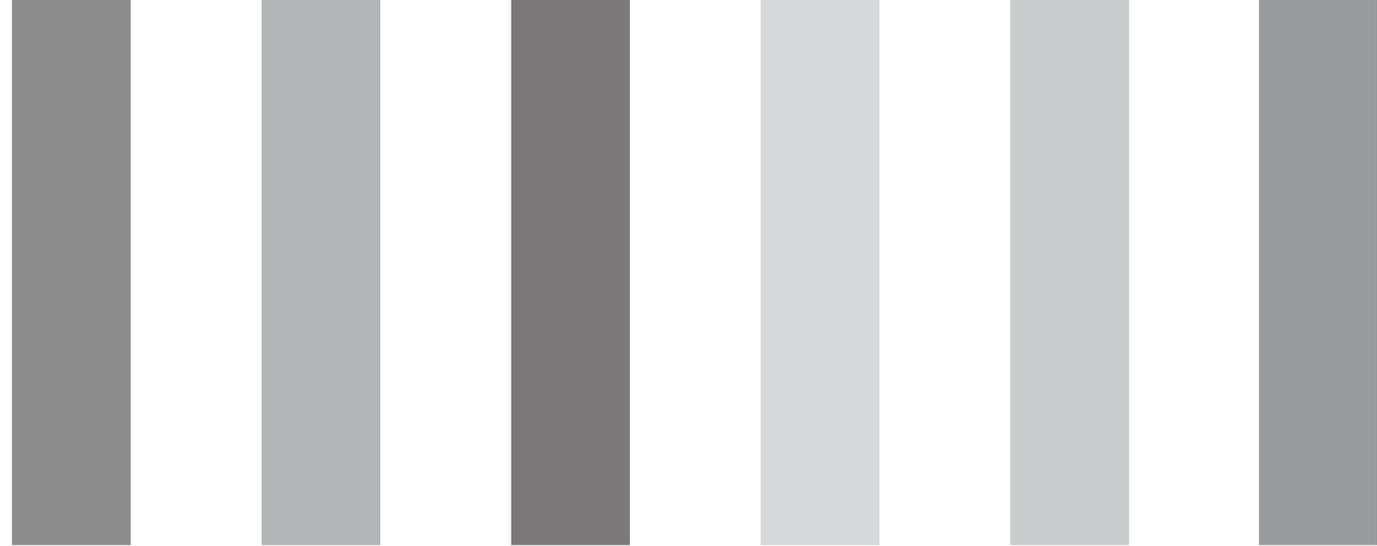
Vanina Almeida

Responsables del Relevamiento Provincial:

Chubut: Federico Espiro

Córdoba: Nicolás Macchione

Santa Fe: Laura Blacich



INDICE

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

1. Presentación.....	9
2. Objetivos	9
3. Metodología.....	10
4. Abordaje preliminar de la temática.....	11

II. RELEVAMIENTO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y ESTADÍSTICO EN ARGENTINA

1. Aspectos vinculados a la regulación de la prisión preventiva. Desarrollo de los criterios	12
1.1 Criterio Sustancialista	12
1.2 Criterio Procesalista	14
1.3 La resistencia de los criterios procesalistas. Propuestas para fortalecer su aplicación y reducir el uso de la prisión preventiva.....	15
1.3.1 Reformar las normas.....	16
A. Incorporar indicadores objetivos del peligro de fuga y entorpecimiento	
B. La exclusión de determinados supuestos	
1.3.2 Cercar la prisión preventiva	17
A. Oralidad como método para la toma de decisiones	
B. Audiencia de control de la detención y solicitud de medida cautelar	
C. A petición de parte	
D. Ultima ratio, subsidiariedad y gradualidad de las medidas cautelares	
E. Duración de la medida y los controles ex ante	
F. Lugar de detención	
G. Producción de información	
1.3.3 Excarcelación vs. Cese de la prisión preventiva.....	21
1.3.4 Conclusión preliminar	22
2. Análisis del marco normativo vigente a nivel provincial	22
2.1 Cuadro A. Códigos que definen la prisión preventiva por el riesgo procesal	22
2.2 Cuadro B. Códigos que regulan el riesgo procesal en la excarcelación.....	28
2.3 Cuadro C. Códigos que no estipulan los peligros procesales ni en la prisión preventiva ni en la excarcelación	31
2.4 Formas de sustanciación de la prisión preventiva.....	32
2.5 Cuestiones particulares observadas	34
2.5.1 Medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva	34
2.5.2 Delitos o circunstancias del hecho, consideradas como inexcrcelables.....	35

3. Antecedentes jurisprudenciales	36
3.1 Introducción.....	36
3.2 El plenario N° 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal.....	36
3.3 ¿El fin de los criterios sustantivos?.....	37
3.4 Criterios sustantivos encubiertos.....	38
3.5 La falta de fundamentación.....	39
3.6 Los criterios de peligrosidad social.....	41
3.7 Control de la duración de las detenciones.....	42
3.8 Conclusión del relevamiento jurisprudencial.....	42
3.9 Addenda.....	43
4. Datos estadísticos	44
4.1 Introducción.....	44
4.2 Estado de las estadísticas en las provincias.....	45
4.3 Situación Legal de los prisionizados.....	47
4.4 Privados de la Libertad en todo el país.....	48
4.5 Conclusión respecto de los datos estadísticos.....	48

III. INVESTIGACIÓN COMPARATIVA DE LOS SISTEMAS JUDICIALES PROVINCIALES

1. Justicia Nacional	49
1.1 Marco general: El sistema procesal de la Justicia Nacional.....	49
1.2 Relevamiento de casos.....	50
1.2.1 De las resoluciones relevadas en los juzgados de instrucción.....	50
1.2.2 De las resoluciones relevadas en la cámara de apelaciones.....	51
1.3 Entrevistas.....	52
1.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales y defensores.....	52
1.3.2 Entrevistas a personas privadas de libertad.....	52
1.3.3 Patronato de Liberados.....	53
2. Córdoba	53
2.1 Marco general: El sistema procesal de la provincia de Córdoba.....	53
2.2 Relevamiento de casos.....	53
2.2.1 De las resoluciones relevadas en las Fiscalías de Instrucción.....	53
2.2.2 De las resoluciones relevadas en los Juzgados de Control.....	54
2.2.3 De las resoluciones relevadas en la Cámara de apelaciones.....	55
2.3 Entrevistas.....	55
2.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales y defensores.....	55
2.3.2 Entrevistas a personas privadas de libertad.....	56
3. Santa Fe	56
3.1 Marco general: el sistema procesal de Santa Fe.....	56
3.2 Relevamiento de casos.....	57
3.2.1 De las resoluciones denegatorias de libertad.....	57
3.2.2 De las resoluciones de primera instancia.....	57
3.2.3 De las resoluciones de Cámara.....	58
3.3 Entrevistas.....	58
3.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales y defensores.....	58
3.3.2 Entrevistas a las personas privadas de libertad.....	59
3.3.3 Entrevistas a la policía de la provincia de Santa Fe, encargada de la realización de los informes socio-ambientales.....	59

4. Chubut	60
4.1 Marco general: El sistema procesal de Chubut.....	60
4.2 Relevamiento de casos.....	61
4.2.1 De los casos relevados de las Audiencias de Control.....	61
4.2.2 Del seguimiento a un caso en particular (carpeta 2913).....	62
4.3 Entrevistas.....	63
4.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales y defensores.....	63
4.3.2 Entrevistas a personas privadas de libertad.....	64
4.3.3 Entrevista a personal encargado de realizar los informes socio-ambientales a las personas sometidas a proceso penal.....	64
4.4 Estadísticas.....	65
5. Conclusiones del relevamiento en las cuatro jurisdicciones	66

IV. EXCURSUS: ENTREVISTAS CON LOS OPERADORES DEL SISTEMA JUDICIAL

1. Introducción	69
2. Cuestionario	69
3. Conclusiones de las entrevistas a operadores judiciales	76

V. BUENAS PRÁCTICAS EN EL SISTEMA LATINOAMERICANO

1. Introducción	77
2. Situación actual en América Latina	77
2.1 Regulación de las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva.....	77
2.2 Normas procesales penales en las que se prevén las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.....	79
3. Clasificación de las medidas cautelares respecto de la forma en la cual se hallan sistematizadas	88
4. Procedencia y supervisión de las medidas cautelares	89
5. Conclusión del componente sobre buenas prácticas latinoamericanas	89

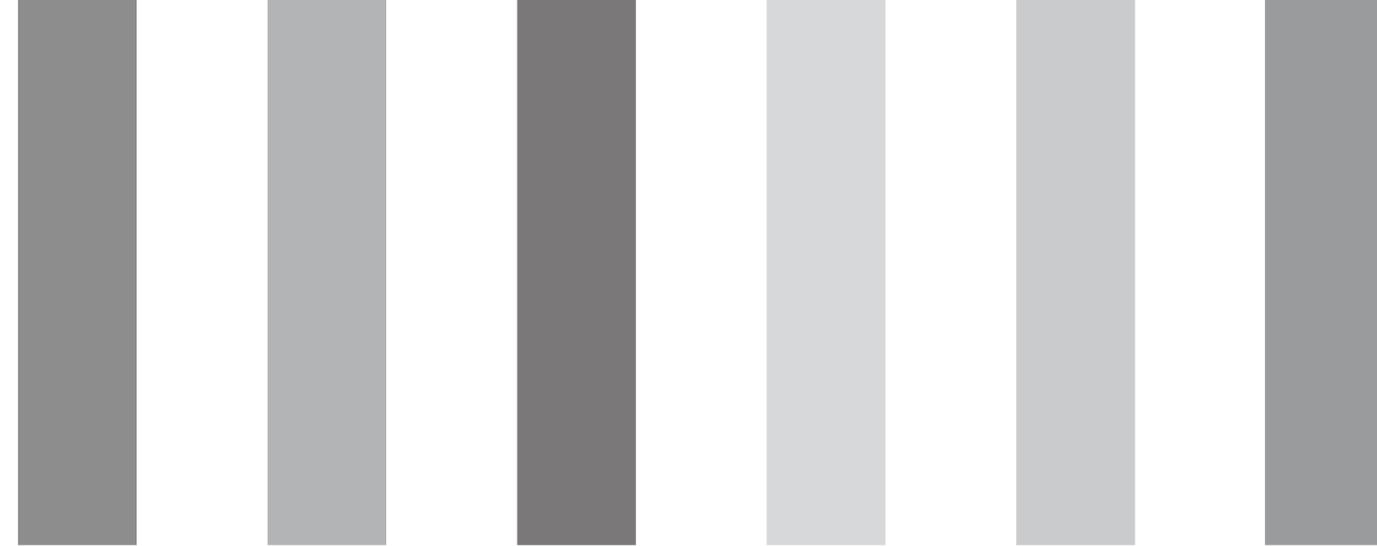
VI. RELEVAMIENTO EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN

1. Introducción	91
2. Prisión Preventiva y Excarcelación	91
3. Absoluciones con Prisión Preventiva	94
4. Conclusiones sobre el abordaje periodístico de la prisión preventiva y la excarcelación	95

VII. PROPUESTAS DE CAMBIO

1. Legislación vigente y reformas normativas	97
1.1 Introducción.....	97
1.2 Puntos focales y debilidades normativas.....	97
1.2.1 La regulación de los peligros procesales.....	97
1.2.2 La regulación de límites a la prisión preventiva.....	99
1.2.3 La regulación de audiencias orales.....	99
1.2.4 Regulación de la prisión preventiva como interés de parte.....	100
1.2.5 Regulación de un régimen gradual de medidas cautelares.....	101
1.2.6 Regulación de fijación previa de plazos para la imposición de medidas cautelares.....	101
1.2.7 Regulación sobre el cese de la prisión preventiva.....	102

1.3 Propuesta de legislación modelo en materia de medidas de coerción.....	102
2. Medidas cautelares y Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos (OMAS).....	104
2.1 Necesidad de regular medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva.....	104
2.2 Necesidad de cautela.....	105
2.3 Producción de información para decidir la cautela: Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos.....	105
3. Proyecto de Reglamento de la Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos (OMAS).....	106



I. INTRODUCCIÓN GENERAL

1. Presentación

El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales -INECIP- con el apoyo financiero de Open Society Institute -OSI- realizó la presente investigación¹ sobre la situación actual de la prisión preventiva en la Argentina. Sin lugar a dudas, nos enfrentamos al instituto con mayor capacidad lesiva a los derechos fundamentales.

Ya pasaron más de veinte años desde el inicio de los procesos de reforma a los sistemas procesales penales en nuestro país, en el marco de la consolidación institucional de la democracia, y desde entonces se materializaron distintos cambios en materia judicial y carcelaria, pero la cuestión de los presos sin condena (atravesada transversalmente por ambos campos) no fue objeto de una investigación profunda que exceda el marco meramente teórico, como tampoco la aplicación de medidas de coerción diferentes al encierro en los procesos penales.

Por ser una herramienta de extrema violencia y de grave afectación a los derechos, la prisión preventiva es objeto permanente de cuestionamientos de legitimidad desde un paradigma de respeto estricto a los derechos fundamentales.

El Estado de Derecho exige como presupuestos para su aplicación que sea dispuesta por un tribunal imparcial, previa solicitud de parte y se demuestre, en base a elementos probatorios, que la persona intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecer la investigación.

Sin excepción, se deberá dar estricto cumplimiento a los siguientes recaudos: un mínimo de prueba de culpabilidad, excepcionalidad, gradualidad, interpretación restrictiva, proporcionalidad, subsidiaridad en la aplicación, provisionalidad y “*favor libertatis*”.

Sin embargo, las normas procesales y la jurisprudencia de los distintos tribunales del país regulan y aplican este instituto con un amplio margen de discrecionalidad y por fuera de los principios referidos.

¹ Agradecemos la lectura y aportes de Juan Pablo Iriarte.

Así, se observa como común denominador: a) criterios rígidos que interpretan a la prisión preventiva como adelanto de pena (“delitos inexcusables”); b) imposición del encierro preventivo de oficio (jueces de instrucción o fiscales de instrucción); c) ausencia de ámbitos adecuados para garantizar el derecho de defensa (inexistencia de audiencias públicas previo a la aplicación del encarcelamiento); d) tiempos prolongados en la duración de la medida; e) aplicación sistemática de la prisión preventiva ante determinados supuestos; f) ausencia de mecanismos de revisión periódica; h) carencia de determinación judicial del plazo de duración; i) inexistencia de mecanismos alternativos al encierro cautelar.

De esta forma, en base a esas características la discusión sobre la aplicación de una medida de coerción se limita a la dicotomía “cárcel o libertad” o “adelanto de pena vs. Impunidad”, sin que se plantee un catálogo de medidas diferentes para cumplir los mismos fines.

En la práctica, esto supone concebir al encierro como la única alternativa y la solución más adecuada ante determinados casos, influenciado muchas veces por los medios masivos de comunicación.

2. Objetivos

En función de lo expuesto, proponemos realizar un trabajo de investigación acerca del funcionamiento de la prisión preventiva en la Argentina, combinando diferentes tipos de abordajes. El conocimiento producido nos permitirá contar con información relevante para generar y fundamentar propuestas de trabajo concretas tendientes a racionalizar el poder punitivo del Estado y reducir la población carcelaria de nuestro país, en particular de las personas presas sin condena; lo que repercutirá en el respeto esencial de los derechos y garantías de los ciudadanos, pilar de un Estado de Derecho.

En virtud de lo expresado, la investigación se encuentra dividida en:

Componente 1: Relevamiento normativo, jurisprudencial y estadístico a nivel nacional.

Componente 2: Relevamiento de casos, entrevistas a autoridades y a personas privadas de libertad, de las jurisdicciones seleccionadas.

Componente 3: Relevamiento de Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva: experiencias regionales.

Componente 4: Relevamiento de Medios de Comunicación de tirada nacional. Analizando cómo se transmiten las decisiones relativas a la imposición de la prisión preventiva o la concesión de una excarcelación.

Fruto de los resultados obtenidos se realizarán recomendaciones para modificar las normas procesales y una propuesta del diseño de las Oficinas de Medios Sustitutivos y Alternativos (OMAS).

3. Metodología

Para concretar el Componente 1, el equipo de investigación procedió a relevar a nivel nacional, es decir en relación a todas las provincias argentinas, la normativa procesal local, las estadísticas oficiales de las personas privadas de su libertad y la jurisprudencia relativa a la temática de los tribunales superiores locales.

Respecto a la organización política de nuestro país, cabe señalar que la República Argentina es un Estado Federal², compuesto por veintitrés gobiernos provinciales, que conservaron todo el poder no delegado al Estado Nacional³, más la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por tal motivo, cada una de ellas dicta sus propios códigos procesales y tienen su organización de justicia⁴.

Además, en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, coexiste la jurisdicción local y federal: en el año 1994 con la reforma constitucional, se determinó que la Ciudad de Buenos Aires tendría un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción⁵. Hasta ese momento, convivían en la Capital dos

sistemas de justicia penal: la Justicia Penal Federal responsable de investigar y juzgar los delitos federales, y la Justicia Nacional, encargada de investigar y juzgar los delitos ordinarios cometidos en el territorio de la Capital Federal. La competencia de esta Justicia ordinaria debería haber sido traspasada a partir de la reforma constitucional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sin embargo, el traspaso de competencia se encuentra demorado y actualmente la Ciudad sólo entiende en causas de faltas, contravenciones y los delitos penales que fueron delegados hasta el momento⁶. Por ende, en el mismo territorio (Ciudad Autónoma y Capital Federal) conviven tres sistemas de justicia: la Justicia Federal, la Justicia Nacional y la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para conocer los criterios sobre los cuales la Justicia ordinaria de las provincias aplica la prisión preventiva, acudimos a la jurisprudencia de los últimos dos años (2008-2010) de casi la totalidad de los Tribunales Superiores.

Respecto a las estadísticas, el relevamiento se hizo en base a los informes anuales que realiza la Dirección de Política Criminal dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En el Componente 2, se procedió al análisis de cuatro jurisdicciones: Córdoba, Chubut, Santa Fe y la Justicia Nacional. En este caso, el equipo se abocó al estudio durante quince días de las resoluciones sobre prisiones preventivas y los pedidos de excarcelación o de revisión de la medida de coerción personal, dictados en primera instancia y en apelación. También se efectuaron entrevistas a jueces, defensores, fiscales, personas privadas de la libertad, autoridades de organismos encargados de hacer el seguimiento luego de la puesta en libertad y a miembros de instituciones que tuvieran como función la confección de informes socio-ambientales.

Para llevar a cabo el Componente 3, se realizó un relevamiento de tres medios gráficos de comunicación de tirada nacional (Clarín, La Nación y Crónica), sobre noticias relativas al dictado de prisiones preventivas y al otorgamiento de excarcelaciones a personas sometidas a proceso penal, para verificar de qué manera se informaba ese tipo de noticias.

En el componente 4, se relevaron los códigos procesales de la región que prevén medidas diferentes a la prisión preventiva. Asimismo, se incluyeron aquellos países que instalaron una oficina encargada de recolectar la información para la toma de decisiones y el monitoreo de las medidas cautelares dispuestas.

Como módulo final, se desarrollaron propuestas de reforma legislativas para las cuatro jurisdicciones sometidas a estudio y un modelo de Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos.

4. Abordaje preliminar de la temática

La prisión preventiva es una institución que permite la detención sin que exista sentencia condenatoria firme, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias que hicieran peligrar la eficacia del sistema, representadas por el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación. Para que no sea utilizada de manera generalizada, como pena anticipada o como medida de seguridad, los indicadores deben estar correctamente definidos para alcanzar la finalidad de una medida cautelar excepcional de naturaleza asegurativa y, por lo tanto, con fines diferentes a los mencionados.

Al momento de aplicarse esta gravosa medida coercitiva, lo que se está poniendo en juego son dos fuerzas que se contraponen: la eficacia del proceso penal y las garantías constitucionales.

El Estado tiene el deber de investigar y perseguir los hechos delictivos que llegan a su conocimiento. Si este poder fuera ilimitado, estaríamos frente a un Estado totalitario⁷. En un Estado de Derecho el poder punitivo debe estar estrictamente limitado mediante leyes claras y precisas. Así, el Poder Legislativo describe los supuestos en los que puede perseguir y juzgar a las personas, investigándolas y llevándolas a juicio. Y cuando se vea imposibilitado de realizar esta tarea, por las acciones mismas del imputado, el legislador faculta a detener preventiva y provisionalmente para asegurar aquellos objetivos.

Pero además, para dictar la prisión preventiva debe haber un mínimo de prueba relativa a la culpabilidad del imputado como autor o partícipe y la existencia de un peligro en la demora que justifique la urgencia en su dictado.

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

² Art. 1 CN: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”

³ Art. 121 CN: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”

⁴ Art. 5 CN: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”

⁵ Art. 129 CN: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

⁶ Recientemente, el 7 de septiembre del 2011, el Congreso de la Nación aprobó el tercer traspaso de competencias, por el cual pasaron la mayoría de los delitos correccionales y algunos criminales a la órbita de la Ciudad de Buenos Aires.

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

⁸ CLARÍA OLMEDO, Jorge *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, t. V, pág. 211.

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

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

II. RELEVAMIENTO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y ESTADÍSTICO EN ARGENTINA

1. Aspectos vinculados a la regulación de la prisión preventiva. Desarrollo de los criterios.

Encarcelar a quien aún no fue declarado culpable es una violación al principio de inocencia, de modo que la prisión preventiva carece de un fundamento legítimo. Por ese motivo, es que el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso¹¹ sólo puede ceder en situaciones excepcionales. De esta forma, la discusión gira en torno a qué se deberá tener en cuenta para determinar si aquella procede o cuáles son las circunstancias que ameritan llegar al extremo de utilizar la herramienta más violenta que tiene el Estado de Derecho mientras se realiza la investigación, se espera el juicio oral o se confirma una sentencia.

En relación a este punto, la doctrina clasificó los fundamentos y circunstancias que toman los códigos procesales en dos criterios: los procesalistas y los sustancialistas. Como veremos más adelante, no se trata de dos modelos que se encuentran al servicio del legislador y de los operadores judiciales para ser regulados y aplicados. El criterio procesalista es el único que responde a una reglamentación constitucional de la utilización de la prisión preventiva, mientras que el segundo es contrario a aquella.¹² A pesar de ello, el criterio procesalista en nuestro país es una excepción, lo que demuestra que lejos de ser una medida cautelar, el encierro está siendo utilizado como una pena anticipada.

Por otro lado, en la mayoría de los códigos procesales observamos una combinación de ambos, que permitiría encuadrarla en una tercera clasificación a la que denominaremos “sustancialismo encubierto”. Los códigos que regulan este criterio construyen el supuesto de peligro -propio del criterio procesalista- a través de parámetros sustancialistas. Es decir, que utilizan el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, pero los indicadores que miden ese riesgo

residen en el monto de pena en expectativa, el delito cometido o los antecedentes penales.

De esta manera, el “sustancialismo encubierto” parece tener una aparente diferencia con el criterio sustancialista “puro”, que prevé abiertamente delitos “inexcarcelables” con la mera imputación de un tipo penal determinado, la expectativa de pena, la posible declaración de reincidencia, etc. Sin embargo, esta distinción es sólo virtual pues en la práctica, cuando se presenta un determinado supuesto (delito, pena o antecedentes), la prisión preventiva se aplica casi en forma sistemática.

En ese contexto, la proyección que presenta el postulado procesalista todavía no fue desarrollado en toda su extensión. Sólo en aquellas jurisdicciones que introdujeron cambios importantes en la legislación y modificaron sus prácticas se está alcanzando una nueva concepción de la utilización excepcional del encierro preventivo. En el resto, el uso racional de este instituto dependerá de la concepción aislada de algunos operadores judiciales que, por convicción, realizan una interpretación constitucional de la medida a pesar de los fuertes componentes sustancialistas que presentan los códigos.

Desarrollo de los criterios. En estos apartados se presentará una visión reducida de los criterios sustancialistas y procesalistas, sin pretender un análisis exhaustivo de la doctrina existente. El objetivo es hacer una introducción a esta temática, con la finalidad de dar a conocer ambas posturas y las consecuencias que de ellas derivan. Finalmente, se presentará una reinterpretación del criterio procesalista para garantizar su aplicación.

1.1 Criterio Sustancialista

La historia del procedimiento penal de nuestro país, signada básicamente por la cultura inquisitiva, dejó entre otros

resultados la corriente sustantivista. Esta concepción de la prisión preventiva “*ha encontrado una fuerte recepción legislativa, y aún no se ha podido desterrar por completo*”¹³. Su origen lo encontramos en la asimilación deliberada a la pena pues se le atribuyen las mismas funciones, de forma tal que se la entiende como un fin en sí mismo. Así, se ponen en jaque el juicio previo y los principios de libertad, excepcionalidad, inocencia, entre otros. De este modo, se le imprime el carácter de sanción previa, infringiendo el bloque de constitucionalidad al tomar a la imputación como un hecho probado y la mera acusación como una sentencia previa.

En este esquema, se la utiliza como justicia inmediata y se distorsiona la visión que la sociedad tiene del instituto. Esto se advierte cuando al encierro cautelar se lo presenta como un éxito de la investigación y se deja en un segundo plano al proceso penal en sí mismo. Así, la libertad durante el proceso penal es una excepción y se la traduce como sinónimo de impunidad. Como veremos al momento de analizar los códigos procesales provinciales, la prisión preventiva es utilizada como instrumento de política de persecución penal “eficaz”; lo que evidencia una errónea interpretación de su finalidad, al buscar en las medidas cautelares la solución inmediata a la cuestión delictiva.

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

Este criterio también asimila la prisión preventiva a una medida de seguridad. En este supuesto, se establece que el encarcelamiento tiene como finalidad evitar que se persista en el delito¹⁴ o su reiterancia, o bien satisfacer la necesidad de “defensa social” contra la peligrosidad del sospechoso.

En otro orden de ideas, la adopción de este criterio genera la imposibilidad de ejercer el principio de contradicción y el derecho de defensa en juicio. Los códigos procesales que siguen esta tendencia establecen presunciones *iure et de iure* de la aplicación de la prisión cautelar para los supuestos descritos anteriormente. De esta manera, su aplicación automática no permite alegar ninguna circunstancia para revertir la determinación legal. Esta situación, no sólo libera a la fiscalía de la obligación de demostrar por

qué el imputado debe estar privado de su libertad durante el proceso, sino que la defensa, por más que alegue alguna circunstancia objetiva (arraigo), no tendrá ningún efecto pues es muy probable que la respuesta sea una remisión a la restricción normativa. Lo hasta aquí expuesto deja en evidencia la inconstitucionalidad de esta postura.

Sobre este tópico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Suárez Rosendo vs. Ecuador”, indicó que si la prisión preventiva se decreta por el tipo de delito constituye una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia, previsto en el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 35/07, afirmó que “...la Corte ha sido más categórica al enfatizar la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo (...) Por ello se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho... porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva”.

En conclusión, este criterio conlleva la aplicación sistemática del instituto que, al no admitir prueba en contrario, impide resolver el caso conforme las particularidades que pueda presentar. Así, al no existir justificación o motivación alguna sobre su dictado, también la revisión de la medida (garantía prevista en nuestro bloque de constitucionalidad) se convierte en una hipocresía, en razón de que no hay fundamento que quepa contra estas presunciones legales.

Cafferata Nores señala que aún en caso de admitir que la legislación consagre que frente a la posibilidad de imponer una pena grave el imputado se fugará, esto siempre debe admitir prueba en contrario¹⁵, aunque la misma ya de por sí constituya una injusticia manifiesta toda vez que es el Estado (el fiscal) quien debe acreditar la necesidad de la medida. Esta rutina judicial de aplicar estas presunciones automáticas, tiene por consecuencia el incumplimiento de fundar la medida en un peligro y acarrea la ilegitimidad de poner en cabeza del imputado la obligación de probar que ciertas presunciones legales se dan en el caso¹⁶.

¹¹ Surge de la combinación entre los artículos 14, 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

¹² La reglamentación constitucional surge en virtud del art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 9.3 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

¹³ SERGI, Natalia “*Límites temporales a la prisión preventiva*”, Revista Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A, pág. 115.

¹⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge: ob. Cit., t. V, pág. 329.

¹⁵ CAFFERATA NORES, José “*La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?*” en Lexis Nexis/Jurisprudencia Argentina, del 19 de mayo de 2004, pág. 3.

¹⁶ BOVINO, Alberto en: “Aporías”, Ponencia General presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado del 8 al 10 de noviembre del 2007, Mar del Plata, pág. 856, Rubinzal-Culzoni-2007.

1.2 Criterio Procesalista

Frente a los abusos que se produjeron a la luz de los criterios sustancialistas, la doctrina postuló una interpretación diferente para que el encarcelamiento procesal sea excepcional. Así, se parte de la base de que es una medida cautelar cuyo fin no es sancionar al imputado. Cafferata Nores afirma que la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo¹⁷. Por eso, no constituye un fin en sí mismo, sino que es un medio para asegurar otros fines, que son los del proceso.

Ahora bien, como se trata de una medida cautelar tenemos que determinar cuáles son los requisitos o condiciones que se deben presentar para poder dictarla. Encontramos que, para que proceda, se deben dar conjuntamente dos presupuestos: **a)** la verosimilitud en el derecho y **b)** el peligro en la demora.

En relación a la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iure*) o exigencia de mérito sustantivo, es necesario que concurren elementos de convicción suficientes que permitan afirmar que existe una sospecha de que el imputado es el autor –o participe- del hecho investigado (alto grado de probabilidad) y, en consecuencia, que se llevará adelante el juicio oral y público en su contra. Se requiere, entonces, de una imputación válida y fundada en la prueba que aportó el acusador.

Respecto al segundo de los presupuestos habilitantes, el peligro en la demora, se deben dar ciertas circunstancias

o características que demuestren que existe un estado de probabilidad prevaletante de que el imputado atentará contra los fines del proceso.

Desde la doctrina, ya hace bastante tiempo se explica que existen sólo dos motivos: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga. Este criterio fue reafirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verbitsky”¹⁸, en donde señaló que, en el caso de la prisión preventiva, el piso mínimo determinado por los estándares internacionales y a los que se debe ajustar la legislación nacional, es el del Código Procesal Penal de la Nación, que en su artículo 280 los contempla.

De tal forma, sólo en aquellos casos en los que la libertad del imputado pueda obstruir la averiguación de la verdad –falseando o destruyendo prueba o amedrentando testigos- o existan elementos que pongan en peligro la aplicación de la ley penal en el caso concreto (fuga), se autoriza la medida de coerción más gravosa¹⁹.

Por otro lado, este criterio postula que, además de ser excepcional, deberá respetar los principios de interpretación restrictiva, proporcionalidad, judicialidad, provisionalidad, *favor libertatis*, gradualidad y subsidiaridad en la aplicación²⁰.

De esta manera, la prisión preventiva debe ser la *última* de las medidas de coerción y las restantes que se regulen deben poseer una intensidad diferente. Es así que se podrá aplicar la que, resguardando la consecución del fin procesal propuesto, resulte menos gravosa²¹ y sólo procederá el encierro, cuando no exista otra manera de asegurarlo. En esos supuestos, el principio de proporcionalidad²² cumple

una función importante pues, cuando la injerencia deje de ser necesaria para los fines del proceso, ella se tornará inadmisibles debido a que ya no es indispensable²³. En consecuencia, el encarcelamiento cautelar que no se dicte en estas condiciones responderá en realidad a otros propósitos y, por lo tanto, se convertirá en inconstitucional.

La diferencia más importante entre este postulado y el sustancialista, es que en el criterio procesalista el riesgo de fuga o entorpecimiento debe ser discutido en forma previa y alegado por la parte interesada. Para ello, será necesario que se prueben los indicadores que permitan concluir que se está en presencia de alguno de los dos supuestos habilitados.

En definitiva, sólo cuando se acredite esa sospecha vehementemente y se encuentre probado que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecerá la investigación (sin que exista otra medida cautelar menos gravosa que permita resguardar los fines del proceso), el juez podrá dictar –a pedido del acusador- el encarcelamiento procesal.

1.3 La resistencia de los criterios procesalistas. Propuestas para fortalecer su aplicación y reducir el uso de la prisión preventiva.

El uso indebido de la prisión preventiva generó una distorsión significativa respecto a cuál es su finalidad. Tan es así que, desde el plano teórico, se está afirmando que el criterio procesalista no cumplió con el objetivo de utilizar al encierro cautelar como una medida de *ultima ratio*. Sin embargo, a nuestro modo de ver, que no se aplique en forma excepcional no tiene que ver con el fracaso de este postulado sino que la regulación procesal no lo receptó (a excepción de los códigos más modernos) y optaron por criterios sustancialistas o lo que aquí denominamos como “sustancialismo encubierto”.

De esta manera, la elección del legislador fue la que determinó y generó la confusión sobre el alcance adecuado del criterio procesalista pues, como veremos, la determinación del peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación se midió a través de indicadores claramente sustancialistas. A esto último, se debe sumar que los operadores judiciales son responsables –salvo criterios aislados que suelen quedar en minoría- de convalidar ese abordaje, al interpretar al encarcelamiento cautelar -o las limitaciones a la excarcelación- a través de una aplicación legalista de las normas adjetivas, en lugar de realizar un análisis constitucional.

En base a ello, consideramos necesario reformular y plantear determinados postulados, a los efectos de garantizar una aplicación adecuada del criterio procesalista y limitar así el uso de la prisión preventiva.

Metodológicamente hemos optado por adelantar y explicar en éste componente los requisitos y presupuestos que se

deben reunir para la procedencia del instituto, para que el lector tenga en forma previa los postulados que sosteneamos y los aspectos que criticaremos al momento de relevar las normas procesales y las prácticas judiciales.

Para efectuar un análisis de los estándares que se deben regular para que dicha injerencia opere como medida excepcional, debemos partir de la siguiente reflexión: si la prisión preventiva debe ser una medida excepcional, ¿cuáles son los motivos por los que en nuestro país sucede exactamente lo contrario? y, a su vez, ¿cuáles son los requisitos necesarios para su uso racional?

Las normas procesales locales la regularon –con algunas excepciones - como el eje central de las medidas cautelares. Esto generó que se presente una dicotomía: la libertad o la prisión preventiva. Si a ello le sumamos que en nuestro país –ante determinados delitos- la regla es el encierro cautelar, la libertad quedó limitada a delitos vinculados con penas privativas de la libertad leves, salvo que la persona imputada posea antecedentes penales.

De este modo, en la mayoría de los códigos adjetivos la pena en expectativa, el delito imputado y los antecedentes, son los indicadores determinantes para decidir si una persona debe o no estar en la libertad durante el proceso. Esta es la realidad de nuestro país, tal como lo probaremos al momento de analizar la jurisprudencia y las normas procesales.

Por otro lado, históricamente existió una desconexión entre lo postulado en el plano teórico sobre la finalidad de la prisión preventiva y la práctica. Ambos recorrieron carriles diferentes, sin que el primero pudiera influir en un cambio sustancial en los operadores, ni en las regulaciones procesales. Fue recién en los últimos códigos procesales penales (Chubut, La Pampa, Ciudad de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe) que se logró incorporar una lógica diferente sobre la forma de regular las medidas cautelares.

En las restantes jurisdicciones, producto de la vigencia de criterios sustancialistas –y pese a las advertencias de la doctrina sobre los problemas constitucionales que ello trae aparejado- se pusieron en pugna dos formas de interpretar los indicadores de la prisión preventiva, en un intento de instalar al criterio procesalista y, en consecuencia, reducir al sustancialista. Esto es: la distinción entre las presunciones *iure et de iure* y *iuris tantum*; eje actual del problema de la medida coerción.

Las presunciones *iure et de iure*, son aquellos supuestos en los que ante la presencia de un indicador (generalmente monto de pena o tipo de delito) no se admite prueba en contrario y se aplica en forma automática la prisión preventiva. En los hechos, significa que el imputado debía transitar el proceso encarcelado. “¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas,

¹⁷ “Proceso Penal y Derecho Humanos”, CELS, Editores del Puerto, Bs. As. 2000, pág. 186.

¹⁸ V. 856. XXXVIII. “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus” resuelta el 03/05/2005.

¹⁹ Sin embargo, como veremos, ambos supuestos se vieron afectados por la subsistencia de indicadores sustancialistas para definir su procedencia (“sustancialismo encubierto”).

²⁰ En esa línea se expidió el Congreso Nacional de Derecho Procesal (XXIV) de 2007: “1. Es un dato de la realidad que, aún luego de reformas legislativas, el uso abusivo de la prisión preventiva no se ha modificado sustancialmente. 2. El encarcelamiento preventivo no resulta inconstitucional (art.77 inc. 2 del CN) cuando se respeten los requisitos de fundamentación y motivación suficiente y, además, se atiende a su carácter cautelar, excepcional y reducido en su duración, estrictamente sujeto a plazos razonables.”

²¹ Sobre esta cuestión ver, SOLIMINE, Marcelo A.: *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p.659 y PASTOR, Daniel R.: Las funciones de la prisión preventiva en Revista de Derecho Procesal Penal 2006-I, “Injerencias en los derechos fundamentales del imputado-I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 142/143. Este último autor señala que este principio y el de excepcionalidad son las dos caras de la misma moneda.

²² Sobre la posibilidad de limitar los derechos fundamentales y el papel que juega el principio de proporcionalidad véase MARTÍNEZ, Santiago: *Discurso de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892* en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 1, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 59 y ss. Para el caso de las medidas de coerción, BRUZZONE señala que para su aplicación se deben verificar los siguientes extremos: 1) que este prevista en la ley; 2) que el órgano jurisdiccional sea el competente; 3) que sea necesaria; 4) que sea idónea para el fin buscado y 5) que sea proporcional a los intereses afectados (*La “nulla coactio sine lege” como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal* en AA.VV. “La justicia penal hoy”, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 1999, p. 189 y ss. (también publicado en AA.VV. “Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 241 y ss.). Además, sobre esta cuestión, se puede ver SOLIMINE, Marcelo A.: *Principios generales de las medidas de coerción –enunciación universal y aplicación en los códigos nacional y bonaerense-* en LL. 1998-E, p. 1213 y ss. La Corte IDH reconoció la validez de este precepto para limitar el encarcelamiento preventivo en el caso “López Álvarez vs. Honduras” del 1/02/2006. Para Bigliani y Bovino, el Informe 35/07 le dio contenido concreto a ese precedente, en *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pág 5.

²³ BVerfGE 19, 342.

sino, peor, *sin admitirse prueba en contrario*, el peligro de fuga? ¿Esa presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?²⁴.

Tan arraigada llegó a estar esta absurda concepción, que generó el dictado de un plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal en el cuál se discutió si las limitaciones a las excarcelaciones admitían prueba en contrario o era suficiente –por ejemplo- la sola constatación del monto de pena para el delito imputado. Más allá de los resultados de aquél precedente, resultó demostrativo de la distorsión que se presenta en torno al tema.

La sola comprensión de los principios constitucionales de inocencia y su derivado *onus probandi*, defensa en juicio, contradicción y motivación, no da lugar a que en un Estado de Derecho existan presunciones que no admitan prueba en contrario cuando nos encontramos frente a la aplicación de la ley penal. En la actualidad, esta concepción trató de ser erradicada (y algún efecto se logró), como consecuencia de diversos precedentes a nivel nacional²⁵ y por algunos antecedentes de la jurisprudencia internacional ya citados.

Frente a ello, se posicionó la segunda concepción, postulando la interpretación de las presunciones *iuris tantum*, para refutar la inexplicable concepción inquisitiva de una interpretación distorsionada de la prisión procesal. Sin embargo, en la práctica el cambio fue sólo virtual y no logró generar los resultados esperados.

Ello es así pues, en definitiva, la concepción de que un determinado indicador (Ej. monto de pena) que presume el peligro de fuga o entorpecimiento habilita a producir prueba en contrario, no resulta suficiente para modificar la cultura que concibe a la institución como una pena anticipada. En un nuevo paradigma no debe existir ningún tipo de presunción en contra del imputado pues, como sostiene Díaz Cantón²⁶, la vigencia del principio de inocencia veda la imposición del encarcelamiento cautelar basado en presunciones. Por el contrario, se debe alegar y probar los riesgos.

Sin embargo, en el esquema actual las presunciones *iuris tantum* siguen utilizando criterios sustancialistas (monto de pena, reincidencia, gravedad del delito, antecedentes, etc.). Por ello, sostenemos que la posición dominante en nuestro país es el “sustancialismo encubierto”.

En este sentido es que afirmamos que la situación no se modificó pues se continúa aplicando el encierro para determinados delitos, pero con el agravante de que ahora se in-

vierte la carga probatoria dado que la persona imputada es la que debe demostrar que ante determinados supuestos no eludirá o entorpecerá el accionar de la justicia; eximiendo al fiscal de la carga de probar esos extremos.

Como veremos, el uso racional y limitado de la prisión preventiva exige dejar de lado estos postulados y establecer determinadas reglas limitativas con el objetivo de considerarla como una medida cautelar excepcional, bajo los parámetros del criterio procesalista.

1.3.1 Reformar las normas:

A. Incorporar indicadores objetivos del peligro de fuga y entorpecimiento:

Si bien existen diferentes criterios para encarar la problemática de los presos sin condena, creemos que el paso inicial para que ello suceda es la modificación normativa. Este es el primer elemento ineludible si se pretende un cambio cultural, dado que, en la práctica, la generalidad de los operadores judiciales aplica la prisión preventiva como regla y encuentran su justificación en la regulación de los códigos procesales y no en los principios constitucionales.

Como dijimos, se debe erradicar de las normas cualquier valoración sustancialista de los riesgos procesales, para evitar que la detención cautelar se disponga en base al tipo de delito, el monto de pena en expectativa o cuestiones que necesariamente deben ser probadas en un juicio oral (Ej. reincidencia). Esto significa dejar de lado las presunciones legales que determinan el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación en base a la conducta que todavía no se encuentra acreditada, pues esos indicadores no poseen ninguna relación con los supuestos señalados. Además, la determinación del riesgo por medio de la calificación legal violenta el principio constitucional de responsabilidad por el hecho, pues el imputado no interviene de manera alguna en el acto de adecuación típica de su conducta.

Es por eso que si uno observa los códigos procesales más modernos, verá que sólo se limitan a definir determinados indicadores

(orientativos) estrictamente vinculados con el peligro de fuga o con el entorpecimiento de la investigación, sin asignarles a ellos un valor determinado. Así, por ejemplo, se establece que para el peligro de fuga, se debe evaluar el arraigo (determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, etc.); el comportamiento del imputado durante el procedimiento (su voluntad de someterse a la persecución penal). Para el entorpecimiento, se prevé un catálogo de conductas que hacen a la posibilidad de disponer de los elementos probatorios o amedrentar a testigos (destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que testigos o peritos informen falsamente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos).

Como se observa, ninguna de esas medidas tiene relación con los criterios concebidos actualmente en la gran mayoría de los ordenamientos adjetivos, que regulan la prisión preventiva como adelanto de pena. Esto demuestra que son dos concepciones completamente diferentes y que el eje de la discusión es otro.

B. La exclusión de determinados supuestos:

Como parte esencial para la reducción de la prisión preventiva, es necesario que el legislador establezca un piso “real” para su utilización, en base a la aplicación de determinados principios limitadores del poder punitivo.

Por aplicación del principio de proporcionalidad, el encarcelamiento no puede aplicarse a delitos que prevean penas de ejecución condicional, pues nunca puede ser más gravoso que la sanción penal.

Sin embargo, ello no implica que opere como regla que la medida se debe dictar automáticamente cuando el delito prevea sanciones de efectivo cumplimiento, pues en este último caso se deben reunir otros requisitos. Sin embargo, eso no implica que opere como regla, que la medida se deba dictar automáticamente cuando el delito prevea sanciones de efectivo cumplimiento, pues en este último caso se deberán reunir otros requisitos.

Esto opera como un límite claro y absoluto al encierro, en contraposición con lo previsto en algunas legislaciones vigentes, donde si bien se prevé aquél piso, la prisión preventiva puede dictarse si existe riesgo de fuga o elusión, el

que generalmente se presenta cuando la persona, por ejemplo, posee antecedentes. Esto constituye una distorsión de la concepción de la medida de coerción, pues sólo centra la discusión en las dos causales de procedencia de la injerencia, sin examinar un presupuesto previo que es la proporcionalidad. Entonces, como consecuencia del principio de mínima intervención, lo primero que corresponde evaluar es si en el caso existe vulneración a ese principio y, si ello no sucede, luego verificar el riesgo de fuga o elusión.

Siguiendo esta línea, en la limitación a la prisión preventiva también ingresan otros supuestos. Por ejemplo, la prohibición de valorar conductas realizadas en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica efectuada a cuestiones políticas y los delitos de acción privada. El primero, en clara protección a valores propios de un Estado de Derecho busca evitar que el sistema penal opere como método para condicionar la opinión de la prensa o las expresiones políticas. El segundo se vincula con el principio de proporcionalidad, en virtud del monto de pena previsto para esos casos.

Por otro lado, en base al principio de humanidad, intrascendencia de la pena a terceros y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes es que también impide dictarla a los mayores de 70 años, mujeres en los últimos meses de embarazo, madres en el primer año de lactancia, etcétera.

Finalmente, cabe aclarar que estas limitaciones sólo se refieren a la imposibilidad de disponer el encierro carcelario, pero no a la procedencia de otras medidas cautelares. La percepción negativa que se genera cuando se introduce alguna de estas limitaciones, es demostrativa de que las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva no son consideradas efectivas y son interpretadas como sinónimo de impunidad. Revertir esta concepción, creemos que es el principal OBJETIVO de los próximos años.

1.3.2 Cercar a la prisión preventiva:

Un programa de reducción del encierro procesal debe tener como objetivo “acorrallar” a la prisión preventiva. Por eso corresponde regular determinados estándares para garantizar que ese tipo de injerencia opere en forma excepcional.

²⁴ PASTOR, Daniel R. en: “El encarcelamiento preventivo”, en El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 55 y 56.

²⁵ “Proceso Penal y Derecho Humanos”, CELS, Editores del Puerto, Bs. As. 2000, pág. 186. Plenario “Díaz Bessone” de la Cámara Nacional de Casación Penal, del 30/10/2008, y “Barbará”, Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, del 10/11/2003.

²⁶ Cfr. Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción en “La motivación de la sentencia penal y otros estudios”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 77. En el mismo sentido, BOVINO dice que los riesgos no se presumen pues sino la exigencia quedaría vacía de contenido, en “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos” publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As. 1998, pág. 144.

A. Oralidad como método para la toma de decisiones:

En este esquema, cumple un rol importante que la decisión del pedido de la prisión preventiva y la correspondiente resolución se realice en una audiencia oral. La oralidad opera como un mega principio que permite la realización y materialización del derecho de defensa en juicio, el principio de contradicción, *onus probandi*, intermediación, etcétera. Sólo a través de ella se garantiza el mecanismo adecuado para discutir todas las cuestiones vinculadas con la aplicación de una medida cautelar. Existe un consenso generalizado que el sistema escrito no garantiza fallos adecuados, impide ejercer el derecho a ser oído –pues se aplica el derecho a ser leído–, limita la posibilidad de presentar prueba y, en la mayoría de los casos, sólo se tiene una única posibilidad de alegar al momento de contestar la vista o el traslado. Por el contrario, la virtud que posee la oralidad es que se sabe por qué comenzará la audiencia pero no cómo terminará.

La oralidad, aplicada correctamente, demuestra que los criterios sustancialistas no tienen –o no deberían tener– ninguna cabida, pues la argumentación del fiscal respecto de que existe peligro de fuga por el monto de pena, el delito reprochado o por los antecedentes penales que posee el imputado, no constituye un argumento sólido; dado que carecerá de respaldo probatorio con relación a los riesgos procesales y resultará insuficiente e infundada. Esta afirmación quedará comprobada en las entrevistas que hemos realizado a jueces de sistemas adversariales, quienes resuelven la prisión preventiva en audiencias. Al preguntarles si resultaba suficiente para su dictado alegar alguno de esos aspectos, se respondió en forma negativa.

B. Audiencia de control de la detención y solicitud de medida cautelar:

Junto con la oralidad deviene necesario regular el momento procesal en el que el fiscal debe solicitar la injerencia. En la mayoría de los códigos procesales modernos cuando la persona se encuentra detenida, se establece un plazo de 24 y 48 horas para que el Ministerio Público Fiscal requiera ante el juez la imposición de una medida cautelar.

Esta audiencia suele ser la más importante en términos de protección de derechos y garantías, pues constituye el acto por excelencia donde se

discutirán determinadas cuestiones que en los sistemas más retrasados se produce ora avanzada la investigación ora en el juicio oral.

La audiencia se suele denominar “control de la detención y/o formulación de cargos”. En ella, se discutirá en primer lugar si la detención de la persona fue legal (por ejemplo, como consecuencia de la detención producida en la vía pública, en un allanamiento, etc.). Constituye, entonces, el primer acto procesal que materializa el principio de inmediatez al controlar la actividad policial o del Ministerio Público Fiscal. A su vez, permite una discusión de calidad sobre el cumplimiento y respeto de los derechos que le asisten a todo ciudadano. Opera, entonces, como presupuesto previo para avanzar en la investigación y, en su caso, disponer el encierro.

En segundo lugar, en esa misma audiencia, el fiscal deberá efectuar la formulación de cargos (o la formalización de la investigación) ante el juez y el imputado, como así también requerir la medida cautelar que pretende.

El efecto que genera ese acto –en términos generales– es reglamentar que la prisión preventiva es el único estándar permitido si la persona se encuentra presa durante la investigación. En el devenir histórico de nuestras prácticas judiciales, una de las mayores afectaciones que se produjeron en términos de privación de la libertad durante el proceso penal, fue la condición de “detenido” y no de “preso preventivo”, durante períodos prolongados.

Esto último, fue producto del incumplimiento de los preceptos legales de dictar la medida de coerción junto con el procesamiento en los tiempos que marcaban los códigos procesales o con la resolución tardía del dictado de la prisión preventiva, en aquellos códigos de primera generación de reforma. En ambos supuestos, la persona se encontraba “detenida” sin una declaración formal que la sujetara al proceso. Un dato que confirma esta apreciación es que muchos ordenamientos incorporaron, al momento de reformar sus códigos, que la simple denuncia no resulta suficiente para ordenar la detención de la persona.

Sin embargo, esta distorsión no es casual. El “estado de detención” se presentaba (o presenta) generalmente por una inadecuada interpretación de las normas de la excarcelación, tal como veremos más adelante. Esto sucedía (o sucede) cuando la persona detenida presentaba la excarcelación y su recha-

zo era concebido en forma similar a la prisión preventiva. Esa denegatoria se transformaba en el acto central y formal del encierro.

Si observamos algunas normas provinciales, sobre todo de primera generación de reforma, vemos que habilitan distintos niveles de detención. Ello se advierte, por ejemplo, cuando se otorga la facultad al fiscal de confirmar de oficio la detención o solicitar al juez que se convierta la aprehensión en detención. El problema se presenta en el tiempo que transcurre entre ese acto y la resolución de la prisión preventiva. Para citar algunos ejemplos, en la provincia de Buenos Aires, el procedimiento en caso de flagrancia establece que esa medida cautelar será solicitada cuando se requiera la elevación de la causa a juicio que, de cumplirse las prórrogas allí previstas, el imputado puede pasar más de un mes en “estado de detención” hasta su dictado. De esta forma, durante ese plazo el único acto jurisdiccional es la conversión ya indicada. Mientras tanto, seguramente existirá la resolución que rechazó la excarcelación, cómo única decisión sustanciada.

Lo mismo parece suceder en la provincia de Santa Fe con el instituto de la sustitución de prisión presentado antes del dictado del encierro cautelar, tal como lo veremos al momento de presentar el relevamiento empírico.

De esta manera, los ejemplos citados son sólo ilustrativos de una práctica instalada –que también puede presentarse en aquellos supuestos en los que no se cumple en tiempo y forma el procesamiento con la prisión preventiva– que demuestra la necesidad de introducir la obligación de una audiencia como la que aquí se postula en forma inmediata a la detención. De lo contrario, seguirán subsistiendo supuestos en los que se habiliten confirmaciones de detención (o rechazos de libertades) que pretende asimilarlos al encierro cautelar. Son, en definitiva, “pequeñas y distorsionadas prisiones preventivas”, pero con estándares mucho más flexibles.

C. A petición de parte:

Aunque parezca una obviedad, la solicitud de la prisión preventiva debe ser a pedido de parte y resuelta por un juez. Así se rompe con la lógica actual tanto de aquellos modelos en que la dispone el juez de oficio, sin sustanciación (sistemas mixtos) como en los códigos que habilitan que la medida cautelar la orden el fiscal.

Esto ordena el rol procesal que le corresponde a cada actor y garantiza la imparcialidad del juez. Los sistemas en los que se dicta de oficio la medida lo hacen en violación al derecho de defensa en juicio, pues es a través del principio de contradicción que se circunscribe el objeto a resolver y los elementos que respaldan las distintas posturas.

En concreto, genera que la parte que requirió la medida cautelar deba demostrar cada uno de los elementos exigidos y la defensa refute ese abordaje o proponga un examen diferente del caso.

D. *Ultima ratio*, subsidiariedad y gradualidad de las medidas cautelares:

Tal como explicaremos, un cambio cultural en la concepción de las medidas cautelares tiene relación con la forma en que aquellas se encuentran reguladas en los códigos procesales. Es necesario que se determine un catálogo gradual y unificado de las medidas cautelares, incluida en último término la prisión preventiva. Además, se debe establecer la obligación de que el requirente explique las razones por las cuales no resulta apropiado ni suficiente cada una de ellas. Es decir, efectuar un análisis de la menos lesiva a la más gravosa, lo que implica un estudio diferenciado y pormenorizado de aquéllas.

Poco sirve prever un catálogo si el Ministerio Público Fiscal se constituye en la sala de audiencias solicitando directamente la prisión preventiva sin explicar, en forma previa, las razones por las que las otras no son idóneas para evitar la fuga o el entorpecimiento. De allí que resulta importante incorporar la obligación del acusador de realizar esa fundamentación. Esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de diferentes medidas y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción. También garantizará el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio pues ese análisis escalonado y gradual (de la menos lesiva a la más gravosa) permitirá a la defensa alegar y centralizar la discusión en alguna cuestión en concreto.

Finalmente, se comenzará a dar un papel más preponderante a las medidas cautelares no privativas de la libertad que hoy en día son utilizadas en forma subsidiaria a la prisión preventiva.

E. Duración de la medida y los controles *ex ante*:

Luego que el fiscal solicite el encierro cautelar, debe explicar el tiempo estimado que durará la medida y acreditar su proporcionalidad y razonabilidad. La proporcionalidad en este aspecto no se vincula con la sanción a imponer sino con la investigación y duración del proceso penal, lo que implica discutir si es racional.

En la actualidad, la mayoría de los sistemas legales no prevén este requisito y la razonabilidad del tiempo de encierro se define por los plazos abstractos y máximos previstos en la ley. Esto genera que el sistema se termine relajando, pues mientras se encuentre dentro de los plazos legales la detención será considerada “válida”.

Al establecer plazos en abstracto se exime al fiscal rendir cuentas de los avances de la investigación y de la necesidad de que la medida subsista. El hecho de que aquél explique el plazo que necesitará para recabar los elementos para fundar su acusación y llevar la causa a juicio, lo obliga a efectuar un examen más exigente sobre su necesidad “real”. La consecuencia es que el juez, al momento de dictar la medida, fijará el plazo de duración y, previo a ello, la defensa podrá pedir su reducción.

La segunda cuestión se vincula con las consecuencias del incumplimiento de dicho término. La libertad es un valor esencial en un Estado de Derecho, si se efectúa una excepción se deben garantizar mecanismos adecuados para que aquella privación de la libertad cese inmediatamente.

Debemos ser conscientes que la cárcel genera una afectación importante a los derechos de las personas y por eso se debe establecer un sistema de alertas a fin de proteger aquél derecho.

Lo aquí propuesto se vincula con la necesidad de fijar controles *ex ante* y no *ex post*, como sucede hoy en día. El sistema que protege a la persona presa sin condena debe, necesariamente, funcionar con certeza y eficacia. Sólo reunirá estos requisitos si el Estado reacciona en forma inmediata cuando se afecta ese derecho.

El sistema de controles *ex post* de la prisión preventiva no cumple con esa finalidad, pues más allá de las modificaciones que se efectuaron a la ley 24.390 (un claro retroceso), lo cierto es que analizar con posterioridad si el tiempo que “ya cumplió” una persona en pri-

sión preventiva fue excesivo carece de lógica y al mismo tiempo de efectividad. Con los controles *ex post* la violación ya se produjo y el perjuicio resulta irreparable. Tampoco se puede establecer cuál fue el tiempo concreto que cumplió en exceso, dado que el plazo legal absorbe cualquier cuestión particular.

De esta forma, fijado el plazo judicial de duración de la medida, una vez que opera su vencimiento, no queda otra respuesta que disponer su libertad.

F. Lugar de detención:

Otra de las cuestiones necesarias para la reducción de este instituto es garantizar la discusión sobre los lugares de detención. Este requisito no suele ser objeto de debate y tiene consecuencia directa con la situación carcelaria de nuestro país. Muchas de las jurisdicciones, poseen graves problemas de infraestructura, lo que determinó el alojamiento de las personas en sitios que no cumplen con los estándares constitucionales.

El problema es similar al del plazo razonable, pues el sistema genera controles *ex post* en lugar de generar exámenes en forma previa sobre las condiciones de detención. Esto es así, porque una vez que se ordena la prisión preventiva y la persona es trasladada a lugares que no reúne los estándares legales, recién allí se interpone el habeas corpus para revertir esa situación.

La realidad de nuestro país demostró que -lejos de ser un problema aislado- la disposición de personas en lugares diferentes a las unidades penitenciarias, opera en forma sistemática en muchas jurisdicciones. Se instaló como una práctica institucional alojar a los presos preventivos en comisarías, alcaldías, destacamentos militares, etcétera. Si la persona es detenida en un lugar que no reúne los estándares internacionales ni lo previsto por la ley 24.660 (respecto a las condiciones y requisitos que deben cumplir los establecimientos carcelarios), la medida dispuesta resulta ilegítima.

Si bien este tema posee varias aristas, podemos decir que entre los mayores problemas se encuentra la inexistencia de una ley de cupo (que establezca el límite de detenidos y los mecanismos para revertir la superpoblación) y la discusión sobre la atribución de responsabilidades entre el poder ejecutivo y el judicial (respecto de quién es el responsable de esa situación). Con relación a este último aspecto,

creemos que aquí existe una premisa que es bastante clara, la superpoblación se presenta –y consecuentemente, el ingenio perverso de encontrar alojamientos no aptos para esos fines- porque el poder judicial dispone el encierro de personas más allá de lo que el sistema carcelario puede soportar.

Si a ello le sumamos que según los datos oficiales del 2008 una cantidad importante de provincias posee más presos preventivos que condenados, podemos concluir que el sistema en general carece de toda lógica y es necesario reformular la política vinculada al encierro cautelar.

En consecuencia, el fiscal debe explicar en la audiencia oral dónde será alojada la persona y si ese lugar reúne las condiciones de alojamiento. Así se garantiza a la defensa adelantar los problemas (cuestionando la legitimidad de la medida si el lugar de destino no es el adecuado) y asegurarse de que no se vulnerarán los derechos de su defendido.

G. Producción de información:

Uno de los problemas que se observará en el relevamiento empírico es que en tres de las cuatro jurisdicciones seleccionadas no se produce prueba para discutir la procedencia de los riesgos procesales. Al preguntar a los operadores judiciales sobre qué elementos probatorios se tenían en cuenta para aplicar la prisión preventiva, se hizo referencia a los antecedentes penales.

Este aspecto resulta vital si se quiere modificar la concepción de este instituto, pues lo cierto es que, aún cuando se prevea la oralidad para la toma de decisiones, si no se garantiza y determina qué elementos se van a recabar para la discusión, se corre el riesgo de que el sistema se relaje y repita las prácticas que se pretenden eliminar.

En este esquema, cobra vital importancia la implementación de las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS), que si bien lo desarrollaremos en el componente respectivo, aquí sólo adelantaremos que la instauración de este organismo tiene varios beneficios.

Por un lado, recabará elementos al momento de la detención sobre determinadas cuestiones vinculadas al imputado y procederá a constatarla por distintos medios a los efectos de entregar datos confiables e información de calidad. Ese informe será presentando a las partes para que en la audiencia discutan los

puntos que consideren necesarios y evaluar la medida que puede resultar procedente.

El otro aspecto central es que la oficina se encargará de controlar las medidas cautelares no privativas de la libertad, a los efectos de garantizar que aquellas serán supervisadas.

1.3.3 Excarcelación vs. Cese de la prisión preventiva

La excarcelación, por la forma en que fue regulada y la función que le asignaron los operadores judiciales, no opera como un instituto liberatorio independiente del encierro cautelar, sino que terminó definiendo la libertad o encierro de las personas privadas de la libertad. Esto generó que la prisión preventiva ocupe un rol secundario a punto tal que en la mayoría de los sistemas se dicta de oficio y sin sustanciación, dando por sentado que el eje central es la excarcelación.

A través de ella, se efectuaron graves limitaciones a la libertad, generalmente utilizada para definir los “delitos inexcusables” y se fijaron muchos de los criterios sustancialistas.

En consecuencia, el problema más grave que presenta el instituto es que en la práctica opera como el fundamento real del encierro carcelario y sus argumentos terminaron siendo utilizados para fundar la prisión preventiva.

Ello sucede, generalmente, cuando la persona es detenida y antes de dictar el encierro la defensa presenta la excarcelación. Así, se discute primero por qué debería estar en libertad (explicado al momento de presentar el escrito de “excarcelación”) en lugar de que el fiscal funde por qué debe estar privado de ella. Se invierte, entonces, la discusión y la carga probatoria; destruyendo los principios que se derivan del estado jurídico de inocencia.

Por ello es que los sistemas procesales más avanzados regularon el cese de la prisión preventiva de modo que procede la soltura cuando hayan variado o no subsistan los motivos por los que se impuso el encarcelamiento. Este instituto supone un examen permanente de los motivos que generaron su dictado, el que tiene estrecha vinculación con una revisión periódica que obliga al Ministerio Público Fiscal a sostener la necesidad de la medida y de explicar por qué subsisten sus requisitos legales.

1.3.4 Conclusión preliminar

En base a los parámetros aquí establecidos, podemos advertir que los presupuestos que deberían presentarse para que proceda la prisión preventiva generan una exigencia para el requirente y operan como una espada de Damocles para el Ministerio Público Fiscal, cuando decide solicitarla. Además, son reglamentarios de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, subsidiaridad, gradualidad y *ultima ratio*, que conllevan a su aplicación limitada, reconociendo, al mismo tiempo, la utilidad de las otras medidas cautelares como idóneas para garantizar los mismos fines. Asimismo, estos estándares permiten que se ponga en funcionamiento un sistema de alertas cuando se afecta un derecho fundamental como es la libertad durante el proceso penal.

De esta forma, para que se produzca un cambio radical es necesario aceptar que se está utilizando a la prisión preventiva con una finalidad diferente a la cautelar y que si se decide recurrir al instrumento más gravoso que posee el Estado, aquella debe proceder en forma extraordinaria. Para cumplir con esa finalidad se deben disponer obstáculos para desalentar su utilización. Sólo así se puede comenzar a discutir un programa que reduzca su uso.

2. Análisis del marco normativo vigente a nivel provincial

Como dijimos, cada provincia posee su propio código adjetivo, a lo que debe sumarse la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Código Procesal Penal de la Nación (Federal).

Esto implica, como particularidad, que en nuestro país conviven tres modelos de códigos diferentes (sistemas mixtos, acusatorios de primera y última generación), consecuencia de los diferentes procesos de reforma que se fueron presentando a lo largo de la historia.

No resulta sencillo, entonces, establecer estándares definidos y uniformes de cómo se regula la prisión preventiva en la Argentina. Sin embargo, para clasificarlos²⁷ tomaremos en cuenta dónde se encuentra regulado el peligro procesal y qué indicadores fueron considerados para la prisión cautelar o el rechazo de la excarcelación, con el objetivo de analizar si encuadran en criterios procesalistas o sustancialistas. Por último, relevaremos quién toma la decisión (juez o fiscal), la forma en que se sustancia (escrito o audiencia oral) y si se dicta de oficio a pedido de parte.

2.1 Cuadro A. Códigos que definen la prisión preventiva por el riesgo procesal:

Jurisdicción	Fundamentos para imponer prisión preventiva:	Medición de los riesgos procesales:	Revisión: cese de la prisión / excarcelación, procede:
Chubut (1)	Peligro de fuga:	- arraigo: domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; - características del hecho y la pena en expectativa; - daño a resarcir y actitud del imputado; - comportamiento del imputado: número de delitos y el carácter de ellos, procedimientos pendientes, estar sujeto a otra medida cautelar, condenas anteriores y la alta posibilidad de que lo vincule con otro procedimiento.	Cesación de la medida: - se discuten los motivos por los cuales se impuso la prisión preventiva en un primer término. Sin perjuicio de los pedidos de revisión o de sustitución de la prisión preventiva por otra medida, la misma se examinará de oficio por 2 jueces cada 6 meses, respecto a los supuestos de la fundaron.
	Peligro de entorpecimiento de la investigación:	Sospecha de que: - alterará medios probatorios; - influirá en el testimonio de coimputados o testigos.	

Jurisdicción	Fundamentos para imponer prisión preventiva:	Medición de los riesgos procesales:	Revisión: cese de la prisión / excarcelación, procede:
Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1)	Peligro de fuga:	- arraigo: domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; - magnitud de la pena en expectativa: más de 8 años;	Cesación de la medida: se discuten los motivos por los que se impuso la prisión preventiva en un primer momento. Excarcelación por cumplimiento de pena mínima, o de la sentencia no firme, o que le permita la libertad condicional, cuando hubieren cesado los motivos por los que se dictó la medida, o se hubieran cumplido 2 años de prisión preventiva.
	Peligro de entorpecimiento de la investigación:	- comportamiento del imputado en ese u otro proceso; - circunstancias del caso; - características personales; - estado de la pesquisa.	
Tucumán	Si no procediera la ejecución condicional de la pena;		Cesación de la medida: - nuevos elementos por los cuales deja de estar motiva la prisión preventiva; - cumplimiento de pena que haga improcedente la condena con prisión efectiva; - cumplimiento de 2 años de prisión preventiva.
	O si aun procediendo la condena condicional, hubiere indicios de que intentará eludir la acción de la justicia o de que entorpecerá su investigación;	- falta de residencia fija o estable, o que cuente con medios para abandonar el país; - declaración de rebeldía; - ser reincidente;	
	O si el delito perseguido fuera el de abigeato (2); O en caso de flagrancia (2), cuando se trate de los delitos de robo, hurto o de los tipificados en el artículo 186 (2); O de delito de portación ilegal de armas (2).		
	O fueran delitos cometidos con:	- pluralidad de intervinientes y forma organizada (2); - intervención de menores (2); - haber actuado con arma de fuego (2); - en forma reiterada, y que por las circunstancias del caso no procediera la libertad condicional. - reiteración delictiva: que cometa delitos mediante la disposición de medios económicos, humanos o materiales en forma organizada, o en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado.	

²⁷ Las normas fueron consultadas en <http://www.infojus.gov.ar>.

Jurisdicción	Fundamentos para imponer prisión preventiva:	Medición de los riesgos procesales:	Revisión: cese de la prisión / excarcelación, procede:
Buenos Aires (1)	Exista peligro cierto de frustración de los fines del proceso: Fuga:	<ul style="list-style-type: none"> - arraigo; - pena en expectativa; - importancia del daño; - comportamiento del imputado 	<p>Cese de la medida de coerción por reevaluación mérito de la prueba.</p> <p>Procede la excarcelación si se presumiese que no procurará entorpecer la investigación ni burlar la acción de la justicia.</p> <p>Excarcelación procederá cuando el máximo de la pena no supere los 8 años; fuera pasible condena de ejecución condicional o tenga sentencia no firme; cumplimiento de la pena; se excediere el plazo razonable.</p>
	Entorpecimiento:	<ul style="list-style-type: none"> - destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; - influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducir a otros a que realicen tales comportamientos. 	<p>Excarcelación extraordinaria: cuando el máximo de la pena supere los ocho años o cuando no resultare probable aplicarse condena de ejecución condicional podrá ser concedida cuando por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia.</p>
Santiago del Estero (1)	Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso: Peligro de fuga:	<ul style="list-style-type: none"> - la objetiva y provisional valoración de las características del hecho; - las condiciones personales del imputado; - la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos; - si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores. - arraigo en el país (determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto); - la pena que se espera como resultado del procedimiento; - la importancia del daño resarcible y la actitud del imputado; - el comportamiento del imputado. 	<p>Cese de la medida de coerción por desaparición de una o más condiciones o por reevaluar el mérito de la prueba, o si transcurrieran 2 años de detención.</p> <p>Excarcelación procederá cuando el máximo de la pena no supere los 8 años; fuera pasible condena de ejecución condicional o tenga sentencia no firme; cumplimiento de la pena; se excediere el plazo razonable.</p> <p>Excarcelación extraordinaria: cuando el máximo de la pena supere los ocho años o cuando no resultare probable aplicarse condena de ejecución condicional podrá ser concedida cuando por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia.</p>
	Peligro de entorpecimiento	<ul style="list-style-type: none"> - destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; - influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, - inducirá a otros a realizar tales comportamientos. 	

Jurisdicción	Fundamentos para imponer prisión preventiva:	Medición de los riesgos procesales:	Revisión: cese de la prisión / excarcelación, procede:
Córdoba	<p>Si no procediera la ejecución condicional de la pena;</p> <p>O si aun procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - falta de residencia; - haya sido declarado rebelde; - esté sometido a proceso, o cese de prisión preventiva anterior o a condena; - ser reincidente. 	<p>Cesará la medida cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nuevos elementos demuestren que no concurren los supuestos por los que se dictó la misma; - cuando no fuera absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso. - cuando hubiere cumplido la pena mínima, o la que le permita la libertad condicional o asistida. - cuando hubieren transcurrido 2 años sin haberse dictado sentencia.
Catamarca	<p>No procediera la ejecución condicional de la pena;</p> <p>O si aun procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - falta de residencia o escaso arraigo en el país; - haya sido declarado rebelde; - esté sometido a proceso, o cese de prisión preventiva anterior o a condena; - ser reincidente. 	<p>Cesará la medida cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nuevos elementos demuestren que no concurren los supuestos por los que se dictó la misma; - cuando no fuera absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso. - cuando hubiere cumplido la pena mínima, o la que le permita la libertad condicional o asistida. - cuando hubieren transcurrido 2 años sin haberse dictado sentencia.
Mendoza	<p>No procediera la ejecución condicional de la pena;</p> <p>O si aun procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - falta de residencia; - haya sido declarado rebelde; - esté sometido a proceso, o cese de prisión preventiva anterior o a condena; - ser reincidente. 	<p>Cesará la medida cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nuevos elementos demuestren que no concurren los supuestos por los que se dictó la misma; - cuando no fuera absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso. - cuando hubiere cumplido la pena mínima, o la que le permita la libertad condicional o asistida. - cuando hubieren transcurrido 2 años sin haberse dictado sentencia.
Chaco	<p>No procediera la ejecución condicional de la pena;</p> <p>O si aun procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - falta de residencia; - haya sido declarado rebelde en otro proceso; - esté sometido a proceso, o cese de prisión preventiva anterior o a condena; - ser reincidente. - reiterancia delictiva. 	<p>Cesará la medida cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nuevos elementos demuestren que no concurren los supuestos por los que se dictó la misma; - cuando no fuera absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso. - cuando hubiere cumplido la pena mínima, o la que le permita la libertad condicional o asistida. - cuando hubieren transcurrido 2 años sin haberse dictado sentencia.

Jurisdicción	Fundamentos para imponer prisión preventiva:	Medición de los riesgos procesales:	Revisión: cese de la prisión / excarcelación, procede:
Entre Ríos (1)	Exista peligro cierto de: - Fuga:	- pena en expectativa; - arraigo en su residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; - Valoración conjunta de varios procesos.	Procederá la excarcelación cuando: - surjan nuevos elementos que demuestren que no concurren los motivos que fundaron la medida; - su duración supere o equivalga al tiempo de privación efectiva de su libertad; - la duración de la medida exceda los 18 meses (o 6 meses si tuviera sentencia condenatoria pendiente de recurso)
	- Entorpecimiento de la Investigación:	- Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos; - Intimidar o influir a los testigos o peritos;	
	- Pautas legales para determinar la prisión preventiva:	- la naturaleza del hecho: gravedad de la afectación al bien jurídico protegido, la entidad del agravio y aprovechamiento a la víctima, el grado de participación en el hecho, la forma de comisión, los medios empleados y el daño provocado; - los motivos: incidencia en el hecho de la miseria y de las dificultades para el sustento propio y de su familia, la falta de acceso a la educación y a una vida digna, la falta de trabajo, la timidez o insignificancia del motivo, la entidad reactiva o episódica del hecho, los estímulos circunstanciales, el ánimo de lucro, el propósito solidario, la defensa de terceros y el odio político, confesional o racial; - la actitud posterior: arrepentimiento y actos realizados para esclarecer el hecho y resarcir a la víctima; - la personalidad moral del imputado: antecedentes y condiciones personales, la conducta precedente, los vínculos con otros imputados y las víctimas, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.	
San Luis	No procediera la ejecución condicional de la pena; O si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere concederle la libertad provisoria.	- carezca de domicilio; - esté prófugo; - ser reincidente, o reiterativo.	- características del hecho; - ser reincidente; - reiteración delictiva; - si por las condiciones personales del imputados y sus antecedentes se presume un riesgo procesal; - hubiere gozado de excarcelaciones anteriores; - hubiera utilizado armas de fuego y tuviere antecedentes dolosos (2).

Jurisdicción	Fundamentos para imponer prisión preventiva:	Medición de los riesgos procesales:	Revisión: cese de la prisión / excarcelación, procede:
Santa Fe (1)	Que tenga pena de efectivo cumplimiento y que exista peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.	- pena en expectativa; - daño a resarcir; - actitud del imputado; - falta de residencia fija; - comportamiento del imputado.	Cesará la prisión preventiva cuando: - hubiera cumplido la pena en expectativa; - su duración excediera los 2 años.
La Pampa (1)	El mínimo de la pena exceda los 3 años y si hubiera riesgo de: - Eludir la acción de la justicia;	- arraigo en el país; - pena en expectativa; - comportamiento del imputado en ese u otro proceso. - posibilidad cierta de ausentarse del país o de permanecer oculto;	Cesación de la medida: Cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; O mediando sentencia se estime, en principio, que el período de privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena; El cumplimiento de pena que permite suponer que de haber condena hubiera podido obtener la libertad condicional.
	-Entorpecer su investigación.	- destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; - influirá para que coimputados, peritos o testigos informen falsamente o se comporten de manera reticente; - inducirá a otros a realizar tales comportamientos; y - persistirá en su accionar respecto de la víctima.	
Jujuy (1)	No procediera la ejecución condicional de la pena; O si aun procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. Si hubiera riesgo de: - fuga - entorpecimiento de la investigación	- falta de residencia; - declaración de rebeldía; - sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, - ser reincidente.	Cesará la medida cuando: - nuevos elementos demuestren que no concurren los supuestos por los que se dictó la misma; - cuando no fuera absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso. - cuando hubiere cumplido la pena mínima, o la que le permita la libertad condicional o asistida. - cuando hubieren transcurrido 2 años sin haberse dictado sentencia.

2.2 Cuadro B. Códigos que regulan el riesgo procesal en la excarcelación:

Jurisdicción	Se dictará la prisión preventiva cuando:	Se rechaza la excarcelación, cuando:	Para medir los postulados de la Excarcelación, se toma en cuenta:
Tierra del Fuego	No procediera la ejecución condicional de la pena; O si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere la excarcelación.	Se trate de entorpecer la investigación De eludir la acción de la justicia	- arraigo: domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; - comportamiento del imputado; - declaración de rebeldía; - condena anterior; - grave sospecha de que el imputado podría destruir, ocultar, suprimir, falsificar.
Formosa	No procediera la ejecución condicional de la pena; O si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere la excarcelación.	Se trate de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.	- peligrosidad; - carecer de residencia; - haber sido declarado rebelde; - ser reincidente; - gravedad del hecho; - antecedentes penales;
Misiones	No procediera la ejecución condicional de la pena; O si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere la excarcelación.	Cesación de la medida: por cumplimiento de pena no mayor al que sufrirá en la condena o que le permita la libertad condicional. Excarcelación: - procederá cuando se trate de delitos cuyo máximo no exceda los 8 años (2) y cuando se estime que procederá la condena de ejecución condicional. - se rechazará cuando se trate de eludir la acción de la justicia o de entorpecer su investigación, y cuando se trate de los delitos regulados en los artículos 139 y 139 bis del Código Penal (2). Además, son inexcrcelables: 163, 164 y 167 ter del CP cuando sean cometidos en zona rural. Los delitos previstos, arts. 71, 72 y 72 bis de la ley 11.723.	- carencia de residencia; - haber sido declarado rebelde; - tener condena anterior;

Jurisdicción	Se dictará la prisión preventiva cuando:	Se rechaza la excarcelación, cuando:	Para medir los postulados de la Excarcelación, se toma en cuenta:
San Juan	No procediera la ejecución condicional de la pena O si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere la excarcelación.	Cesación de la medida: cuando la excediera el plazo de 2 años. Se rechazará la excarcelación cuando trate de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación	- no proceda la ejecución condicional de la pena; - haber sido declarado rebelde; - ser reincidente; - condiciones personales del imputado; - falta de residencia; - haber gozado de excarcelaciones anteriores; - si se imputare un delito doloso (2); - si se utilizare menores de 18 años (2); - características del hechos; - delitos cuya pena exceda el año de prisión; - cumplimiento de pena mínima, o de la que le permita la libertad condicional o asistida.
Santa Cruz	No procediera la ejecución condicional de la pena; O si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere la excarcelación.	Se rechazará la excarcelación cuando se trate de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.	- características del hecho; - condiciones personales del imputado; - falta de residencia; - ser reincidente; - hubiera gozado de excarcelaciones anteriores; que el máximo de pena no supere los 8 años. - en los casos de homicidio culposo o lesiones graves o gravísimas culposas (de accidentes de tránsito bajo los efectos de bebidas o drogas) (2); - en los casos de abigeato para comercialización, (2)
Federal	No procediera la ejecución condicional de la pena; O si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere la excarcelación	Se rechazará la excarcelación cuando se trate de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. Procederá la excarcelación si el máximo del monto de pena no superase los 8 años; si procediera la ejecución condicional de la pena; cumplimiento del máximo de la pena previsto para el delito, o de la pena solicitada por el fiscal, o de la pena de la sentencia no firme, o un monto de pena que le permitiese en caso de condena la libertad condicional. Delitos inexcrcelables: los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal (2)	- características del hecho; - ser reincidente; - condiciones personales del imputado; - hubiera gozado de excarcelaciones anteriores;

Jurisdicción	Se dictará la prisión preventiva cuando:	Se rechaza la excarcelación, cuando:	Para medir los postulados de la Excarcelación, se toma en cuenta:
Neuquén ²⁸	Que el delito imputado corresponda pena privativa de la libertad.	Se rechazará la excarcelación cuando se trate de eludir la acción de la justicia o de entorpecer su investigación.	- por las características del hecho y las condiciones personales, se pudiese conceder la ejecución condicional de la pena; - monto de pena: hasta 6 años.
Corrientes (1)	El máximo de la pena exceda los 2 años; O cuando aún no excediendo dicho plazo no proceda la excarcelación.	Se rechazará la excarcelación cuando se trate de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. Procederá la excarcelación cuando el máximo de los delitos, no exceda a 8 años, o si procediera a prima facie que procede condena de ejecución condicional. Cese de la medida de coerción porque se estime que no se lo privará de libertad en caso de condena.	- falta de residencia; - haber sido declarado rebelde; - hubiere gozado de excarcelaciones anteriores por un delito doloso y el en la causa actual también se impute delito doloso; - sea reincidente; - tenga antecedentes penales que indiquen que continuará delinquiendo; - en el caso del robo, hubiera intimidación o violencia en las personas (2); - fuera por robo o hurtos de automotores o sus partes (2); - fuera alteración o supresión de la identidad de un menor de 10 años, o por el delito de supresión o suposición del estado civil y de la identidad (2). - hurto o robo, de más de una cabeza de ganado mayor o menor, - hurto de productos separados del suelo o de maquina o instrumento de trabajo dejado en el campo.

2.3 Cuadro C. Códigos que no estipulan los peligros procesales ni en la prisión preventiva ni en la excarcelación, por lo cual no tienen parámetros de medición:

Jurisdicción	Prisión preventiva procede cuando:	Excarcelación se rechaza cuando:	Inexcarcelables (2):
La Rioja	Tenga pena privativa de la libertad.	El máximo de la pena supere los 6 años de pena o si no fuera posible de ejecución condicional de la pena.	- hubiere gozado de excarcelaciones anteriormente; - tengan condena anterior, o antecedentes penales; - hubiere sido declarado rebelde; - tenga modos de vivir notoriamente inmorales.
Río Negro	No procediera la ejecución condicional de la pena.	Si se encontrare con excarcelaciones por un delito doloso y la nueva imputación también lo sea (2). Y si la imputación fuera por hurto (art 163 inc.1 C.P.) (2). Procederá la excarcelación si correspondiera la ejecución condicional de la pena; o se hubiere cumplido la pena solicitada por el fiscal, o la pena de la sentencia no firme, o un monto de pena que le permitiese en caso de condena la libertad condicional, siempre que no fuera reincidente.	
Salta ²⁹ (1)	Si no le fuera aplicable la ejecución condicional de la pena.	No establece.	Se excarcelará cuando hubiera: - cumplido el máximo de la pena del o los delitos que se investigan; - cumplido la pena que en caso de condena no debe efectivamente cumplirse; - cumplimiento de pena no firme; - cumplimiento de pena que habilite la libertad condicional. La excarcelación podrá revocarse, cuando hubiere presunción de fuga: cuando no comparezca ante el llamado del juez, no cumpla obligaciones impuestas, o realice preparativos de fuga.

²⁸ La provincia de Neuquén al momento de la elaboración de este informe se encontraba discutiendo un proyecto de reforma al código procesal penal. En aquél se regula la prisión preventiva de la siguiente manera: "Art. 114. Prisión Preventiva. La prisión preventiva solo procederá cuando las demás medidas de coerción fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento.

Se podrá aplicar la prisión preventiva, siempre que el fiscal o el querellante acrediten los siguientes requisitos: 1) que existan elementos de convicción para sostener que el delito se cometió; 2) que existan elementos de convicción suficientes para considerar, razonablemente que el imputado es autor o partícipe de un delito; y 3) que se demuestre que la medida resulta indispensable por presumir que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación.

Al solicitarla, el fiscal o la querrela expondrán con claridad los motivos. El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente."

2.4 Formas de sustanciación de la prisión preventiva

Jurisdicción	Con sustanciación:		Sin sustanciación:	
	Oral	Escrita	Fiscal	Juez
Federal				X
Buenos Aires	X*			
C.A.B.A	X			
Catamarca		X		
Chaco			X	
Chubut	X			
Córdoba			X	
Corrientes				X
Entre Ríos	X*			
Formosa	X*			
Jujuy				X
La Pampa	X			
La Rioja				X
Mendoza				X
Misiones				X
Neuquén				X

²⁹ Al momento de la elaboración de esta investigación, la provincia de Salta se encontraba discutiendo una reforma al código procesal. En este sentido, se estableció, respecto a la prisión preventiva que:

Art. 386.- "Prisión preventiva. Cuando existan elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida la declaración, bajo sanción de nulidad, el Juez de Garantías, a pedido del Fiscal, dispondrá su prisión preventiva... si de su situación surgiere como probable la aplicación en firme de una pena privativa de la libertad, que no se someterá al procedimiento o que entorpecerá la averiguación de la verdad. Para decidir respecto de la probable aplicación en firme de una pena privativa de libertad se deberá considerar...no sólo el monto de la pena, sino la naturaleza del hecho intimado, los motivos, la actitud posterior y la personalidad moral del imputado. Para decidir respecto del monto de la pena se tendrá especialmente en cuenta el mínimo del monto establecido por la ley sustantiva para el delito de que se trate y el monto probable de una eventual condena de conformidad a las demás pautas. Para decidir respecto de la naturaleza del hecho se tendrá especialmente en cuenta la gravedad de la afectación al bien jurídico protegido por la ley penal; la entidad del agravio inferido a la víctima y el aprovechamiento de su indefensión; el grado de participación en el hecho; la forma de comisión; los medios empleados; la extensión del daño y el peligro provocado. Para decidir respecto de la actitud posterior al delito se tendrá especialmente en cuenta la manifestación de su arrepentimiento, activo o pasivo, y los actos realizados en procura del esclarecimiento del hecho y de restituir a la víctima sus pérdidas, en la medida de sus posibilidades. Para decidir respecto de los motivos se tendrá especialmente en cuenta la incidencia en el hecho de la miseria y de las dificultades para el sustento propio y de su familia; la falta de acceso a la educación y a una vida digna; la falta de trabajo; la timidez o insignificancia del motivo; la entidad reactiva o episódica del hecho; los estímulos circunstanciales; el ánimo de lucro; el propósito solidario; la defensa de terceros y el odio político, confesional o racial. Para decidir respecto de la personalidad moral del imputado se tendrán especialmente en cuenta los antecedentes y condiciones personales, la conducta precedente, los vínculos con los otros imputados y las víctimas, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad."

Art. 388.- "Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta: a) La pena que se espera como resultado del procedimiento; b) El arraigo en su residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; c) El comportamiento evasivo del imputado en el procedimiento de que se trate o en otras causas, especialmente las conductas que derivasen en la declaración de rebeldía o el haber ocultado o falseado sus datos personales."

Art. 389.- "Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría: a) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; b) Intimidar o influir por cualquier medio para que los testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; c) Inducir o determinar a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realicen."

Jurisdicción	Con sustanciación:		Sin sustanciación:	
	Oral	Escrita	Fiscal	Juez
Río Negro				X
Salta				X
San Juan				X
San Luis				X
Santa Cruz				X
Santa Fe	X			
Santiago del Estero	X*			
Tierra del Fuego				X
Tucumán		X		

* La oralidad es optativa o parcial.

Como se observa, la mayoría de los códigos procesales penales no reúnen los estándares necesarios para el tratamiento adecuado de la prisión preventiva. Sólo los más modernos establecieron, y consecuentemente identificaron, que la discusión del encierro cautelar no debe estar relacionado con el delito imputado o la sanción prevista. Los ordenamientos de Chubut, Ciudad de Buenos Aires, La Pampa, Entre Ríos y Santa Fe estipulan indicadores orientativos para determinar el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Además, esas jurisdicciones establecieron un catálogo de medidas cautelares diferentes al encierro en prisión y la sustanciación a través de audiencias orales. Esto implica, desde el punto de vista cultural, que el eje de las medidas cautelares no reside en la prisión preventiva.

Por ello es que consideramos importante evaluar qué sucede en esas jurisdicciones. En esta investigación se analizará la provincia de Chubut, que presenta un cambio de paradigma importante pues logró invertir la regla general y el porcentaje de presos con condena es superior al de procesados.

Con relación al resto de las jurisdicciones, resulta difícil evaluar el impacto de la reforma ya que se encuentran en plena implementación. En Santa Fe, que también será objeto de análisis, por el momento los resultados del uso de la prisión preventiva son diametralmente opuestos a los de Chubut, debido que se encuentra atravesando un período transición y los cambios no se reflejarán hasta que la lógica integral del sistema esté en funcionamiento. Mientras tanto, los resultados del relevamiento de esa jurisdicción servirán de base para analizar si la reforma también produjo un cambio en este aspecto. Respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien ya hace varios años que esta funcionando, todavía no se puede evaluar el real funcionamiento hasta que la jurisdicción Nacional traspase más delitos. Sin embargo, sí podemos decir que la aplicación de la prisión preventiva no ocupa, por el momento, un lugar central en comparación con las otras medidas cautelares.

Con relación a La Pampa y Entre Ríos, son dos jurisdicciones que recién comenzaron a funcionar, una en forma total y la otra de manera gradual, motivo por el cual se deberá esperar un tiempo prudencial para evaluar si se advierte una modificación en el uso de la prisión preventiva o si las tasas de presos preventivos varió.

Una cuestión a tener en cuenta es que, pese a que son legislaciones de avanzada, incorporaron como elemento sustancialista el monto de pena y en algunos casos, las características del delito o los antecedentes. Si bien sabemos que esos indicadores no resultan adecuados y son contrarios a los principios constitucionales, su previsión servirá de base para analizar cómo será utilizado por los operadores judiciales.

Frente a esos avances, se encuentra el resto de las legislaciones que toman como base para la procedencia de la prisión preventiva si la pena del delito imputado será de ejecución condicional. Pero, aún cuando se presente este supuesto (pena en suspenso) también procederá si existe un peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, definidos en mayor o menor medida por la reincidencia; delitos inexcusables; antecedentes penales, etc.

La distinción que efectuaron los códigos en base a la forma en que se ejecutará la pena, lleva implícito que los supuestos de riesgo procesal sólo se analizarán cuando la sanción del delito imputado pueda ser de cumplimiento condicional, operando en forma automática para los casos que prevén pena de ejecución efectiva. Además, dentro de esa clasificación, se hallan aquellos códigos que establecieron una relación directa entre prisión preventiva y excarcelación. Como se observa en el cuadro B, para verificar si procede la detención preventiva (o se deniega la excarcelación) las normas se remiten a los supuestos de la excarcelación, lo que demuestra la incoherencia del sistema y posiciona a ese instituto como el supuesto central de análisis y la prisión preventiva cumple una función accesorio.

Las huellas de la cultura inquisitiva³⁰ del proceso se encuentran tanto para el dictado de la medida de coerción como para la discusión de la excarcelación, a través de indicadores que hacen referencia a la gravedad del hecho, daño a resarcir, la repercusión social del hecho, los delitos inexcusables, la pena en expectativa, la peligrosidad del sujeto, la reincidencia, los antecedentes penales y las excarcelaciones otorgadas anteriormente, entre otros.

De esta manera, el problema de la mayoría de los códigos procesales penales es que presentan un esquema circular donde, salvo algunas excepciones, si la persona se le imputa un delito que prevé pena de efectivo cumplimiento o posee antecedentes penales, la probabilidad de que transcurra el proceso en prisión es sumamente alta sin tomar en consideración el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación con parámetros diferentes. Todo esto refuerza la hipótesis de que la base para comenzar a discutir una reducción del uso de la prisión preventiva es la modificación de las normas procesales.

Por último, también los códigos presentan limitaciones sobre la forma en que se sustancia y resuelve la prisión preventiva. Del relevamiento efectuado, se concluye que en 13 jurisdicciones la decisión la toma el juez de oficio sin previa contradicción. En dos provincias la decide el fiscal y en otras dos si bien es a pedido de parte, se resuelven en forma escrita. Por otro lado, de las ocho provincias que prevé la oralidad para discutir la prisión preventiva, cuatro de ellas se encuentran reguladas en forma facultativa o parcial.

En esas condiciones, la base para generar un cambio debe partir de la necesidad de tomar las decisiones en forma oral y a petición de parte, siendo el juez el único habilitado constitucionalmente para imponer el encierro cautelar. Hasta tanto no se produzca una modificación en este sentido, las resoluciones que se tomen no cumplirán con los principios constitucionales que garanticen en forma adecuada el derecho de defensa en juicio.

2.5 Cuestiones particulares observadas

2.5.1 Medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva (1)

Consideramos importante transcribir en este apartado, las medidas diferentes a la prisión preventiva regulada en los códigos procesales penales, pues a nuestro entender es la base para el cambio de paradigma sobre el uso de la detención cautelar, como lo expondremos más adelante.

El ordenamiento procesal penal de Chubut, establece en su artículo 227 las medidas de sustitución de la prisión preventiva pueden darse en casos en los cuales: “la averiguación de la verdad pueda ser evitado razonablemente por aplicación de una medida menos gra-

ve para el imputado que su encarcelamiento”. Pueden ser dictadas de oficio y ellas son: “el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que se disponga; la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará periódicamente sobre el sometimiento del imputado al proceso; la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual él reside o del ámbito territorial que se fije, sin autorización previa; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas capaces y solventes”.

El código procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el artículo 174, establece algunas medidas alternativas como someterse al cuidado y vigilancia de alguien, presentarse ante el tribunal, no salir del país, no concurrir a ciertos lugares, suspensión en un cargo, o el arresto domiciliario, o bien la caución juratoria, personal o real.

Las provincias de Santiago del Estero y Buenos Aires, tiene una redacción parecida y establecen que las alternativas serán para las personas “mayores de 70 años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de un mujer en estado de gravidez o con hijos menores de 5 años y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías o control impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias.”

La provincia de Entre Ríos, legisla sobre la sustitución de prisión, y dice: “siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado”, y establece como tales: al arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el órgano judicial que la dicta disponga; la obligación de someterse a cuida-

do o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al órgano que la disponga; la obligación de presentarse periódicamente ante el órgano que dicta la sustitución o la autoridad que se designe; la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial o en los horarios que fije el Juez de Garantías o Tribunal; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas; la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; la prestación de una caución adecuada, propia o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes o la fianza de una o más personas suficientemente solventes; la aplicación de medios técnicos que permitan someter al Imputado en libertad ambulatoria al efectivo control del Juez de Garantías o Tribunal; la prohibición de una actividad determinada.

La provincia de Santa Fe, estipula que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio, pudiera razonablemente evitarse con otra medida menos gravosa para el imputado, el Tribunal impondrá ésta en lugar de la prisión.

Entre otras alternativas, podrá disponerse la libertad del imputado sujeta a una o a varias de las condiciones siguientes de acuerdo a las circunstancias del caso: la obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quien informará periódicamente a la autoridad; la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe; la prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas; la prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona; la simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con ésta bastará como alternativa o fuera imposible el cumplimiento de otra.

Además, si hubiera suficiente fundamento y consentimiento del imputado, se podrá imponer: la prisión domiciliaria con el control o la vigilancia que se especifique; su encarcelamiento con salida diaria laboral y/o salida periódica para afianzar vínculos familiares, bajo la responsabilidad y cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre periódicos informes; su ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella.

El código procesal penal de la provincia de La Pampa, de manera similar al de Entre Ríos y Santa Fe, prevé que siempre que el peligro de fuga o la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por apli-

cación de otra medida de coerción menos gravosa, el Juez de Control deberá imponerle al imputado en lugar de la prisión preventiva alguna de las alternativas siguientes: Arresto domiciliario, sin vigilancia alguna o con la que el Juez o Tribunal disponga; obligación de someterse al cuidado del Patronato de Liberados, el que informará periódicamente; obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o Tribunal, o autoridad que éstos designen, fijándose día y hora, teniendo en cuenta la actividad laboral y la residencia del imputado; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Tribunal, sin autorización o de asistir a determinados lugares; y prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.

Se podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, pero en ningún caso se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible.

2.5.2 Delitos o circunstancias del hecho, consideradas como inexcusables(2)

Una de las cuestiones que no se puede dejar de mencionar son aquellas legislaciones que prevén la aplicación directa de la prisión preventiva como una forma inadecuada de perseguir y desalentar determinadas conductas, es decir, su aplicación como “*verdadera política criminal*”, ligados a discursos de “mano dura” o “tolerancia cero”. Estos son ejemplos que representan una distorsión completa del sistema cautelar, utilizando a éste instituto en procura de transmitir una falsa idea de “justicia efectiva” e instalando en la sociedad que la prisión preventiva debe ser la regla o, por lo menos, la solución más adecuada frente a determinados delitos.

Por ejemplo en *Tucumán* se declara inexcusable al delito de abigeato cometido por pluralidad de intervinientes y en forma organizada; la utilización de menores de 18 años; el uso de armas de fuego, sin que sea necesaria la acreditación de aptitud para el disparo o cualquier tipo de arma propia o impropia; cuando se presente la comisión de hechos reiterados y exista probabilidad que se imponga un pena de efectivo cumplimiento y la presunción de reiteración delictiva. También la detención provisoria opera automáticamente en los supuestos de flagrancia, cuando se trate de delitos de robo, hurto o tipificados por el 186 inc. 2 del CP; portación ilegal de armas, salvo que sea evidente que su intención no era utilizarla para fines ilícito; y al que entregue arma de fuego.

En *San Luis*, se procede de igual manera cuando en el hecho investigado los autores hubieran utilizado armas de fuego y tuvieran antecedentes por delitos dolosos. En *Misiones* para los delitos contenidos en los artículos 139 y 139 bis del Código Penal, relativos a la

³⁰ Natalia Sergi, “Límites temporales a la prisión preventiva”, Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A, pág. 115.

supresión y suposición del estado civil y la identidad, como también los delitos previstos en el art. 163, 164 y 167 ter del CP y se comentan en zona rural. Los delitos previstos en el art. 71, 72 y 72 bis de la ley 11.723, que regula el régimen legal de la propiedad intelectual.

Santa Cruz, establece el rechazo de las excarcelaciones por el delito de abigeato que demuestre un grado de organización para comercializar lo robado, los casos de homicidio culposo, lesiones graves o gravísimas culposas producto de accidentes de tránsito bajo efectos de bebidas o drogas.

En *Corrientes* para en el caso de hurto o robo, de más de una cabeza de ganado mayor o menor, hurto de productos separados del suelo o de máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, robo con intimación o violencia en las personas o el robo o hurto de automotores o sus partes. También para la alteración o supresión de la identidad de un menor de 10 años, o por el delito de supresión o suposición del estado civil y de la identidad.

San Juan, establece la restricción de la libertad ante la comisión de delitos dolosos con la participación de menores 18 años para su comisión.

La jurisdicción *Federal*, prevé como delitos inexcusable a los contenidos en los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal, relativos a la supresión, suposición del estado civil y la identidad, sustracción, retención u ocultación de menores.

Por último, en *La Rioja*, se prevé como supuesto de rechazo que el imputado “tenga modos de vivir notoriamente inmorales”, indicador que, por sí sólo, exime de realizar cualquier comentario al respecto.

3. Antecedentes jurisprudenciales

3.1 Introducción

En este apartado se desarrollarán los distintos criterios utilizados por las cámaras de apelaciones y tribunales superiores de todo el país a la hora de pronunciarse sobre la procedencia de la prisión preventiva, a excepción de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la que sólo haremos referencia al Plenario “Díaz Bessone”.

Esto nos permitirá analizar si se aplican los principios o estándares mínimos establecidos por la legislación nacional y supranacional -legalidad, presunción de inocencia, necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad- o si, por el contrario, la decisión de encarcelar preventivamente a un imputado se toma bajo criterios contrarios a ellos. Para esto se realizó un relevamiento de jurisprudencia tomando el período que va desde el año 2008 al 2010. Se utilizaron como

herramientas los servicios ofrecidos por los buscadores jurídicos y, también, se consultó a las distintas Secretarías de Jurisprudencia y Bibliotecas de las jurisdicciones.

Como se explicó en el apartado correspondiente a la legislación, nos encontraremos con tres criterios diferentes de acuerdo a si las detenciones cautelares se dictan sobre la base de criterios procesales (peligro de fuga y entorpecimiento de la investigación), criterios sustantivos (por el monto de la pena determinando delitos inexcusable) o bien, a través de criterios sustantivos encubiertos (utilizar parámetros sustantivos o peligrosistas para justificar algún peligro procesal). Adelantando la conclusión, veremos que en muy pocos casos se utilizan criterios exclusivamente procesales para detener sin condena a un imputado, primando aquellos casos en los cuales el peligro procesal se justifica en base a parámetros determinados por la escala penal del delito investigado y los antecedentes del imputado.

3.2 El plenario Nº 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal

La lenta pero progresiva incorporación de los criterios utilizados por los organismos del derecho internacional de los derechos humanos fue haciendo eco en la jurisprudencia interna hasta llegar al plenario nº 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal en el cual se estableció que “...no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”³¹. Sin embargo, este criterio, que pareciera ser un gran avance en materia de reconocimiento de derechos, en realidad no lo es en la medida en que, como se irá desarrollando a lo largo de esta sección de la investigación, sirvió únicamente para relegitimar los criterios sustantivos bajo el ropaje de pautas procesales. Así, la pena en expectativa como presupuesto del peligro de fuga fue incorporada como un elemento que, junto a otros, los tribunales utilizan extensamente para justificar prisiones preventivas impidiendo que se discutan otras cuestiones objetivas del caso. En este sentido, la doctrina del plenario trajo como consecuencia que estos criterios dejen de ser valorados como *iure et de iure* –determinado delitos inexcusable- para pasar a ser *iuris tantum*, invirtiendo la carga de la prueba y desvirtuando la naturaleza cautelar del encierro preventivo.

Así como consideramos que el voto mayoritario del plenario no logra conmovir el carácter sustantivo que mayoritariamente le otorgan los tribunales del país a la prisión preventiva, encontramos en el voto de la jueza Ángela Le-

desma el horizonte al que se debe apuntar si se quiere que la detención sin condena opere únicamente como una medida cautelar y no como un adelanto de la pena. Y lo entendemos de esta manera pues, como nos introduce en su voto, la diferencia sustancial está en la pregunta que dio origen al plenario que implica una inversión en su formulación. Es decir, no debemos preguntarnos si se debe o no excarcelar a una persona, sino que, anteriormente, debemos partir de la libertad para, en los casos en que supuestos objetivos indiquen con un alto grado de probabilidad que éste podría entorpecer el desarrollo del proceso (ya sea por fuga o entorpecimiento de la investigación) privarlo de la libertad³². Sólo así es posible afirmar que el principio de inocencia, estructural de un proceso adecuado constitucionalmente³³, no se verá conmovido. En esta línea, sostuvo que “...la ausencia de arraigo -determinado por la falta domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo-, la facilidad para abandonar el país o mantenerse oculto, su comportamiento en el proceso, entre otros, son pautas que pueden ser tenidas en cuenta para acreditar el peligro de fuga. Sin embargo, no podrán valorarse circunstancias tales como la reincidencia (artículo 319 CPPN), la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones y rebeldías en procesos anteriores. Todas ellas son cuestiones que exceden las condiciones personales del imputado y la situación actual y concreta del caso. Para poder acreditar los extremos que demuestran el riesgo procesal de elusión de la justicia resulta indispensable la información que se recolecta en los legajos de personalidad, como así también las pruebas que puedan aportar las partes. Su ausencia deja sin fundamento la medida cautelar más gravosa, por lo tanto, la torna injustificada”³⁴. De esta forma, vemos en el voto de Ledesma cuáles son los criterios válidos que

permitirían, en el caso concreto, advertir el peligro para la investigación, ya sea por la posibilidad de que el imputado se fugue o porque entorpezca la investigación.

3.3 ¿El fin de los criterios sustantivos?

Como un primer punto a destacar, debemos resaltar que casi no se utilizan criterios sustantivos en su forma más pura. Del análisis de la jurisprudencia a la que accedimos, sólo nos encontramos con esta postura en un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero que parte, justamente, del presupuesto que la jueza Ledesma criticara en el voto mencionado. La contraposición con la postura que sostenemos es total desde el momento en que consideran a la libertad como un *beneficio* y no como un *derecho* de raigambre constitucional³⁵. A criterio del tribunal, únicamente procede la libertad en tanto y en cuanto la legislación de forma no determine que se trata de un supuesto no excarcelable. Sólo desde esta lógica –de la libertad como un beneficio- es posible sostener que la investigación de determinados delitos implica necesariamente la privación de la libertad del investigado, lógica que por cierto tiene una raigambre inquisitiva bien definida y contraria a los principios enumerados al comienzo de esta sección y que consiste en primero detener para luego investigar. Así, la libertad deja de ser un derecho para pasar a ser un beneficio que será otorgado por el juez sólo en la medida en que encuadre dentro de los parámetros que fija la ley procesal en cuanto a la escala penal del delito que se persigue. Como veremos en el punto que sigue, este criterio ya no es utilizado en forma automática. Sin embargo, el monto de pena sigue siendo el factor determinante a la hora de decidir sobre la libertad de una persona, pero a ese indicador se le agregó que *intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecerla*, como una mera formalidad

³² “A mi entender, habría que invertir la pregunta del plenario, toda vez que el problema radica esencialmente, en definir cuándo procede el encarcelamiento preventivo. Ello así, dado que en la práctica cotidiana la discusión no pasa por definir cuáles son los supuestos que justifican el encierro cautelar como presupuesto de la prisión preventiva, por el contrario, como en este caso, lo que se debate es cuándo la persona puede o no recuperar la libertad. El desvío del eje central de la discusión tiene raíces culturales, de orden sustantivo e inquisitivo. Esta distinción no es menor, ya que en realidad lo que no se advierte es que por imperio constitucional es el Estado quien debe demostrar que existen razones que hacen necesario encerrar a una persona durante el proceso y no, como sucede actualmente, donde se invierte la carga de la prueba y se exige al imputado que demuestre que no eludirá o afectará el accionar de la justicia” (voto de la Dra. Ledesma en el plenario nº 13 CNCP).

³³ Conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional

³⁴ Del voto de la Dra. Ledesma en el plenario nº 13 CNCP

³⁵ El Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala criminal, laboral y minas en la causa “P., L. A.; L., A. A. y otros”, del 25/03/2008, denegó el pedido de excarcelación, confirmando lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en fecha 13/12/2006 y manifestando expresamente su postura respecto a los criterios de procedencia de la prisión preventiva, sobre todo en lo que hace a los fines que, desde su óptica, ésta persigue. Así, los jueces que lo integran sostuvieron que “La calificativa legal atribuida por el Juez de Instrucción a los hechos imputados en los presentes autos, impide traspasar los límites impuestos por la normativa de forma (Ley 5390) para la concesión del beneficio excarcelatorio, sobre todo por las particularidades y la trascendencia de la causa”. En esa línea de ideas, agregaron que “... el principio constitucional a la libertad en el proceso penal se lo entiende como un derecho limitado, esta limitación está dada por la clase de pena con que se castiga el delito, y si los mismos son excarcelables”. A su vez, profundizaron su postura citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 1993 en la que se sostuvo que “El respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo, procurándose así conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente” (CSJN, 7/9/93, “Gotelli, Luis M. (h.) s/Eximición de prisión”, voto de los Dres. Boggiano y Nazareno; Fallos: 316:1934”.

³¹ Acuerdo Plenario Nro. 13 “Díaz Bessone s/ inaplicabilidad de ley” de fecha 30/10/2008.

3.4 Criterios sustantivos encubiertos

Como ya adelantamos, la utilización de criterios sustantivos enmascarados bajo criterios procesales es moneda corriente en los distintos tribunales del país. El encarcelamiento preventivo sigue funcionando como una forma de castigar el tipo de delito en forma anticipada al medir el peligro procesal bajo el prisma de la pena en expectativa. Desde esta óptica, fundamentan el encarcelamiento sobre la base del peligro de fuga; sin embargo, la contradicción está dada por el criterio utilizado para acreditar tal 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 condicional³⁶. Siguiendo la línea del plenario n° 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal, el pronóstico de pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento funcionará como una presunción *iuris tantum* de la existencia de peligrosidad procesal³⁷.

Muchas veces este criterio es utilizado en forma conjunta con criterios procesales como el arraigo³⁸, la posibilidad de

que obstaculice la investigación impidiendo o demorando la acumulación de prueba o conspirando con otros que estén investigados en el mismo proceso, el riesgo de que los testigos u otros sospechosos pudieran ser amenazados u otros criterios –ya no procesales- como la gravedad de los hechos concretos de proceso, el grado de presunción de culpabilidad del imputado, la peligrosidad evidenciada en su accionar, la posibilidad de reiteración de la conducta delictual y la complejidad de la causa. Sobre la base de estos criterios, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro declaró inadmisibles el recurso de la defensa al no poder ésta demostrar la violación de garantías constitucionales, manteniendo la prisión preventiva del imputado y fundando su decisión en: a) los hechos reprochados, que habrían sido llevados a cabo de manera violenta; b) que al momento de detenerlo, se habría resistido; c) la proximidad de la vivienda del imputado y las víctimas; d) la proximidad del juicio, no quedando pruebas de importancia pendientes; e) que en caso de recaer condena, no será de ejecución condicional; y f) “...la falta de actividad laboral y su accionar delictivo reiterado”³⁹. Como vemos, estos criterios son utilizados como meras enunciaciones que, sumadas, parecerían indicar un mayor grado de peligrosidad procesal. Sin embargo, y como explicaremos más adelante,

lo que caracteriza a este tipo de sentencias es la falta de fundamentación, ya que, si bien se mencionan causales –procesales o sustantivas- no explican la manera en que operan en el caso en concreto y por qué los lleva a sostener que el imputado entorpecerá la acción de la justicia.

También se utilizan estos criterios sobre la base de argumentos que desvirtúan el carácter de otras garantías constitucionales en forma flagrante. Así, el sistema cautelar se ve alterado cuando principios limitadores del encarcelamiento preventivo como el de proporcionalidad son interpretados en forma contraria a su sentido de garantía para pasar a ser presupuesto de la privación de la libertad. En este sentido, la Corte de Justicia de Salta deriva de la imposibilidad de encerrar cautelarmente al imputado cuando al hecho investigado no corresponda pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo –principio de proporcionalidad- y la presunción de que en caso contrario, éste intentará eludir la acción de la justicia fugándose u ocultando pruebas. Así vemos como el principio limitador es utilizado en contra de aquel a quien protege de la acción coercitiva del Estado⁴⁰ sin más argumentos que el aquí explicitado.

3.5 La falta de fundamentación

En algunas ocasiones, nos encontramos con tribunales que niegan el carácter de presunción de la gravedad del delito investigado para negar la libertad indicándolo como un parámetro a tener en cuenta, aunque luego deniegan la excarcelación sobre la base de “*las características del hecho investigado, los delitos por los cuales se procesó al recurrente, esto es, robo, doblemente calificado en poblado y en banda con uso de arma de fuego, seguido de privación ilegítima de la libertad, en concurso real; la extensión de la escala penal prevista en abstracto para los*

mismos (artículos 55, 142 inc. 1º y 166 inc. 2º del Código Penal de la Nación); y la existencia de antecedentes penales y judiciales”⁴¹. Aquí nos encontramos con otro de los rasgos distintivos que caracteriza a gran parte de la jurisprudencia relevada y es la falta de fundamentación –o la fundamentación aparente- en la toma de decisiones. En el caso citado, el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy no explica cómo los criterios relacionados con el tipo delictual le permiten llegar a la conclusión de que existe riesgo para el proceso, siendo aquellos los que determinan en este caso la privación de la libertad. Es decir, cómo es que el tipo penal vinculado al supuesto autor de éste redundaría necesariamente en la posibilidad de entorpecer el proceso. Esta metodología se repite invariablemente en la mayor parte de la jurisprudencia relevada. Este es un hecho que no podemos pasar por alto ya que tiene que ver no sólo con los criterios que determinan los encierros preventivos sino, y fundamentalmente, en cómo esos criterios son utilizados para decidir sobre una cuestión tan importante como es la libertad. Este es un primer indicador que tiene que ver con la forma en que se toman las decisiones que nos enfrenta al gran problema que tiene la justicia penal en la mayoría de las jurisdicciones del país y que consiste en la falta de oralidad.

En la misma línea de falta de fundamentación nos encontramos con casos en los cuales se utilizan criterios procesales para denegar la libertad, pero de forma automática y sin indicar cómo operan en el caso en concreto estos parámetros. Así, por ejemplo, se suele indicar que se encuentran pendientes medidas de investigación que con el imputado en libertad podrían verse afectadas, pero no indican la forma en que esto podría suceder⁴². De ello, se desprenden necesariamente decisiones que son tomadas en forma dogmática, dificultando a la defensa resistir el embate

³⁶ Así lo entendió la Corte de Justicia de Catamarca al sostener que “...la seria posibilidad de sufrir efectivamente la pena privativa de la libertad que se imponga legalmente por sentencia condenatoria, podría animar al imputado a tratar de eludir la acción de la justicia para evitar el encarcelamiento” (“Pedido de cese de prisión preventiva interpuesto por el Dr. Víctor Guillermo Castro a favor del imputado Jorge Marcelo Pérez Casanovas” de fecha 08/09/2009).

También la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe al decir que “...el planteo no puede tener favorable acogida desde que el criterio basado en la magnitud y modalidad de cumplimiento efectivo de la pena en expectativa no constituye una pauta inválida para apreciar la peligrosidad procesal, y más concretamente, el peligro de fuga del procesado –como fundamento de la prisión preventiva–. En efecto, ‘la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben considerarse para evaluar la posibilidad que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia’ (informe 2/1997, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En sentido similar, informe 12/9196)” (“S., F. D.”, del 23/12/2008).

³⁷ Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes, “Mario Oscar Veloso s/cese de prisión” del 09/12/2008. También la Corte de Justicia de Salta, “Lizondo, Paola Roxana – incidente de excarcelación – recurso de casación” de fecha 04/03/2009

³⁸ Así, para denegar la excarcelación la sala B del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de La Pampa por entender que el hecho de que los imputados no tengan domicilio en la provincia sumado a la severidad de la eventual sanción, son criterios objetivos que indican la probabilidad de fuga de aquéllos (“Bassi, Haroldo Luis; Riglos, Norberto Fabián s/ recurso de casación por excarcelación denegada”, del 15/9/2008). En el mismo sentido pero para otorgar la excarcelación, el Tribunal de Impugnación de la misma provincia “...el monto de la pena prevista para el delito por que se halla procesado el causante, no implica de por sí un impedimento definitivo para la concesión del beneficio, aunque en determinados casos y circunstancias la pena en expectativa que pudiera corresponderle al imputado, puedan ser considerada como un parámetro objetivo para determinar un peligro de fuga, presupuesto éste que en el caso subexamen no aparece como cuestionado, ni aplicable atento las particulares circunstancias personales del encartado a saber: posee residencia estable de su persona, familia y actividad laboral en esta ciudad, carece de antecedentes penales computables y la calificación legal dispuesta en el auto de procesamiento no se halla aún firme, toda vez que ha sido recurrida por ante esta alzada” (“Machuca, Rubén Sergio Darío S/ Excarcelación”, del 05/02/2009).

³⁹ “...el análisis sobre la posible intención del imputado de evadir la acción de la justicia o entorpecer el curso de la investigación puede –según el caso- ser realizado valorando la severidad de la pena conminada en abstracto; la gravedad de los hechos concretos de proceso; la naturaleza del delito reprochado; el grado de presunción de culpabilidad del imputado; la peligrosidad evidenciada en su accionar; las circunstancias personales del encartado (individuales, morales, familiares y patrimoniales, si tiene arraigo, familia constituida, medios de vida lícitos, antecedentes penales o contravencionales, rebeldías anteriores, entre otros) que pudieran influir u orientar su vida, el cumplimiento de futuras obligaciones procesales y aumentar o disminuir el riesgo de fuga; la posibilidad de reiteración de la conducta delictual; la complejidad de la causa y la necesidad de producir prueba que requiera su comparecencia, así como la posibilidad de que obstaculice la investigación impidiendo o demorando la acumulación de prueba o conspirando con otros que estén investigados en el curso normal del proceso judicial; el riesgo de que los testigos u otros sospechosos pudieran ser amenazados; el estado de la investigación al momento de resolverse la cuestión; las consecuencias que sobre la normal marcha del proceso habrá de tener la eventual libertad del acusado; la conducta observada luego del delito; su voluntario sometimiento al proceso, y en definitiva, todos los demás criterios que pudieran racionalmente ser de utilidad para tal fin...”. (Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, “Campos, Raúl Fernando s/Robo calificado por el uso de arma blanca s/ Casación” del 09/05/2008).

⁴⁰ En este sentido, la Corte de Justicia de Salta “Que de conformidad a esos lineamientos constitucionales y con especial énfasis en la regla de proporcionalidad aludida, la cautelar sólo se concibe cuando en el caso concreto al hecho investigado corresponda pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. Como lógica derivación, la magnitud de la amenaza penal indica en alto grado de probabilidad el peligro de daño al proceso, ya por evasión del imputado o por deliberado ocultamiento de pruebas. Desconocer ello implicaría desconocer la naturaleza humana, el conciente sentido de autoprotección y el franco impulso a preservar la libertad. Concepción del hombre ampliamente protegida por nuestro sistema penal liberal; adviértase sino la prohibición de forzar la auto incriminación (arts. 18, C.N. y 20, C.P.)” (“Incidente de excarcelación presentado por el dr. Diego Rodríguez Pipino a favor de Roberto Genaro Plaza en expte. n° 3177/08 – cam. 3º en lo criminal – recurso de casación”, del 16/06/2009). Luego sostuvieron que para privar de la libertad deberán valorarse como parámetros “El estado de la investigación al momento de resolver, los elementos de convicción recolectados, su dificultad o complejidad, el estado procesal del imputado, la necesidad de producir pruebas o practicar actos en su presencia, el riesgo de que se ejerza presión sobre testigos, y, si ya se encuentra privado de libertad, la razonabilidad de la duración de la medida. (...) Que en lo que hace a las circunstancias personales del imputado, corresponde que entre otras cosas se amerite: su situación familiar y patrimonial, si tiene arraigo, domicilio conocido, personas a cargo, medios de vida lícitos, vicios y, además –fundamentalmente para evitar que el delito sea llevado a consecuencias ulteriores- la peligrosidad evidenciada, el riesgo de comisión de otros delitos, la proclividad a la delincuencia, la conducta, los antecedentes demostrados, la predisposición posterior al hecho y la posibilidad de reacción social o de disturbios de orden público”

⁴¹ “...las reglas sobre prisión preventiva, excarcelación y eximisión de prisión vinculan la libertad del imputado durante el proceso a la gravedad del delito (que se mide a su vez por la severidad de la escala penal eventualmente aplicable), no están estableciendo con ello ninguna presunción sino simplemente señalando algunos parámetros relevantes al momento de valorar en concreto si existe la posibilidad de que la persona sometida a proceso eluda la acción de la justicia o entorpezca las investigaciones” (Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Jujuy, “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° 204/07 (Sala de Apelaciones - Cámara Penal) Recurso de Apelación interpuesto por el Dr. Fernando Barconte Ramos y el Dr. Carlos Manuel de Aparici en Expte. N° 1501/07 Incidente de Excarcelación a favor de P. J. V., en Expte. Principal N° 04/07”, del 24/06/2009).

acusatorio ya que no se indica cómo es que las medidas pendientes de investigación podrían verse afectadas por la libertad del imputado, limitándose únicamente a mencionárselas. En un verdadero contradictorio, la parte acusadora debería indicarle al juez cuáles son las medidas que están pendientes, cuánto tiempo le tomará realizarlas y cómo podría dificultarse su tarea si no se decreta la prisión preventiva para que el imputado y su defensor puedan controvertir sus argumentos y el juez adoptar la decisión ajustada al caso en concreto. Por ejemplo, si lo que resta es la recepción de un testimonio, el fiscal o la querrela podrían indicar la manera en la que el imputado está vinculado con el testigo y los elementos que lo llevan a pensar que el imputado podría amedrentarlo antes de realizar la declaración.

Resulta particularmente interesante el argumento utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba para descartar el uso de criterios procesales. Así, entendieron que los planteos de la defensa –contención familiar, domicilio fijo y trabajo permanente- no logran conmovir la presunción “en tanto se trata de condiciones que no logran extralimitar la regularidad de las situaciones que se verifican entre la generalidad de los sometidos a proceso”⁴³. Lo que el tribunal intenta hacer con esta afirmación es legitimar definitivamente a la prisión preventiva como la regla en el proceso penal ya que no indica qué es lo que lo lleva a concluir que el imputado en libertad intentará entorpecer la acción de la justicia sino que presupone que todo individuo perseguido penalmente obstaculizará la averiguación de la verdad. Detrás de esto pareciera esconderse la presunción de que todo aquel que sea acusado de un delito será finalmente hallado culpable –poniendo en jaque el principio de inocencia-, lo cual presupone que todo culpable intentará escapar u ocultar pruebas, y que la única manera de lograr la condena es privando de la libertad durante el camino a ella –vulnerando el principio de excepcionalidad del encierro cautelar.

El mismo tribunal aplica como criterio interpretativo del riesgo de fuga la existencia de una sentencia condenatoria no

definitiva, aunque el imputado haya transitado el proceso en libertad y no existan otros indicadores que hagan presumir que intentará eludir la acción de la justicia⁴⁴. Aquí nos encontramos otra vez con resoluciones que carecen de la fundamentación suficiente ya que no explican por qué es que la sentencia no firme aumentaría el grado de probabilidad de fuga si es que se mantienen los supuestos que le permitieron al imputado arribar al juicio en libertad. Otra vez, queda la sensación de que la prisión preventiva funciona en estos casos como un adelanto de pena ya que la sentencia de juicio adquirirá firmeza y podrá ser ejecutada sólo una vez que haya sido revisada por los tribunales establecidos por el ordenamiento procesal correspondiente. Si esta última situación es difícil de compatibilizar con los principios limitadores de la prisión preventiva, resultan aun más preocupantes otros casos en los que se valoró incluso el procesamiento, que implica en estos sistemas escritos de acuerdo a su propia lógica un aumento en el grado de presunción de culpabilidad del imputado, como un criterio para denegar el pedido de libertad⁴⁵. Aquí se verifica nuevamente el carácter sustantivo y de adelanto de pena que se esconde detrás de los fundamentos procesales aparentes, ya que es el aumento en el grado de certeza sobre la culpabilidad del imputado lo que lleva al dictado de la prisión preventiva. La vulneración de los principios procesales que rigen en la materia se vuelve más insostenible cuando, como sucede en varias legislaciones, ese acto procesal es un requisito para el dictado de la detención cautelar.

En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe descarta definitivamente la posibilidad de interpretar a la prisión preventiva como una medida cautelar al entender que frente a la cantidad de evidencias que lo incriminarían había “...serias posibilidades de que resulte condenado, lo que puede tentarlo a fugar, más allá que pudiera contar con domicilio fijo y actividad laboral”⁴⁶. Otra vez, se verifican situaciones que nada tienen que ver con los riesgos procesales, lo que necesariamente lleva a pensar que la prisión sin condena es utilizada como un adelanto de pena al descartar criterios procesales para privar

de libertad sobre la única base de un aumento en las posibilidades de ser condenado cuando esto último debería indicar únicamente el mérito sustantivo necesario para que operen los presupuestos procesales del peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación.

Otra situación interesante que advertimos radica en la utilización de criterios procesales en algunos casos y sustantivos en otros por parte de un mismo tribunal lo que nos lleva a concluir, nuevamente, que lo que interesa a la hora de pronunciarse sobre la prisión preventiva es el tipo penal imputado, adecuando la fundamentación de acuerdo a este último parámetro. Así, mencionando un profundo respeto por los derechos en juego, la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la provincia de Tierra del Fuego dejó en claro cuáles son los presupuestos necesarios para el dictado de la prisión preventiva al sostener que “...la decisión que limita la libertad del encartado durante el proceso en el marco de dicha norma debe basarse en la concurrencia de circunstancias concretas y objetivas de las cuales inferir la presencia del riesgo o peligro procesal...” por lo que “...una declaración de reincidencia, no basta a los fines del dictado del encarcelamiento preventivo, pues lo contrario implicaría valorar una pauta estática que afectaría mortalmente la provisionalidad que caracteriza –entre otros postulados- al instituto excarcelatorio”⁴⁷. De esta forma, al otorgar la excarcelación, impuso medidas de coerción menos gravosas que la prisión preventiva, entre otras, fijar domicilio en la ciudad de Ushuaia, comparecer a todas las citaciones y no ausentarse de su domicilio en horario nocturno, en una clara demostración del respeto por la *ultima ratio* de la privación de la libertad. Los jueces del mismo tribunal profundizaron en lo que debe entenderse como una causal de entorpecimiento para la investigación, en una causa en la cual denegaron la excarcelación luego de tomar conocimiento de que uno de los imputados le habría enviado distintos mensajes de texto a quien habría sido la coautora procurando ocultar la prueba. Aun así, dejaron en claro que “la medida restrictiva de la libertad puede dejar de ser necesaria cuando se han realizado las diligencias probatorias pertinentes para neutralizar aquellos peligros y, en tal caso, podrían adoptarse otras medidas –principio de subsidiariedad- que en la presente etapa de la investigación no resultan posibles por la evidencia actual de la presencia

de dichos riesgos”⁴⁸ e intimaron a la fiscalía y al juzgado de instrucción a que finalicen con premura la investigación para elevar con la mayor rapidez posible la causa a juicio oral. Sin embargo, unos días antes confirmaron la prisión preventiva de otro imputado por la naturaleza de la pena y que el monto mínimo de la escala penal impedirían la eventual aplicación de una condena de ejecución condicional⁴⁹. La diferencia de ambos criterios podría estar vinculada al tipo de delito que se le imputaba en los diferentes casos (delito patrimonial y delitos contra las personas), por lo que podría afirmarse que los criterios procesales son utilizados para causas de menor impacto por el tipo de delito.

Un último ejemplo de lo que venimos comentando lo encontramos en un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁵⁰ en la que los magistrados que la integran sostuvieron que “...el fundamento de las medidas de coerción procesal contra los imputados (en lo que aquí importa, la prisión preventiva) sólo puede residir en los llamados peligros procesales, o sea en el peligro de fuga o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad”. Asimismo, afirmaron el carácter excepcional que debería tener su aplicación al sostener “...la necesidad de que el encierro sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad”. A su vez, hicieron mención a la ausencia de establecimiento de un plazo máximo en el ordenamiento jurídico entendiendo que “...los jueces deben evaluar, caso a caso, si la prolongación del encierro ha sido o no razonable, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso...”. Sin embargo, en el caso concreto, rechazaron el recurso por entender que la defensa no rebatió los argumentos brindados por el Tribunal de Casación en cuanto a que persistía el peligro de fuga vinculado a la gravedad de los delitos imputados y la magnitud de la pena en expectativa.

3.6 Los criterios de peligrosidad social

La utilización de criterios peligrosistas para justificar el encierro no fue desterrada de la jurisprudencia nacional. Así, los antecedentes y la supuesta peligrosidad evidenciada en el hecho que motiva el proceso⁵¹ fueron valorados como legitimadores del encierro cautelar pero no sólo para evitar los riesgos propios del proceso penal sino también para

⁴² Así el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Entre Ríos “...la existencia de un riesgo cierto de que el acusado en libertad intente entorpecer la investigación en curso, que se encuentra incompleta y en la cual existe numerosa prueba pendiente de producción, como por ejemplo, declaraciones testimoniales, pericias (biológica, química y psiquiátrica- psicológica de las víctimas) e informe socio-ambiental del imputado.

Además, no se ha resuelto la situación procesal del encartado, quien se encuentra sospechado de haber sido el autor del delito de abuso sexual con acceso carnal gravemente ultrajante en perjuicio de dos menores de edad, sobre las cuales el mismo podría influir de encontrarse en libertad, máxime teniendo en cuenta el estado de angustia demostrado por D. S. M. D. al testimoniar por ante el Juzgado de Instrucción, lo que motivó la suspensión de la audiencia” (“P., R. A.” del 19/03/2009).

⁴³ “Bustos Fierro, Hugo César” del 19/05/2008 y “Pereiro, Mario Ariel” del 11/11/2008, Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba

⁴⁴ “Druetta, Hilda Haydé y otros” del 05/05/2009. También el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Río Negro “...la modificación en la situación de libertad que traía el imputado tiene que ver con una variación en el avance procesal de la causa, toda vez que la medida cautelar se dicta en la decisión que resuelve de modo definitivo la acusación en su contra, imponiendo la pena de prisión efectiva como consecuencia de considerarlo autor de los hechos reprochados” (“N., A.E. s/ abuso sexual con acceso carnal s/ casación” del 17/06/2009). En idéntico sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos en la causa “Bruel, Daniel A.” del 17/11/2008 para denegar la excarcelación.

⁴⁵ “López, Facundo Gastón s/ queja (en: ‘Fraile González, Humberto E. y López, G. s/Robo calif.’, del 23/09/2008.

⁴⁶ “Bruno, Adrián Claudio”, del 21/04/2009.

⁴⁷ “Incidente de excarcelación en causa n° 16.382 caratulada ‘Naipil Busto, Vladimir A. s/ robos reit. en grado de tentativa (uno de los hechos agravados por escalamiento)’”, de fecha 25/02/2008.

⁴⁸ “Incidente de apelación - causa n° i-12937 caratulada: Carballo, Walter y García norma s/ defraudación. por administración fraudulenta” de fecha 09/10/2008

⁴⁹ “Sánchez Velázquez, Cristian Lorenzo s/ homicidio en grado de tentativa”, de fecha 06/10/2008

⁵⁰ “D. L., C. E.; D. B., W. E. y G., H. M. s/ Recurso de casación” de fecha 30/03/2010

⁵¹ “...garantizar una recta y eficaz realización de la justicia asegurando que el encausado no habrá de eludir su acción, ni obstaculizar la investigación, ello a la par de impedir que continúe lesionando, aprovechando la libertad que reclama, a la sociedad misma” (Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Jujuy, “Recurso de inconstitucionalidad int. en expte N° 96/08 (Sala de Apelaciones – Cámara Penal) Recurso de Apelación interpuesto por los Dres. Fernando Daniel Barconte Ramos y Carlos Manuel de Aparici en Expte. N° 2028/07 “Incidente de excarcelación a favor de V., P. J. en Expte. Principal N° 08/06” del 20/04/2009).

También, Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, “Campos...” cit.

proteger a la sociedad de futuros delitos. Esta forma de hacer “política criminal” claramente redundante en el avallamiento concreto de derechos fundamentales. Aunque discutidos, estos criterios de prevención social del delito sólo pueden tener un principio de legitimación a la hora de aplicar la pena, ya que están íntimamente relacionados con los fines que ésta pueda tener. Si se los utiliza para pronunciarse sobre la procedencia de la prisión preventiva, se está confesando explícitamente que la medida cautelar constituye un adelanto de la pena y se aplica para que se verifiquen sus fines. Esto no puede ser posible dentro del esquema que proponemos, que entiende que la prisión preventiva debe funcionar únicamente como una forma, en última instancia, de garantizar los fines del proceso: la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley material.

3.7 Control de la duración de las detenciones

Otro de los puntos problemáticos que encontramos en el relevamiento se da en el momento procesal en el que se discuten los presupuestos de la prisión preventiva. Como quedó destacado en el apartado respecto del análisis del marco normativo vigente a nivel provincial, la mayoría de los códigos procesales no cuenta con normas que establezcan la obligatoriedad de revisar si se mantienen vigentes los presupuestos procesales que justifican el encierro preventivo una vez transcurrido un tiempo razonable. Así, observamos en numerosas sentencias que transcurridos los dos años que fijan generalmente las leyes como límite máximo para la prisión preventiva los jueces prolongan el encierro amparándose tanto en criterios sustantivos⁵² o sustantivos encubiertos⁵³ pero utilizados en el momento inoportuno.

En este sentido, se da un caso interesante en dos causas de la Corte de Justicia de Catamarca. En el primero de ellos⁵⁴, el tribunal rechaza el pedido de prórroga de la prisión preventiva por cuestiones formales –el pedido fue extemporáneo por haber sido efectuado luego de transcurrido el plazo establecido por el código procesal- e intiman al tribunal correspondiente para que en el plazo de 10 días realicen el debate. Sin embargo, por mayoría, optan por no

disponer la libertad utilizando como fundamento la inminente realización del juicio oral. Si bien pareciera una decisión acorde al sentido común, no se debe limitar el derecho a la libertad de acuerdo a éste sino en base a lo que dice la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes del ordenamiento interno. Entonces, si la ley indica como plazo máximo 2 años, una vez que éste se cumpla y siempre que no se disponga una prórroga en el momento oportuno, lo que corresponde es la inmediata libertad, más allá de los riesgos procesales. De otra forma el plazo máximo no tendría razón de ser.

La proximidad del juicio también fue uno de los parámetros utilizados por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén en una causa⁵⁵ en la que revisaban el rechazo de la excarcelación por parte de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal con Competencia Provincial sobre la base de la gravedad del delito como “...un indicador objetivo por el cual podría presumirse la voluntad elusiva del encausado...”. Párrafo aparte merece la autojustificación de esta Cámara⁵⁶ para no utilizar criterios objetivos estrictamente procesales. Sostuvieron que en el exiguo término en que debe resolverse una incidencia como esta –la excarcelación-, no puede exigírsele al juez de grado que obtenga información objetiva y categórica capaz de apuntalar la presunción de elusión de la justicia, emanada objetivamente de la severidad de aquella amenaza sancionatoria referida. Nos preguntamos entonces, cómo es que en tan poco tiempo se puede justificar la limitación de uno de los derechos más importantes garantizados por el ordenamiento jurídico de mayor jerarquía. ¿No debería, al menos, operar aquí el *in dubio pro reo* o *el derecho a transitar en libertad el proceso penal*?

3.8 Conclusión del relevamiento jurisprudencial

El rasgo común que encontramos en la jurisprudencia analizada está en la ausencia de una discusión y fundamentación acabada sobre los hechos concretos del proceso que permitan inferir que la libertad del acusado interferirá sobre la acción de los tribunales. Ya sea que se utilicen cri-

terios procesales, sustantivos o sustantivos encubiertos, el sistema escrito no permite que las partes presenten información de calidad para generar el contradictorio entre las pretensiones opuestas. Esto es, que la acusación incorpore pruebas objetivas que generen la convicción en el juez de que resulta necesaria una afectación de la libertad para que, luego, en el juicio se pueda demostrar la culpabilidad del imputado. De esta forma, también se le permite a la defensa, en el mismo momento, rebatir los argumentos del acusador y acercarle información al órgano jurisdiccional, para que decida en base a lo presentado en la audiencia.

En la gran mayoría de los casos observamos que, al ser la toma de decisiones bajo los parámetros de un sistema esencialmente escrito, la participación de las partes se traduce en la presentación de un memorial indicando los motivos por los que debe o no conocer una determinada pretensión. Esto genera decisiones de muy baja calidad, principalmente porque las partes no pueden ir discutiendo cada una de las cuestiones que se vayan alegando. Existe una sola posibilidad de presentar todos los argumentos y eso no garantiza un verdadero contradictorio. Al suceder ello, aumentan naturalmente los recursos pues a través de ese remedio procesal el recurrente lo utilizará para completar aquellas circunstancias que no pudo plantear por la defectuosa sustanciación que presentan la mayoría de los ordenamientos procesales.

Por otro lado, también advertimos que las resoluciones abundan en dogmatismos que distraen la atención del problema y que muchas veces responden a modelos prefabricados de sentencias (“planchas”) cargadas de citas de autoridad de los más importantes doctrinarios en la materia, y omiten pronunciarse sobre la situación concreta del imputado o la resolución del caso no supera los dos párrafos. Esta dinámica en la toma de decisiones se repite a lo largo de la mayoría de la jurisprudencia relevada en la cual, si bien en algunos fallos se citan brevemente los argumentos defensoristas, luego son rebatidos a través de meras afirmaciones dogmáticas o bien remitiéndose a lo sostenido por el tribunal que intervino originalmente, siendo imposible o muy dificultosa la tarea de conocer cuáles fueron los argumentos por los que se denegó la libertad; todo ello en franca violación del principio de publicidad de los actos de gobierno⁵⁷.

En consecuencia, la combinación que se presenta en el contexto de las resoluciones de muchos tribunales superiores repercute en el uso inadecuado de la prisión preventiva. Por un lado, como dijimos, resoluciones dogmáticas que elaboran enunciaciones genéricas de principios constitucionales que luego no aplican, buscando de esa forma presentar una apa-

rente fundamentación. Las consecuencias que ello acarrea es que esos “principios fundamentales” pierden su utilidad y pasan a formar parte de lo que “debe” citarse en una resolución judicial. Por el otro, se debe sumar la preeminencia de criterios sustancialistas encubiertos en donde la remisión a la pena, gravedad del delito o antecedentes penales basta para considerar “fundada” la decisión.

3.9 Addenda

A continuación sistematizaremos los criterios utilizados por los tribunales para la justificación de la prisión preventiva.

ELUSION DE LA JUSTICIA	La naturaleza del delito reprochado
	La severidad de la pena
	La gravedad de los hechos concretos del proceso
	Posible sentencia prolongada
	La naturaleza violenta del crimen investigado
	Las circunstancias personales del encartado
	Los medios de vida lícitos
	Los valores morales demostrados por la persona
	Los antecedentes penales o contravencionales
	Ocupación
	Bienes que posee
	Vínculos familiares
	Vínculos que lo mantendrían en el país
	La ausencia de arraigo (determinado por la falta de domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo)
	La facilidad para abandonar el país o mantenerse oculto
El comportamiento del imputado en el proceso	
El voluntario sometimiento al proceso	
El grado de presunción de culpabilidad	
La peligrosidad evidenciada en su accionar	
Rebeldías en procesos anteriores	

⁵² “...los jueces deben evaluar, caso a caso, si la prolongación del encierro ha sido o no razonable, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso...” (Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “D. L., C. E.; D. B., W. E. y G., H. M. s/ Recurso de casación” de fecha 30/03/2010).

⁵³ Así, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, “La naturaleza del ilícito investigado, la extrema complejidad de la causa, su extensión (37 cuerpos hasta el momento, sin contar las actuaciones incidentales), su repercusión social, y la multiplicidad de planteos interpuestos, llevan a entender que en el caso concreto el lapso de privación de libertad no ha dejado de ser razonable. En tal sentido, entendemos que las reglamentaciones de las garantías en las que se funda el planteo de cese de prisión preventiva no son de aplicación automática por el solo vencimiento del plazo fijado, sino que corresponde examinar si en el caso particular el mantenimiento de la cautelar lesiona la razonabilidad que hace a la esencia de la legitimidad de las limitaciones a esa garantía” (“Acosta, Susana del Carmen; Fernández, Nélica del Valle; Fernández, Luis Alberto” de fecha 04/09/2009). También la Corte de Justicia de la provincia de Catamarca en “Pedido de cese de prisión preventiva interpuesto por el Dr. Víctor Guillermo Castro a favor del imputado Jorge Marcelo Pérez Casanovas” de fecha 08/09/2009

⁵⁴ “Reynoso, Luis Alfredo”, del 24/10/2008. Un criterio similar utilizaron en “Carrizo, José Rafael - 2) Gutiérrez, Javier - 1) Amenazas Calificadas y Abuso Sexual gravemente ultrajante agravado en conc. Real, etc.” del 17/09/2008 para hacer lugar al pedido de prórroga de la prisión preventiva.

⁵⁵ “T., E. A. s/ excarcelación”, del 23/12/2009.

⁵⁶ Resolución interlocutoria n° 150/09 de su registro.

⁵⁷ Así sucede por ej. en “Benítez, Sonia C. s/ robo calificado por el uso de armas”, de fecha 08/04/2008, donde el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Entre Ríos confirmó el pronunciamiento del 19/2/2008 dictado por la sala 2ª de la Cámara Primera del Crimen de Paraná en tanto ésta había resuelto la prisión preventiva de la imputada sobre la base de que uno de los coautores aún no había sido individualizado y no se había sido hallado aquello que supuestamente fue robado, entendiendo a éstos como motivos suficientes para sostener que en caso de recuperar su libertad, la imputada podría entorpecer la investigación.

ELUSION DE LA JUSTICIA	La actitud del imputado ante la marcha de la investigación
	La posibilidad de la declaración de reincidencia
	La existencia de causas en trámite
	El riesgo de comisión de nuevos delitos
	Si el imputado hubiere gozado de excarcelaciones anteriores
	La provisional valoración de las características del hecho
	La duración de la detención
	La complejidad del caso
	La solidez de la imputación
	La proximidad del debate
OBSTACULIZAR LA INVESTIGACION	La intimidación o amenaza de testigos
	La intimidación o amenaza de otros sospechosos
	La destrucción de evidencia
	Necesidad de investigar y posibilidad de colusión
	La duración de la detención
	La complejidad del caso
	El riesgo de comisión de nuevos delitos
	La amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar
	La necesidad de producir pruebas que requieran su comparecencia
	El impedimento o demora en la acumulación de prueba
La conspiración con otros que estén investigados en el curso normal del proceso judicial	
El estado de la investigación al momento de resolverse la cuestión	
Las consecuencias que sobre la normal marcha del proceso habrá de tener la eventual libertad del acusado	
La conducta observada luego del delito	

4. Datos estadísticos

4.1 Introducción

En este apartado expondremos los datos extraídos en materia de criminalidad y funcionamiento de los sistemas de justicia a nivel provincial. El relevamiento se realizó en base al Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.⁵⁸

Vale aclarar que, a los efectos del presente proyecto, hemos tomado los datos propios del año 2008, ya que el Sistema Nacional de Estadísticas no se haya actualizado⁵⁹. En este sentido, consideramos que el Estado debe producir informes sobre la situación carcelaria y de cómo se administra el poder punitivo en nuestro país, con mayor periodicidad. De lo contrario, resulta imposible poder delinear posibles soluciones.

El problema reside, entre otras cosas, en la diferencia que existe en los diversos sistemas de acceso a la información a nivel provincial. No todas las provincias tienen actualizado y publicado la cantidad⁶⁰ y condición de la población carcelaria. Para que ello suceda debe tomarse una decisión política a nivel nacional y generar las herramientas que sean necesarias para poder tener acceso real y actualizado a los datos que deben ser públicos.

Asimismo, creemos que se deben gestionar los mecanismos adecuados para garantizar una permanente comunicación entre los órganos provinciales encargados de producir la información y el Sistema Nacional, de manera que se generen enlaces virtuales que permitan contar con estadísticas *on line*. A su vez, esta dinámica lograría efectivizar el principio de publicidad de las decisiones tomadas por los órganos jurisdiccionales.

Por último, cabe hacer la clara disquisición entre el rol que en este sentido deberían cumplir el Poder Ejecutivo Nacional y la función de los órganos provinciales. Mientras que el primero debiera recolectar los datos producidos por las demás provincias –cruzarlos y analizarlos- éstas tendrían que tomar a su cargo efectivamente la producción regular de las estadísticas, garantizar su acceso irrestricto a través de diferentes medios.

4.2 Estado de las estadísticas en las provincias⁶¹

A continuación mostraremos los distintos ejes referenciales que escogimos en virtud de la selección que pretendemos exponer, en cuanto al estado de las estadísticas en cada una de las provincias.

1. Situación Legal⁶²
 - a. Condenado
 - b. Procesado
2. Edades
 - a. De 18 a 24 años
 - b. De 25 a 34 años
3. Sexo
 - a. Masculino
 - b. Femenino
4. Estado Civil
 - a. Soltero
 - b. Casado
 - c. Concubino
5. Nivel de Instrucción
 - a. Primario Incompleto
 - b. Secundario Incompleto
 - c. Universitario Incompleto
6. Situación Laboral al momento del Ingreso
 - a. Trabajador (de tiempo completo, y de tiempo parcial)
 - b. Desocupado
7. Tipo de Delito
 - a. Robo y/o tentativa de robo
 - b. Homicidios Dolosos
 - c. Infracción a la Ley 23.737 (Estupefacientes)
 - d. Delitos contra la Seguridad Pública

(ver página siguiente)

⁵⁸ <http://www.jus.gov.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx>

⁵⁹ Al momento de elaborar el informe tomamos conocimiento que a principio del 2012 se publicarán los datos correspondientes al 2009 y 2010.

⁶⁰ Del relevamiento que efectuamos, advertimos que por ejemplo el Servicio Penitenciario Federal, el Servicio Penitenciario de Salta y la Defensoría Pública de Chubut presentan datos periódicos de la situación actual de la cantidad de presos.

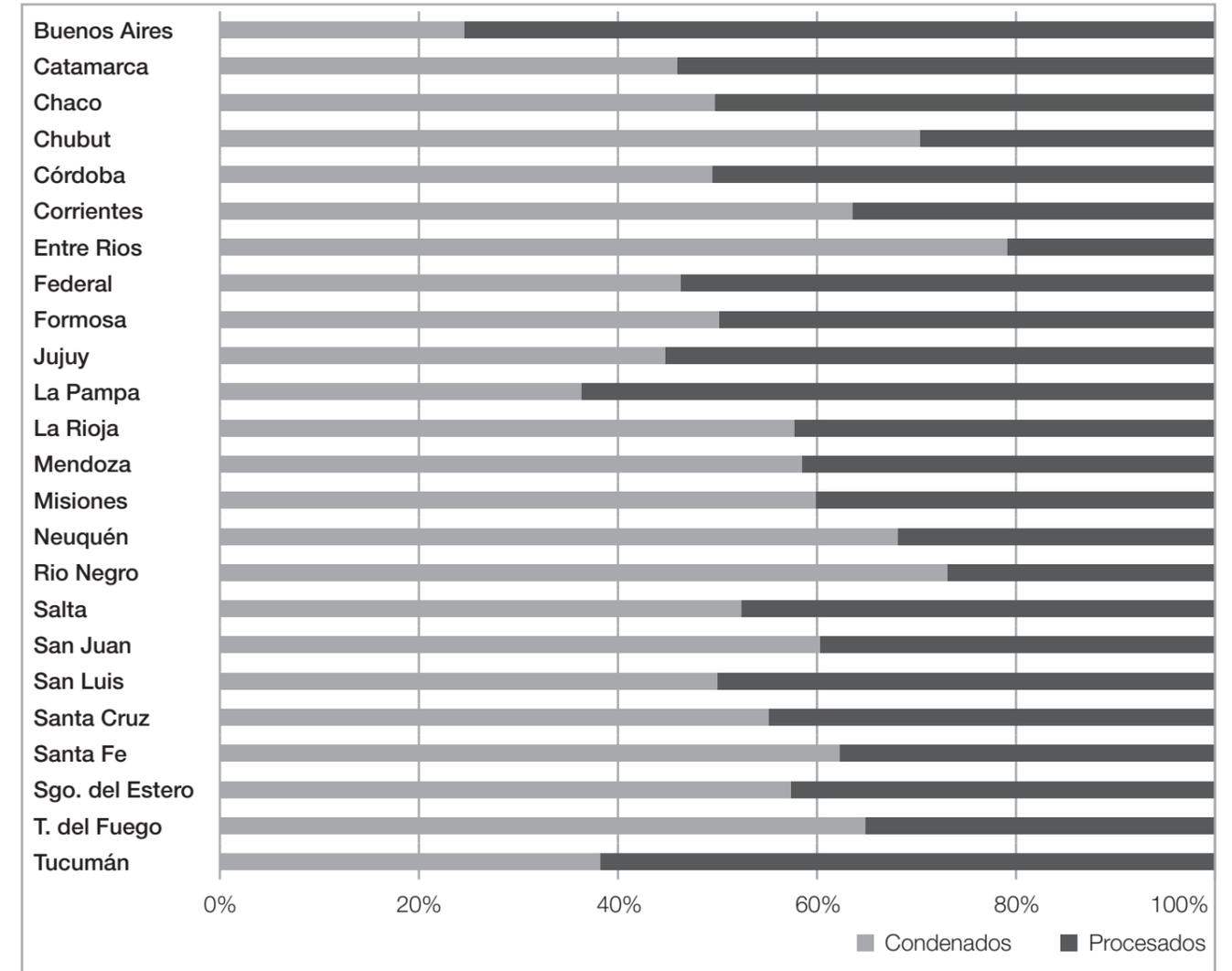
⁶¹ Hemos escogido, en cada eje referencial, los indicadores de mayor índice porcentual, ya que se trata de un perfil que se repite similarmente en todas las provincias.

⁶² No se tomaron en cuenta a los inimputables al momento de relevar las estadísticas.

PROVINCIA	SIT LEGAL		EIDADES		SEXO		EST. CIVIL			NIV. INST.			SIT. LAB.		TIPO DE DELITO				
	COND.	PROC.	18 a 24	25 a 34	M	F	S	Ca	Co	P.I.	S.I.	U.I.	T	D	a	b	c	d	
Federal	4.282	4.824	1.725	3.754	8.209	940	7.218	1.317	204	2.583	1.910	270	4.534	3.022	1.171	586	2.627	314	
Buenos Aires	5.430	17.146	6.179	9.406	22.099	950	16.331	2.699	2.618	5.000	2.727	60	10.939	9.245	12.921	3.617	1.514	1.155	
Catamarca	256	294	150	209	535	15	395	85	45	126	88	2	393	142	207	75	65	9	
Chaco	417	422	201	246	804	35	601	35	0	263	70	2	128	521	211	164	10	1	
Chubut	85	35	41	50	111	9	84	14	21	33	20	0	56	63	46	43	12	1	
Córdoba	2.643	2.732	1.530	2.153	5.128	247	4.185	535	278	1.063	1.074	25	4.140	1.233	2.817	13	319	189	
Corrientes	519	302	220	282	820	45	503	97	121	314	131	4	537	324	249	267	21	1	
Entre Ríos	593	164	158	347	737	21	482	106	139	213	75	2	537	220	302	289	39	11	
Formosa	145	141	73	82	282	12	187	30	67	109	52	3	148	146	66	153	3	4	
Jujuy	211	266	152	174	465	21	331	44	89	126	132	3	332	145	190	116	11	1	
La Pampa	53	91	49	55	148	3	77	21	49	54	8	0	49	101	67	16	0	4	
La Rioja	90	66	41	51	156	3	84	29	30	36	36	7	90	69	41	38	1	0	
Mendoza	1.445	1.045	808	1.041	2.371	119	1.969	288	99	665	374	8	2.063	419	1.336	499	220	140	
Misiones	606	406	234	367	1.056	34	630	261	117	340	146	0	854	214	336	305	30	4	
Neuquén	399	191	134	258	567	23	376	95	73	130	124	7	354	235	244	102	28	7	
Río Negro	430	160	127	251	571	19	382	55	126	262	85	1	354	235	252	108	1	22	
Salta⁶³	885	800	751	471	1.628	113	1.566	75	77	53	40	4	206	1.535	0	0	209	0	
San Juan	405	268	171	301	652	21	394	78	174	200	101	2	469	204	350	104	48	27	
San Luis	206	206	105	165	391	21	312	73	12	101	71	2	251	160	170	102	40	24	
Santa Cruz⁶⁴	120	99	5	7	217	2	127	84	0	82	24	1	214	3	7	74	5	1	
Santa Fe	1.394	848	679	1.035	2.148	97	1.461	199	505	755	217	3	1.248	969	863	615	93	69	
Sg. del Estero	258	188	55	181	422	24	239	194	1	163	32	0	183	262	125	193	35	0	
T. del Fuego	56	31	11	33	85	2	51	25	5	11	23	2	60	27	18	20	6	1	
Tucumán	405	664	339	365	1.039	31	388	121	500	248	130	10	612	455	323	340	71	13	
SUBTOTAL	21.333	31.389	13.938	21.284	50.641	2.807	38.373	6.560	5.350	12.930	7.690	418	28.751	19.949	22.312	7.839	5.408	1.998	
TOTAL	52.722																		

4.3 Situación Legal de los prisionizados

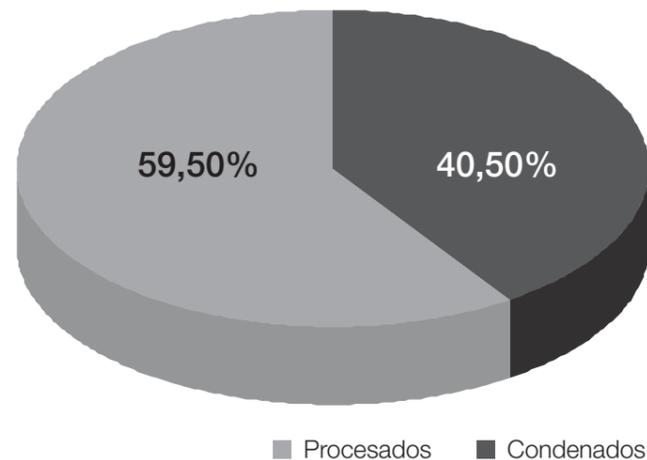
En esta sección propiciamos graficar el panorama actual en cada una de las provincias, especialmente en relación a la situación legal de los individuos encarcelados, es decir, respecto de su condición de procesados o condenados.



⁶³ En cuanto al tipo de delito, la provincia de Salta registra un total de 745 de otros delitos contra la propiedad, 414 de otros delitos contra las personas, 291 de otros delitos contra la integridad sexual, y luego recién se ubican las infracciones a la ley de estupefacientes.

⁶⁴ Vale advertir que, sobre 219 condenados y procesados en Santa Cruz, no se tienen datos respecto de la edad de 199 de ellos.

4.4 Privados de la Libertad en todo el país



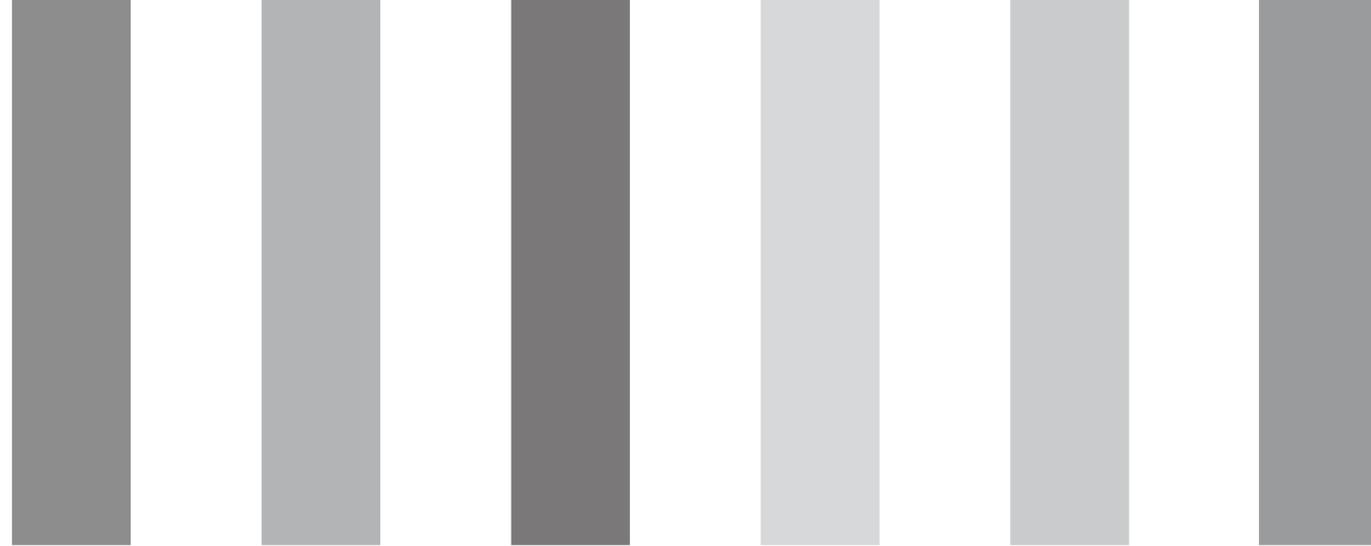
4.5 Conclusión respecto de los datos estadísticos

De la información relevada se observa que la Argentina, posee más presos preventivos que condenados. En un porcentaje de 59,50% a 40,50%, demuestra la utilización desmedida de este instituto. Desagregando esa información, vemos que el número más importante se encuentra en la provincia de Buenos Aires y representa un poco más de la mitad de los presos preventivos de todo el país.

Por otro lado, 15 jurisdicciones poseen más condenados que procesados, siendo las provincias de Chubut, Rio Negro, Entre Ríos, Neuquén y Tierra del Fuego las que presentan una relación entre 70% y 80% (aproximadamente) de presos condenados, frente a 20% y 30 % de procesados. El resto de esas provincias, si bien tienen más condenados, poseen un porcentaje alto de procesados.

Esto evidencia que según las estadísticas, en Argentina los presos sin condena son el número principal de detenidos lo que conlleva a la necesidad de plantear políticas a nivel nacional para reducir su uso. Resulta inaceptable que sólo 2 jurisdicciones (Entre Ríos y Chubut) sean representativas de la aplicación excepcional del instituto (80-20).

Lo expuesto, demuestra además la importancia de tener un acceso inmediato, actualizado e irrestricto a los datos de los presos en la Argentina. Dicha información no es útil si sólo algunas provincias y el sistema federal, informan de manera periódica la cantidad y condición de los presos.



III. INVESTIGACIÓN COMPARATIVA DE LOS SISTEMAS JUDICIALES PROVINCIALES

1. Justicia Nacional

Para esta investigación hemos decidido analizar la justicia nacional, y no la federal, a los efectos de comparar el mismo tipo de delito que se investiga en las jurisdicciones provinciales.

1.1 Marco general: El sistema procesal de la Justicia Nacional.

Se relevaron las resoluciones de prisión preventiva y de excarcelaciones de los juzgados nacionales de instrucción y las resoluciones de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional.

En primer lugar cabe mencionar que el procedimiento vigente a nivel nacional es un sistema mixto. Por ende, se observa la persistencia de ciertos resabios de sistemas antiguos. Así, la investigación de los delitos, en la mayoría de las causas penales, es llevada adelante por el juez de instrucción quien se encarga de buscar la prueba, enmarcar la base fáctica de investigación y dictar las medidas cautelares. Por su parte, el rol de los acusadores tanto público (fiscalía) como privado (querrela) resulta secundario.

En lo relativo a la prisión preventiva, el juez, una vez que tomo la declaración indagatoria al imputado, posee un plazo de diez días para resolver su situación procesal, es decir, deberá determinar si procesa, sobresee o dicta la falta de merito. Durante dicho plazo el imputado puede permanecer detenido. Sin embargo, la defensa puede solicitar su excarcelación.

Dicha pretensión debe ser tramitada dentro de las 24 hs., lo que implica que deberá ser recabada la opinión del fiscal –

quien se limita a emitir un dictamen en base a la calificación legal del delito que se imputa y los peligros procesales que entiende que existen- y luego decidida por el juez.

Conforme lo establece el CPPN no procede la excarcelación:

1) cuando pudiere corresponder al imputado un máximo superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad o si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional (art. 317 del CPPN, que si bien menciona otras situaciones en las cuales se posibilita el dictado de la excarcelación, lo cierto es que no resultan relevantes al momento de evaluar la excarcelación de la persona detenida previo a la decisión de mérito)⁶⁵.

2) cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones (art. 319 del CPPN).

Sin perjuicio del resultado de la petición de excarcelación, una vez transcurridos aquellos diez días, el juez de oficio deberá resolver en caso de procesar al imputado lo relativo a la imposición de la prisión preventiva.

A tales fines, deberá tener en consideración nuevamente las pautas que expresamente establece el código procesal para su procedencia, las que no varían de las ya mencionadas al momento de definir el pedido de excarcelación.

⁶⁵ Art. 317. - La excarcelación podrá concederse:

1°) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión.
 2°) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan.
 3°) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada.
 4°) Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme.
 5°) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios.

De acuerdo a la norma, son dos los casos en los que se deberá dictar la prisión preventiva: 1) en caso que el o los delitos imputados impliquen la imposición de una pena por la cual no se podría acceder a una condena de ejecución condicional; 2) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, sino procede conceder la libertad provisoria, según lo previsto en el art. 319. Esto es: cuando, de la valoración del o los hechos imputados, la reincidencia, las condiciones personales del imputado⁶⁶ o las excarcelaciones que haya tenido, hagan presumir que de obtener la libertad intentara eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación.

Tal como se observa se utilizan los mismos parámetros para denegar la excarcelación y para dictar la prisión preventiva.

Por otra parte, la resolución jurisdiccional que decide imponer el encierro cautelar, puede ser cuestionada por la defensa, a través de dos vías que no se eliminan entre sí: 1) la apelación contra la medida cautelar; 2) la interposición por escrito de un pedido de excarcelación. Esa solicitud deberá ser resuelta por el mismo juez de instrucción que ya pudo haber denegado la excarcelación antes de decidir la situación procesal.

En lo relativo a la excarcelación, tal como lo sostuvimos previamente, el Código Procesal Penal de la Nación dispone un procedimiento para solicitarla en cualquier estado del proceso y mediando detención o prisión preventiva. En el capítulo en el que se dispone el procedimiento para solicitarla y los casos en los que procede, se establece la única medida sustitutiva que ofrece la norma: las cauciones. De esta manera, se posibilita evitar la privación de la libertad por medio de cauciones juratorias, reales o personales, las que se harán efectivas en el caso de que se conceda la excarcelación.

En cuanto al procedimiento, el código de rito refiere a que la medida puede ser dispuesta de oficio, a pedido del imputado o su defensor. En cualquier caso, se requiere la intervención dictaminadora del acusador público, la que se hará efectiva por medio de la evacuación de una vista.

Ahora bien, que se haya interpuesto una solicitud de excarcelación ante el dictado de una prisión preventiva no obsta la posibilidad de apelar esa medida junto al procesamiento del imputado. En la práctica esto genera una dilación innecesaria y una duplicidad de cuestionamientos del tratamiento de la libertad en tanto se sigue cuestionando la

misma medida cautelar. Asimismo, el sistema termina por equiparar el tratamiento de la excarcelación al de la prisión preventiva, lo que implica discutir en el mismo plano, en todo momento y con las mismas pruebas.

Por último, la concesión o denegatoria de la excarcelación puede ser apelada dentro de las veinticuatro horas de dictada. Este remedio será radicado en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, y si bien la interposición del recurso es escrita, se requiere la realización de una audiencia con la intervención de los interesados. Esta modalidad fue instaurada por la ley 26.374 y posibilitó la sustanciación de audiencias en la etapa de revisión.

1.2 Relevamiento de casos

1.2.1 De las resoluciones relevadas en los juzgados de instrucción.

Se realizó un monitoreo de las resoluciones dictadas por los juzgados nacionales de instrucción durante el lapso de quince días, relativas a prisión preventiva y pedidos de excarcelación. La cantidad de juzgados relevados representa 1/3 del total de los juzgados con los que cuenta el sistema de justicia penal ordinario en la Capital Federal.

Se relevaron 69 resoluciones, de las cuales 53 fueron prisiones preventivas, y las restantes excarcelaciones.

Se relevó la clase de defensa que poseían los imputados, pudiéndose observar sólo el 9% tuvo defensa particular, por lo que el restante 91% de los casos tuvo patrocinio de la defensa pública oficial.

En el sistema nacional, la instrucción de la causa puede llevarla adelante el juez, o el fiscal (en delitos determinados o cuando el juez así lo disponga). Así, se relevó que casi el total de los casos (97%) son instruidos por el juez.

Ahora bien, se advierte que para imponer una prisión cautelar fueron utilizados de manera combinada los siguientes fundamentos legales:

- a) Que el delito tenga previsto pena privativa de la libertad cuyo máximo sea superior a 8 años: 57%;
- b) Que se pronostique el rechazo de la ejecución condicional de la pena: 28%;

- c) La valoración de las características del hecho: 49%;
- d) La declaración de reincidencia: 61%;
- e) La apreciación de las condiciones personales del imputado: 67%;

f) La existencia de anteriores excarcelaciones: 36%;

Resulta llamativo que en un 70 % de los casos, se hizo referencia a la posibilidad de entorpecer la investigación o de eludir el accionar de la justicia. Esto significa que en un 30 % ni siquiera se mencionó los dos presupuestos necesarios para que proceda la medida.

Respecto a los elementos probatorios tenido en cuenta para dictar las prisiones preventivas (53), constatamos que en el 83% de los casos tomó el informe de antecedentes penales y que el 81% se fundó en las circunstancias del hecho y de la detención. Estos dos fundamentos fueron utilizados de manera conjunta en un 64% de los casos. Sólo el 11% de las resoluciones se constituyó en el informe socio ambiental, utilizado de manera conjunta con los informes de antecedentes penales, excepto en un caso.

Respecto a los pedidos de excarcelación interpuestos⁶⁷ (16 casos), en el 56% hubo oposición del fiscal a la concesión.

Las resoluciones para rechazar la solicitud de excarcelación se fundaron de manera combinada en los siguientes fundamentos legales:

- a) Pena en abstracto prevista para el delito cuyo máximo sea superior a 8 años: 13%;
- b) Imposibilidad de una ejecución condicional de la pena: 10%;
- c) Imputación por arts. 139, 139 bis o 146 del CP: 1%;
- d) Valoraciones de los hechos y la detención: 14%;
- e) Condiciones personales del imputado: 23%;
- f) Existencia de excarcelaciones: 7%;
- g) Posibilidad de declaraciones de reincidencia: 13%;

En este relevamiento, la valoración de la posibilidad de entorpecimiento de la investigación o la elusión de la justicia, sólo se presentó en un 10%. Con lo cual, el 90 % restante omitió hacer referencia a dichas circunstancias.

Los elementos de prueba observados en general para tomar decisiones sobre la procedencia de las medidas cautelares giraron en torno a los siguientes fundamentos, que son utilizados de manera conjunta en distintas combinaciones:

- a) Informe de antecedentes penales: 69%;
- b) Circunstancias de la detención: 62,5%;

c) Informe socio ambiental relativo a la veracidad de los domicilios aportados y de la identidad del imputado: 12,5%.

En relación a los tipos penales que dan origen a las causas relevadas, 58 fueron por delitos contra la propiedad (84%), de los cuales 56 fueron robos simples o agravados (los robos simples con prisión preventiva, fueron en concurso con otros delitos), y 2 estafas u otras defraudaciones. Le siguen el delito de encubrimiento (5%) y el de homicidio (4%). El porcentaje restante se encuentra compuesto por delitos tales amenazas o coacciones (1%) y agravios contra la integridad sexual (1%).

1.2.2 De las resoluciones relevadas en la Cámara de Apelaciones.

Se relevaron 41 casos de decisiones que recurrían el procesamiento con prisión preventiva (10%), y la denegatoria de excarcelación (90%).

En relación al actor que instó la instancia, fue la defensa oficial la que protagonizó el recurso en un 85%. La defensa particular representó el 10% de los recursos. La diferencia (5%) resultó ser producto de apelaciones efectuadas por representantes del Ministerio Público Fiscal.

Un dato particular consiste en que la gran mayoría de las causas recurridas fueron instruidas por el juez. Justamente el 95% de ellas contaron con investigación jurisdiccional.

Pudimos constatar a través de este relevamiento que sólo en el 12% (5 casos) se dispuso la libertad del imputado, y en todos ellos los fundamentos argüidos hicieron mención de la inexistencia de posibilidades de entorpecer la investigación o de eludir el accionar de la justicia. Por otro lado, se valoraron las condiciones personales del imputado en todos los casos y, en menor medida, se combinaron con los siguientes indicadores:

- a) Pena en abstracto inferior a 8 años 2%;
- b) Viabilidad de una ejecución condicional de pena 2%;
- c) Las características del hecho 7%;
- d) No existir excarcelaciones anteriores 2%;
- e) Imposibilidad de declaración de reincidencia 10%.

Por el contrario, el 88% de los casos confirmó la aplicación de la medida de coerción personal, con los siguientes fundamentos:

- a) Pena en abstracto cuyo máximo sea superior a 8 años: 71%;
- b) Inviabilidad de una ejecución condicional de la pena (27%),
- c) Las características del hecho (68%),

⁶⁶ Se pudo observar del relevamiento efectuado que resultan de vital importancia los datos relacionados a la constatación del domicilio del imputado y su verdadera identidad del mismo. En efecto, una de las prácticas comunes es el requerimiento a la fuerza policial de la constatación de los datos establecidos en los arts. 26 y 41 del C.P., de acuerdo a los cuales se debe recabar datos relativos a "la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad" (art. 26 del C.P.); y a "La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad..." (art. 41 del C.P.).

En consecuencia, se puede inferir que por "condiciones personales del imputado" se entiende a la personalidad, la actitud previa a la comisión del delito, su educación, costumbres, edad, constitución familiar y personas a su cargo, empleo, etc.

⁶⁷ Los casos de excarcelación no se corresponden, en todos los supuestos, a las prisiones preventivas relevadas.

- d) Posibilidad de declaración de reincidencia (61%),
- e) Las condiciones personales del imputado (73%),

En este caso la referencia a la posibilidad del entorpecimiento de la investigación o posible elusión de la justicia fue del 76%, sin que en el restante porcentaje se hiciera referencia a ellos.

En el proceso de evaluación de las pruebas reunidas a los fines de tomar la decisión, sólo en dos de las apelaciones resueltas, la cámara tuvo en cuenta los informes socio ambientales y en uno de ellos se dispuso la libertad. Los otros fundamentos que se utilizaron de manera combinada fueron:

- a) Los informes de antecedentes penales: 88%;
- b) Las circunstancias del hecho y de la detención: 80%.

Por otra parte, el relevamiento también se centró en los delitos imputados en las causas a estudio, es decir, las causas en las que se cuestionara la libertad del imputado. Al respecto, se constató que el 95% de los casos apelados contenían procesamientos por el delito contra la propiedad, mientras que el 5% restante respondía a delitos contra la integridad sexual y contra la libertad.

1.3 Entrevistas

1.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales, defensores

Se llevaron a cabo entrevistas a los actores del sistema, para conocer su concepción respecto a la prueba necesaria para resolver la prisión preventiva.

La entrevista giró en torno a la elaboración y utilización de los informes socio-ambientales de las personas sometidas a proceso penal, sobre lo cual los funcionarios judiciales concordaron que en el informe se realizaba de oficio sobre todo el universo de detenidos.

Frente a esta afirmación, y en base a haber conocido previamente mediante el relevamiento de causas, la información de que los socio-ambientales eran utilizados como prueba para detener o liberar en un muy bajo porcentaje de casos (11% de las prisión preventivas y 12,5% de las excarcelaciones dictadas en primera instancias; 4,8% de las resoluciones en la cámara de apelaciones); preguntamos ¿en qué momento los realizaban: previa o posteriormente a la resolución de prisión preventiva? ¿Y cuál sería la finalidad otorgada a dicha prueba?

Sobre ello 2/3 de los jueces y 1/5 de los fiscales, dicen que se espera ese estudio para resolver sobre la prisión preventiva, pero entienden que lo más relevante en términos de prueba resulta ser el informe de antecedentes penales. El tercio restante de los jueces, 4/5 de los fiscales y todos los defensores entrevistados, dicen que no se requiere el socio-ambiental para resolver sobre la libertad del imputado, porque entien-

den que su finalidad es para que el tribunal oral tenga más elementos al momento de determinar la pena.

Todos los funcionarios sostuvieron que ordenan la confección de dichos informes al patronato del liberado, pero que en determinados casos los realiza la policía, dado que entienden que existen zonas de riesgo en las cuales resulta peligroso el acceso para un civil.

Respecto al modo de obtención de la información que se vuelca en ellos, los defensores, los fiscales y 5/6 de los jueces dijeron que el mismo es realizado en mayor medida, en base a la entrevista con el imputado. La mitad de esos jueces, 1/5 de los fiscales y todos los defensores, dijeron que estos datos son corroborados con los familiares y que los domicilios aportados en la entrevista eran constatados.

Los jueces, fiscales y defensores sostuvieron darle un nivel alto de certeza o confiabilidad a los informes que realizan los asistentes sociales del patronato, por lo que ninguno realiza un informe propio. De todos modos, la defensa asegura poder cuestionar los datos vertidos en el informe, por lo que también puede aportar información que controvierta a los mismos.

1.3.2 Entrevistas a personas privadas de libertad.

Se realizaron un total de 36 entrevistas a personas que se encontraban privados de su libertad.

De la totalidad de los encuestados, la mayoría eran condenados (el 69%) y el resto procesado. Del primer índice, sólo el 15% permaneció en libertad durante la tramitación de su causa. Por ende, la gran mayoría de los entrevistados estuvo o está privado de libertad de manera preventiva (el 85%).

El 71% de los detenidos sostuvieron que la prisión afectó sus relaciones familiares, ya sea por haber perdido un vínculo o porque su detención ocasionó el desmembramiento del núcleo familiar. Otro índice evaluado resultó ser el domicilio, del cual se observó que la minoría (15%) sostuvo haber poseído uno fijo previo a ser detenidos.

Con relación a la duración de la medida cautelar, se pudo observar que el 17 % de los condenados entrevistados dicen haber permanecido más de 2 años en prisión preventiva, el 30 % entre 1 y 2 años y el 13 % menos de 1 año.

De la entrevista a la personas condena, el 65% llegó a esa sentencia mediante un juicio abreviado, mientras que sólo el 35% tuvo juicio oral. Cabe mencionar que los internos fueron interrogados respecto a que si su condición de procesado los influenció a firmar un abreviado. El 74% respondió afirmativamente, y un 28% dijo también haber estado influenciado por las condiciones de seguridad de la cárcel.

Respecto a la notificación del dictado de la prisión preventiva, si bien un poco más de la mitad de los consultados (el 54%) alegó que había leído la resolución, sólo una tercera parte sostuvo que los alcances de la decisión y las consecuencias de la prisión preventiva les habían sido explicados (el 36%).

Aunque sólo el 10% pudo entrevistarse personalmente con el juez de la causa antes del dictado de la prisión preventiva, la mitad de los encuestados sostuvo haber propuesto al juez alternativas, opción que no fue elegida en ninguno de los casos.

Los protagonistas del cuestionario fueron preguntados por los motivos que fundaron las medidas cautelares. Al respecto, cerca de una tercera parte de ellos (el 28%) respondió que fue el monto de la pena, el 13% por el tipo de delito y el 10% por haber sido detenido en flagrancia.

1.3.3 Patronato de Liberados

Finalmente, para completar el círculo de actores que intervienen en lo que refiere a la privación cautelar de la libertad, se realizó una entrevista al personal jerárquico del Patronato de Liberados. Concretamente se enfocó en la forma en que se llevan adelante los informes socio ambientales y sobre la finalidad adjudicada a los mismos en el proceso.

La persona entrevistada indicó que los informes se elaboran teniendo en cuenta las condiciones sociales y económicas de la persona. Consideró que su finalidad debería ser para determinar si es recomendable el dictado de prisión preventiva o no. Sin embargo, aseguró que estas prácticas se realizan en general con las personas procesadas y que el informe es utilizado principalmente en el juicio oral.

La confección del informe se realiza dentro de las 48 horas, aunque en determinadas ocasiones puede llevar de cinco días a un mes dependiendo de las dificultades que presente.

Por lo general son los jueces los que lo solicitan, aunque eventualmente puede ser efectuado a instancia de un representante del Ministerio Público Fiscal. Efectivamente, más de la mitad de los requerimientos (un 57%) provienen de los juzgados de instrucción, el 13% de juzgados correccionales, el 11% de juzgados federales, sólo el 5% de Tribunales Orales y el resto de otros actores.

La información es obtenida principalmente con la entrevista al imputado. En dicha oportunidad se intenta relevar las condiciones en que se desarrolló su crianza, la situación familiar, el nivel de estudios logrado, si tiene personas a su cargo, los antecedentes que pueda conocer de su familia, si se encuentra en situación de calle, la situación laboral al momento de ser dete-

nido. Respecto de este último patrón, principalmente se considera relevante si la persona entrevistada se encuentra empleado o desocupado, si está buscando trabajo y si no lo busca.

La información brindada por el imputado es constatada mediante una entrevista con los familiares y visitas a los domicilios aportados.

Los profesionales que elaboran los informes son en general asistentes sociales, excepto cuando deben ser realizados en zonas de riesgo, en cuyo caso se requiere asistencia de las fuerzas de seguridad y se envía personal de policía que corresponda (ya sea de la Policía Federal o de la provincia de Buenos Aires).

2. Córdoba

2.1 Marco general: El sistema procesal de la provincia de Córdoba.

En Córdoba, la prisión preventiva procede si existen elementos de convicción suficiente para sostener como probable la participación punible del imputado. Luego de recibida su declaración, se podrá disponer si: 1) se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca procedente, *prima facie*, la condena de ejecución condicional; 2) cuando procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. En este sentido, se enumeran los indicadores para medirlo (falta de residencia, rebeldías, condena impuesta sin transcurrir el plazo del art. 50 del CP).

En la práctica, si la persona es detenida, se presentan dos posibilidades: a) la fiscalía, ordena la libertad del imputado, principalmente por carecer de antecedentes penales o b) dispone que continúe detenido por entender que la causa puede ser llevada a juicio y considera procedente la posibilidad del dictado de la prisión preventiva. En este último caso, la detención se realiza mediante un decreto dictado por aquél, llamado "decreto de detención".

Recibida la declaración, el fiscal tiene 10 días corridos para dictar la prisión preventiva; plazo que en la práctica puede prolongarse. El imputado podrá oponerse al dictado de dicha medida y, en su caso, la procedencia o no de la injerencia será resuelta por el juez de control.

2.2 Relevamiento de casos

2.2.1 De las resoluciones relevadas en las Fiscalías de Instrucción.

Del relevamiento efectuado en el transcurso de 15 días se decretaron 52 prisiones preventivas. El 69,23 % de las causas se inició por intervención de la policía o fuerza de seguridad (delitos flagrantes), el 25% fueron ini-

ciadas por denuncia ante diversas autoridades de prevención y el restante 5,76% por denuncia ante el fiscal.

Comenzaremos por señalar en qué porcentajes los distintos indicadores fueron al menos uno de los criterios utilizados para luego hacer un análisis de cómo fueron combinados para justificar las prisiones preventivas.

Así, advertimos los siguientes datos:

- a) Improcedencia de la condena de ejecución condicional: 86,27%;
- b) Falta de residencia: 3,92%;
- c) Declaración de rebeldía: 1,96%;
- d) Sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior: 5,88%;
- e) Condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el art. 50 CP: 15,68%;
- f) Otros (influencia de testigos, amenazas): 21,56 %

Como observamos, en la mayoría de los casos existe como indicador la improcedencia de la condena de ejecución condicional.

Veamos ahora cómo se combinaron los distintos indicadores:

- a) Únicamente la improcedencia de la condena de ejecución condicional: 56,86%;
- b) La improcedencia de la condena de ejecución condicional junto a la condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el art. 50 CP: 7,84%;
- c) La improcedencia de la condena de ejecución condicional junto a otros: 7,84%;
- d) La improcedencia de la condena de ejecución condicional junto a la existencia de una condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el art. 50 CP junto a otros: 5,88%;
- e) La sola mención de existencia de peligros procesales: 5,88%;
- f) La improcedencia de la condena de ejecución condicional junto a la falta de residencia: 1,96%;
- g) La improcedencia de la condena de ejecución condicional junto a la declaración de rebeldía y a otros: 1,96%;
- h) La improcedencia de la condena de ejecución condicional junto al sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior y a la existencia de una condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el art. 50 CP: 1,96%;
- i) La improcedencia de la condena de ejecución condicional junto al sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior: 1,96%

- j) La falta de residencia junto a otros indicadores: 1,96%
- k) El sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior junto a otros indicadores: 1,96%

- l) Otros indicadores: 1,96%
- m) No se indicaron motivos: 1,96%

En cuanto a la prueba evaluada por el MPF, observamos las siguientes proporciones:

- a) Constancias sobre las circunstancias del hecho y la detención junto a otras: 29,41%
- b) Informe de antecedentes junto a constancias sobre las circunstancias del hecho y la detención y otras: 43,13%
- c) Informe de antecedentes junto a constancias sobre las circunstancias del hecho y la detención: 5,88%
- d) Otras: 5,88%
- e) Informe de antecedentes, informe socio-ambiental, constancias sobre las circunstancias del hecho y la detención y otras: 3,92%
- f) Ninguna: 3,92%
- g) Informe de antecedentes y otras: 1,96%

- h) Informe socio-ambiental, constancias sobre las circunstancias del hecho y la detención y otras: 1,96%

En cuanto al tipo de delito y de acuerdo al bien jurídico tutelado, nos encontramos con que las imputaciones fueron, sobre la totalidad de los casos, las siguientes:

- a) Delitos contra las personas 17,30% (9 casos) de los cuales 4 casos fueron homicidios y 5 fueron lesiones;
- b) Delitos contra la integridad sexual 15,38% (8 casos);
- c) Delitos contra la propiedad en un 34,61% (18 casos), de las cuales 16 fueron robos, y 2 estafas u otras defraudaciones.
- d) Delitos contra la libertad 17,30% (9 casos), de las cuales 8 fueron amenazas y coacciones y 1 privación de la libertad.
- e) Delitos contra la seguridad pública 5,77% (3 casos)
- f) Delitos contra el orden público 9,61% (5 casos) de las cuales 1 corresponde al delito de resistencia a la autoridad, 1 al falso testimonio o denuncia, 2 encubrimiento, y 1 fue en orden al concurso entre la resistencia a la autoridad y el encubrimiento.

2.2.2 De las resoluciones relevadas en los Juzgados de Control.

En 15 días de relevamiento el órgano jurisdiccional revisó 9 prisiones preventivas producto de oposiciones presentadas por la defensa⁶⁸.

De las 9 causas sometidas a revisión del juez de control, 6 fueron ratificadas en la decisión de privar de la libertad preventivamente al imputado.

Los fundamentos vertidos para denegar la libertad fueron:

- a) La improcedencia de una futura condena de ejecución condicional como único indicador en un 33,33% de los casos;
- b) La improcedencia de una futura condena de ejecución condicional como un elemento para valorar los riesgos procesales en un 33,33% de los casos;
- c) La sola consideración de que existen elementos para sostener la participación del imputado en el 16,66% de los casos;
- d) Otras, en el restante 16,66%;

Sólo en el 33,33% de las causas que confirmaron la prisión preventiva se mencionan las pruebas evaluadas tomándose en cuenta las constancias sobre las circunstancias del hecho en la mitad de ellas.

El 77,77% de las causas revisadas fueron delitos contra la propiedad. De estas, un 28% fueron en concurso con delitos contra la libertad, 14,28% con delitos contra las personas y 14,28% delitos contra el orden público. Un 11,11% de las causas fueron por daños en concurso con resistencia a la autoridad mientras que el restante 11,11% son por tenencia y portación de armas.

2.2.3 De las resoluciones relevadas en la Cámara de apelaciones.

En las Cámaras de Apelaciones, durante los 15 días de relevamiento, se relevaron 5 recursos interpuestos contra la decisión del juzgado de control.

De las 5 causas sometidas a estudio, el 60% fueron ratificadas en la decisión de privar de la libertad preventivamente al imputado. En todas las resoluciones en que se denegó la libertad se evaluó la improcedencia de una futura condena de ejecución condicional. De éstas, en el 66,66% se tuvo en cuenta el sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior y de este último universo de casos, en un 50% se hizo mención a la capacidad del imputado para eludir los controles del Estado.

Las revocatorias de la medida de coerción (40%, 2 casos), obedecieron a considerar la inexistencia de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación: en un caso por tener domicilio fijo, trabajo estable y estar la investigación finalizada, y en el otro caso, por estar cumplido el tiempo transcurrido desde la aprehensión y estar concluida la investigación.

La prueba evaluada en las decisiones fue el informe de antecedentes penales y las constancias sobre las circunstancias del hecho.

Los recursos interpuestos fueron en causas por delitos contra la propiedad (40%), delitos contra la integridad sexual en concurso con amenazas, coacciones y falso testimonio (20%), delitos contra la fe pública (20%) y lesiones (20%).

2.3 Entrevistas

2.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales, defensores.

Se procedió a entrevistar a asesores letrados, jueces (de control y de cámara de acusación) y fiscales (de instrucción).

Preguntados por la realización de informes socio-ambientales previos al dictado de la prisión preventiva, el 18,18% sostuvieron que no se hace y el 36,36% que se realizan en muy pocos casos. El restante 45,45% expresaron que se practican informes socio-ambientales.

El 54,54% afirmó que el informe se solicita luego de producida la detención. El 27,27% contestó que la solicitud es hecha durante la Investigación Penal Preparatoria mientras que el 9,09% sostuvo que no se pide en ningún momento. El restante 9,09% de los entrevistados afirmó que sólo conoce el informe legal que se solicita cuando se pide la libertad asistida o la libertad condicional (esto en clara referencia a institutos vinculados con la ejecución de la pena).

En cuanto a la finalidad del informe, el 45,45% sostuvo que se solicita como prueba para la investigación y el eventual juicio oral. Por su parte, el 36,36% afirmó que la solicitud es para evaluar si corresponde o no el dictado de la prisión preventiva.

De aquellos que afirman la existencia del informe socio ambiental, el 20% sostuvo que tardan 15 días en enviar el informe; un 10% entre 5 y 15 días; un 10% 3 o 4 días; un 10%, 5 días mínimo; un 10% no más de 10 días. El restante 30%, desconoce.

Acerca de quién es el encargado de realizar los informes un 50% contestó que lo hace el personal de la policía judicial (policía, trabajadores sociales o psicólogos); un 30% trabajadores sociales del Poder Judicial y un 10% Policía de la Provincia de Córdoba dependiente del Poder Ejecutivo.

El 60% de los entrevistados afirmó que el contenido de los informes incluye el lugar de residencia y con quien vive, si trabaja y dónde lo hace, cómo está conformado el grupo familiar y demás indicadores de tinte socioeconómico, mientras que el 20% sostuvo que depende del hecho y del caso en concreto. Un 10% indicó que el contenido del informe dependerá de las directivas del fiscal y el secretario mientras que el restante 10% no especificó nada al respecto.

En cuanto a si existe un requerimiento específico acerca de qué información recopilar, un 20% contes-

⁶⁸ Los casos relevados en el órgano jurisdiccional son diferente a las prisiones preventivas dictadas por los fiscales.

tó que no, un 30% que por lo común son genéricos o estandarizados, un 20% que depende del caso, un 20% que depende de las directivas del fiscal y un 10% que depende de los elementos probatorios con los que se cuenta.

El 50% sostuvo que ante la negativa del imputado a entrevistarse, obtienen información por parte de familiares o vecinos; el 20% desconoce qué sucede en tal caso y el 30% afirmó que se obtiene información de otros informes.

Mientras que el 60% sostuvo que se corrobora la información brindada con familiares para darle mayor veracidad, el 10% afirmó que esto no sucede. Por su parte el 20% dijo que se hace en algunos casos y el 10% que desconoce.

El 50% se dirige al domicilio brindado para constatar que sea el verdadero, mientras que el 30% lo hace algunas veces; el 10% de los entrevistados afirmó que no cuentan con el tiempo suficiente para hacerlo.

El 60% tiene confiabilidad en los datos relevados en los informes, mientras que el 20% duda de ellos por ser elaborados por la policía. El restante 20% de los entrevistados se limitó a responder que se trata de “informes”.

2.3.2 Entrevistas a personas privadas de libertad

Se realizaron 35 entrevistas.

El 68,58% se encuentra en calidad de procesado mientras que el restante 31,42% está condenado. De estos últimos, sólo el 18,18% estuvo en libertad hasta el momento de la condena.

El 60% dijo haber sido visitado en la unidad por su defensor. El 68,57% manifestó no haber estado presente en la audiencia en la cual se decidió la privación de su libertad mientras que el 68,57% también dijo que no se le leyó la resolución.

El 77,14% de los entrevistados aseguró que no se le explicaron los motivos de la resolución por la cual se los priva de la libertad.

El 82,85% aseguró no haber sido escuchado por el juez y el 68,57% afirmó no haber tenido la posibilidad de buscar información para evitar la prisión preventiva.

Por su parte, el 40% dijo no haber podido apelar la resolución.

Un 45,71% dijo no haber tenido tampoco la posibilidad de solicitar la excarcelación proponiendo alguna medida alternativa.

Al preguntarles si su condición de preso preventivo los influyó o los predispone para firmar un abreviado, el 45% respondió afirmativamente y el resto sostuvo que por las condiciones de seguridad de la cárcel también lo harían.

3. Santa Fe

3.1 Marco general: el sistema procesal de Santa Fe

Hasta la sanción del nuevo Código Procesal Penal –Ley 12734- el sistema de enjuiciamiento penal en la provincia de Santa Fe, establecido por la Ley 6740 y sus modificatorias, respondía claramente al modelo inquisitivo, con todas las rasgos que lo definen, destacándose por ser la última provincia que aún no tenía incorporado el juicio oral como etapa principal del proceso y girando toda la actividad judicial alrededor de la construcción del expediente.

Este sistema continúa en vigencia, pero con algunas modificaciones introducidas a partir de la implementación parcial de algunos institutos del nuevo digesto procesal penal.

El proceso penal de Santa Fe es, por regla general, escrito. La etapa instructoria es formal y se encuentra a cargo del Juez de Instrucción, cuya función esencial es dirigir la investigación.

En cuanto a las medidas de coerción personal, la ley N° 12912 implementó algunas normas del nuevo Código pero no el sistema en su totalidad, lo que generó algunas inconsistencias.

Se mantiene la posibilidad de ordenar la libertad del imputado bajo promesa o caución en cualquier estado del proceso, de oficio o a su solicitud. De esta manera, aunque ya no rige el régimen “excarcelatorio” propiamente dicho, en los hechos, producida la detención y prestada declaración indagatoria ante el juez de instrucción, se procede de manera similar a pedido de la defensa, y con traslado al fiscal.

En lo que refiere a la prisión preventiva procede a pedido de parte, cuando se estiman reunidas las siguientes condiciones:

- 1) Existencia de elementos de convicción suficientes para sostener su probable autoría o participación punible en el hecho investigado.
- 2) La pena privativa de libertad, que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena, sea de efectiva ejecución.
- 3) Las circunstancias del caso autorizarán a presumir el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Se establece que la existencia de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación podrá fundamentarse a partir del análisis de las siguientes circunstancias:

- 1) La magnitud de la pena en expectativa.
- 2) La importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado adoptará voluntariamente frente a él.
- 3) La ausencia de residencia fija.
- 4) El comportamiento del imputado durante el desarrollo

del procedimiento o de otro procedimiento anterior, en la medida en que indicará su voluntad de perturbar o no someterse a la persecución penal.

El Código no exige expresamente el traslado a la defensa del pedido de encarcelamiento procesal formulado por la fiscalía, por lo cual, en muchos juzgados, la misma se impone sin sustanciación.

Se prevén por último medidas alternativas a la prisión preventiva, siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pueda ser evitado de otra manera.

3.1 Relevamiento de casos

3.2.1 De las resoluciones denegatorias de libertad

En Santa Fe, el sistema procesal prevé la posibilidad de que previamente al dictado de la prisión preventiva los defensores presenten una solicitud de libertad (denominada sustitución de prisión) a los fines de que la persona no permanezca encerrada hasta que se recolecte la prueba suficiente para dictar la prisión preventiva. Esto conlleva a que se encuentre en un estado de detención sin que se orden el encierro cautelar, el que puede prolongarse en el tiempo.

El instituto de la “sustitución de prisión” puede ser interpuesto tanto antes como después del dictado de la medida de coerción.

Relevamos 215 denegatorias de libertad dictadas⁶⁹ por el juez en ocasión de los pedidos de sustitución de prisión y ninguno de ellos provocó la resolución inmediata de prisión preventiva, sino que se limitaron a rechazar el pedido, sin expedirse sobre la situación procesal. De esta manera, el primer acto que decide la libertad o el encierro, opera en la práctica en forma similar a la denegatoria de excarcelación (que el actual código procesal penal ya no regula) o como confirmación de la detención.

Los indicadores que mayoritariamente fueron utilizados –individual o conjuntamente- para fundamentar la denegatoria de la libertad fueron:

- a) La pena privativa de la libertad que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena que sea de efectiva ejecución: 74,88%
- b) La magnitud de la pena en expectativa: 55,18%
- c) El estado procesal de la causa: 43,72%
- d) Antecedentes del imputado: 39,53%

Por su parte, entre los indicadores menos utilizados encontramos la ausencia de residencia fija (2,79%) y

la disposición de medios económicos, técnicos, tecnológicos o materiales (1,86%).

En el 0,46% el informe socio-ambiental fue considerado como única prueba para denegar la libertad, mientras que en el 0,92% dicho informe fue utilizado conjuntamente con el de antecedentes penales.

Respecto a la prueba, se evaluó el informe de antecedentes penales en el 96,27% de los casos. Las constancias sobre las circunstancias del hecho y la detención en el 26,57% de estos casos.

En cuanto a los tipos de delitos (superan la cantidad de casos, por haber casos con concurso de delitos), nos encontramos con que la mayoría de las imputaciones fueron por delitos contra la propiedad (77,2%): de estos casos, en el 11,44% fue en concurso con el delito de tenencia y portación de armas, y el 0,62% con el delito de homicidio. La tenencia y portación de armas fue el segundo delito más imputado (17,2%): en el 2,63% de estos casos también fue imputado un homicidio. El 15,8% fueron delitos contra las personas de los cuales 5,6% fueron homicidios y 10,2% fueron lesiones. El 8,8% fueron delitos contra la libertad, de los cuales el 6% respondieron a amenazas y el 2,8% a privaciones ilegítimas de la libertad. Y el 4,2% fueron delitos contra la integridad sexual.

3.2.2 De las resoluciones de primera instancia

Se relevaron 80 resoluciones en los que se dispuso la prisión preventiva.

Los indicadores más utilizados fueron: la pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo (73,75), la magnitud de la pena en expectativa (35%) y los antecedentes penales (25%).

La pena privativa de libertad, que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena que sea de efectiva ejecución fue utilizada en un 73,75% de manera combinada en conjunto con otros fundamentos de la siguiente manera:

Los antecedentes penales del imputado en un 22,5%;

La existencia de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación en el 53,75%; estos peligros procesales se midieron a través de los siguientes fundamentos:

Por la magnitud de la pena en expectativa en un 35%;

Por la importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado adoptara voluntariamente frente a él en un 2,5%;

Por la ausencia de residencia fija en 3,75%;

⁶⁹ Vale aclarar que esta cantidad de casos no corresponden a los 15 días de relevamiento. Esto es así pues, en rigor de verdad, nos encontramos con la presencia de este instituto al momento de levantar la información. En este sentido, nos pareció interesante ampliar el número de resoluciones para medir cómo funcionaba, por las consecuencias que trae aparejada esa regulación.

Paralelamente, el comportamiento del imputado durante el proceso, en tanto indicara su voluntad de perpetuar o no someterse a la persecución penal, en 1,25%.

La pluralidad de intervinientes fue fundamento en el 6,25% de los casos; la reiteración delictiva en un 10%; la declaración de rebeldía en un 2,5%.

En el 97,5% de los casos se evaluaron las constancias de las circunstancias del hecho y de la detención como prueba para dictar la prisión preventiva. En el 20,51% de estos casos fueron valoradas conjuntamente con el informe de antecedentes del imputado mientras que en el restante 79,49% aquéllas fueron las únicas tenidas en cuenta como prueba.

En el 2,5% restante de los casos (2 casos) se valoró únicamente el informe de antecedentes.

En ningún caso se valoró el informe socio ambiental.

En cuanto a los tipos penales (superan la cantidad de casos, por haber casos con concurso de delitos), la mayoría de las imputaciones fueron delitos contra la propiedad (81,25%), seguido por delitos contra las personas en un 15% (el 10% obedece a lesiones y el 5% a homicidios); tenencia y portación de armas en un 13,75%, delitos con la integridad sexual en un 6,25, amenazas y coacciones en un 6,25%, resistencia a la autoridad en un 5%, y privaciones ilegítimas de la libertad 2,5%.

3.2.3 De las resoluciones de Cámara

Se relevaron 41 resoluciones. En el 17,1% de los casos la prisión preventiva fue revocada, y en el 82,9% fue confirmada.

De ese 17,1% de revocatorias (7 casos), en el 9,7% (4 casos) se valoró que la pena privativa de libertad no sería de efectivo cumplimiento y en el 12,2% (5 casos) se consideró la inexistencia de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, medido por: la escasa magnitud de la pena, el comportamiento del imputado en el proceso, la inexistencia de reiteración delictiva, los antecedentes penales del imputado, y la inexistencia de declaraciones de rebeldía.

En las privaciones de la libertad confirmadas (34 casos), fueron valoradas ya sea individual como conjuntamente con otros indicadores, que la pena privativa de la libertad sería de efectiva ejecución en un 75,6% (31 casos). El peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación fue valorado en un 70,7% (29 casos): mediante la magnitud de la pena en un 43,9% (18 casos), la ausencia de residencia fija en un 14,6%, el comportamiento del imputado en un 14,6%, la reiteración delictiva en un 39% y los antecedentes penales del imputado en un 43,9%.

Respecto a la prueba evaluada en relación a todos los casos, hayan sido revocadas o confirmadas, el

43,9% se fundó en el informe de antecedentes penales del imputado. En el 14,6% de los casos se evaluaron las constancias sobre las circunstancias del hecho y la detención. En los restantes casos no se indicó la prueba.

En cuanto al tipo de delitos imputados (superan la cantidad de casos, por haber casos con concurso de delitos), el 58,5% corresponde a delitos contra la propiedad, el 19,5% a tenencia y portación de armas, el 9,7% a delitos contra la integridad sexual, el 7,3% a homicidios, el 2,4% a lesiones, el 4,8% a resistencia a la autoridad y 4,8% a encubrimiento.

3.3 Entrevistas

3.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales, defensores

En virtud de las entrevistas realizadas a jueces de la provincia de Santa Fe, tomamos conocimiento de que no es necesaria la confección de informes socio-ambientales a los detenidos previamente al dictado de la prisión preventiva, pero que los hacen de oficio a todo el universo de personas detenidas. Manifestaron respecto a la confección de los mismos que no se tarda más de 4 días.

Estos estudios tienen por finalidad conocer la realidad del detenido en cuanto a sus labores, familia, hogar, nivel educativo, entre otros. Es realizado por policías para un 5/6 y por empleados para el restante 1/6, quienes dependen en su totalidad de la policía local.

Habiendo preguntado si la información es obtenida sólo con la entrevista al detenido, contestaron un 1/6 que sí, y un 5/6 que no, agregando que además entrevistan o la constatan con familiares, empleadores en todos los casos los domicilios aportados por el detenido.

Sólo el 1/6 de los jueces manifestaron producir, además del aportado por la policía, uno propio.

Preguntados sobre la posibilidad de aportar elementos distintos, contestaron que sí un 4/6, que no un 1/4 y que sí existe la posibilidad pero que la misma no tiene relevancia, el restante 1/4.

En cuanto al nivel de confiabilidad, el 2/6 dice que ello depende de qué entidad lo elabore, un 1/6 le otorgan un nivel limitado de confiabilidad, otro 1/6 un nivel bueno, y el otro 1/6 un nivel regular.

Los fiscales respondieron respecto a la necesidad de confeccionar un informe, antes del dictado o requerimiento de la prisión preventiva, en un 5/6 que no era necesario.

Respecto a la demora para confeccionar los estudios, 5/6 estimaron que tardaban 1 y 2 días y entre 5 y 6 días el restante 1/6.

El 5/6 indicó que quienes realizan los informes son agentes de la policía. Respecto a la información un 1/6 entendía que era recabada con la sola entrevista al detenido, mientras que el restante 1/6 estimó que se ponían en contacto con familiares, empleadores u otras personas, para constatarla y los domicilios aportados. Los demás no conocían. Sólo 2/6 de los fiscales entrevistados producen el suyo propio mientras que la mitad de los fiscales le atribuyen un nivel de confiabilidad relativo. Los Defensores entrevistados expresaron (3/4) que no se realiza previamente al dictado de la prisión preventiva. Mientras que 1/4 mencionó que a veces sí se confeccionan.

Respecto a quien lo realiza, para un 1/4 son agentes de la policía. El resto no conoce quien lo hace.

La mitad de los entrevistados manifestó que los informes se confeccionan con la sola entrevista al detenido, sin embargo para todos se constata mediante familiares, empleadores u otras personas. Sólo la mitad visita los domicilios a portados.

Sólo 1/4 de los entrevistados, manifestó que el estudio se realiza a todo el universo de personas detenidas.

Los defensores manifestaron que no producen su propio informe, pero que no existe impedimento legal para incorporar elementos probatorios de parte.

3.3.2 Entrevistas a las personas privadas de libertad

Se realizaron 47 entrevistas. El 46,8% de los entrevistados tenía condena y el 53,2% restante se encontraba procesado, a la espera de un juicio que defina su situación legal.

El 40,4% (que ya estaban condenados) no estuvo en libertad durante la investigación penal. Los que sí gozaron de libertad durante ella hasta la sentencia judicial que los declaró culpables, están condenados por los delitos de abuso sexual, robo simple, y robo calificado.

Es decir que del total de los detenidos entrevistados, entre procesados y condenados, el 87,2% sufre actualmente o sufrió en su momento, una privación de su libertad preventivamente. Los plazos de las prisiones preventivas rondaron entre los 5 meses hasta los 3 años en algunos casos.

El 78% dice no haber sido visitado en la unidad penitenciaria por su abogado defensor. Y el 50% de los que respondieron en forma positiva, poseen defensa particular.

Respecto a la decisión judicial de prisión preventiva, el 50% expresó que no se le leyó y el 74% (del total de entrevistados) que no se le explicó. El 76% desconoció

los motivos por los cuales se dictó la prisión preventiva.

Sólo el 14% tuvo oportunidad de ser escuchado por el juez, antes del dictado de la prisión preventiva, y el 86% afirma no haber tenido la oportunidad de buscar la información necesaria para evitar el dictado de la prisión preventiva.

Al preguntar los motivos por los cuales entienden que se le dictó la medida de coerción: el 23% dice que por los antecedentes penales; un 10% por la gravedad del hecho o por no ser excarcelable el delito imputado.

El 50% dice haber presentado un pedido de excarcelación proponiendo medidas alternativas, no habiéndose otorgado en ningún caso.

El 46,8% de los detenidos, afirmó que las condiciones de seguridad influirían en firmar un abreviado, en caso de tener esa posibilidad.

Finalmente, los detenidos entrevistados manifestaron en un 89% que la detención les afectó sus relaciones familiares y su integridad personal, sea porque sus familias no los visitan, porque generaron una dependencia a las drogas dentro de la cárcel, algún integrante de su núcleo familiar cayó en una depresión por su detención, o bien casos en los cuales tienen familiares enfermos a quienes no pueden ayudar.

3.3.3 Entrevistas a la policía de la provincia de Santa Fe, encargada de la realización de los informes socio-ambientales

El equipo investigador se dirigió hacia la policía de la provincia de Santa Fe, dado que fue el organismo denunciado por los funcionarios judiciales como el encargado de realizar los informes socio-ambientales. Les preguntaron sobre su conocimiento en relación a la finalidad de los informes que producen, contestaron en su totalidad: acercamiento familiar, salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida.

En este sentido los datos aportados no fueron útiles para esta investigación ya que hicieron referencia a la información que se recaba para la ejecución de la pena.

4. Chubut

4.1 Marco general: El sistema procesal de Chubut

El proceso de Chubut está estructurado de manera tal que garantiza la concreción de los derechos de los individuos al tiempo que a la resolución del conflicto penal sobre los principios de oralidad, contradicción, inmediación, concentración, simplificación, celeridad⁷⁰ y publicidad⁷¹.

⁷⁰ Artículo 3 Código Procesal Penal de Chubut.

⁷¹ Artículo 23 Código Procesal Penal de Chubut.

Los roles de los operadores (acusador, defensa y juez imparcial) están bien definidos de acuerdo a las reglas procesales constitucionales, de tal modo que si fueran modificados en cualquier estadio procesal, se estarían violentando las garantías constitucionales y las reglas del debido proceso. Consecuentemente, se estableció que los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal, la cual está a cargo del Ministerio Público Fiscal. Por su parte, los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales, sino investigar y acusar.

Para graficar de mejor manera el funcionamiento, transcribimos palabras del Dr. Alfredo Pérez Galimberti, respecto al procedimiento de audiencias refiere: *“un sujeto investido de poder estatal para el ejercicio de la jurisdicción ejerce su poder, nacido de la distribución de competencias prescripto por la Constitución y reglamentado por la Ley. Lo hace no por interés propio, sino convocado por un sujeto que gestiona un interés, llámese fiscal, víctima o imputado. Escucha las pretensiones de los ciudadanos formuladas en interés personal o de la actuación de la ley, tanto funcionarios públicos como particulares, someter la postulación a la contradicción de la contraparte, presente frente a él, conoce la evidencia pertinente que se le acerca, y toma una decisión de inmediato, fundada exclusivamente en la evidencia que en el curso de la audiencia le fuera presentada.”*

Este sistema prevé audiencias de control de detención, considerando que la afectación de la libertad de una persona es una cuestión sensible que no admite dilaciones. Se reguló que su control debía ser en un plazo no superior a las 48 hs. (desde la detención), momento en el cual el individuo es llevado en forma personal ante el Juez de Garantías, con la asistencia de la defensa y con la presencia del Ministerio Público Fiscal, a los fines de debatir en forma oral y pública la legalidad de la medida.

Las medidas de coerción se resuelven en audiencia por un juez, a más tardar dentro de las 48 horas de producida la aprehensión. En dicha audiencia, se permitirá al fiscal y a la víctima fundar sus requerimientos y eventualmente, demostrar su necesidad, en presencia del imputado y de su defensor, quienes también serán oídos. Si fuera necesario recibir prueba, el juez la ordenará en la audiencia y podrá prorrogarla para el día siguiente con el fin de lograr la asistencia del defensor o la incorporación de medios de prueba.

Si hubiese sido dictada la prisión preventiva, el imputado o su defensor podrán solicitar el examen de la medida de coerción en cualquier momento de procedimiento, para la cual se realizará una audiencia que se llevará a cabo dentro de las 24 horas, y será resuelta por dos jueces. El fiscal por su parte podrá solicitarla cuando le hubiere sido rechazada una orden prisión o de detención, o cuando hubiera sido ordenada una medida de coerción distinta a su conformidad, o procurare la revocación o reforma de una resolución de este tipo (art. 236).

Cada seis meses se examinará de oficio los presupuestos de la prisión y conforme el caso, ordenará su continuación, su sustitución por otra medida o la libertad del imputado.

El encierro cautelar, resulta ser la máxima medida de coerción y su utilización, en la Provincia de Chubut es una excepción. Los presupuestos de la prisión preventiva son los siguientes: 1) la existencia de elementos de convicción suficiente para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él, y 2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no se someterá al procedimiento –peligro de fuga- o obstaculizará la averiguación de la verdad –peligro de entorpecimiento – (art. 220).

Para determinar el peligro de fuga se debe evaluar en forma especial las siguientes circunstancias: 1) arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; 2) las características del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3) la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte, voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual; 4) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, para ponderarlo el juez tendrá en cuenta: el número de delitos imputados y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal; la existencia de condenas anteriores; y la alta probabilidad de que el imputado se vincule a otro u otros procedimientos en la misma calidad (art. 221).

En el caso de peligro de entorpecimiento, se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o inducirá a otros a realizar tales comportamientos (art. 222).

En cuanto al cese del encarcelamiento, se presentan tres supuestos: 1) no subsistir los presupuestos que tornen legalmente procedente a la prisión preventiva; 2) su duración supere o equivalga a la condena que se espera en concreto; o 3) se relaciona con los plazos de duración.

La práctica proactiva de las partes en el sistema, exige que junto a las pretensiones sean los interesados los que deban presentar la prueba, la cual podrá ser controvertida.

En lo que respecta a las medidas de coerción, los informes socio económicos del individuo, resultan ser un elemento de convicción útil para la sustanciación y resolución de pedidos de prisión preventiva o de alguna otra medida sustitutiva. En la jurisdicción relevada, los estudios aludidos que hacen a la determinación de las condiciones de vida de los detenidos o allegados, son practicados por el Servicio

Social, que forma parte de la estructura de Ministerio de la Defensa Pública. Ellos son los que proveen al defensor, al momento de la audiencia de control de detención (en la que se decidirá si permanece o no detenido, y/o para la audiencia de revisión en el caso de denegación), de toda la información pertinente para representar los intereses de su defendido y buscar una medida de coerción diferente a la prisión procesal.

En el caso del Ministerio Público, no posee un órgano asimilable al servicio social de la defensa pública, para controvertir los informes, y utilizan información que recaba la misma policía a su exclusivo pedido.

4.2 Relevamiento de casos

Como la provincia de Chubut sólo realiza audiencias orales para la toma de decisiones se efectuó un seguimiento por un período determinado a los efectos de verificar en qué casos se discutió la prisión preventiva. Por ello, es que se relevaron las audiencias de control de detención de la Ciudad de Trelew, que pueden reencausarse con una finalidad multipropósito (Ej. apertura de la investigación preparatoria⁷² o un pedido de una medida morigerada), y las de revisión, que serían las que se realizan con el fin de revocar la medida dictada en la audiencia de control.

4.2.1 De los casos relevados de las Audiencias de Control.

De las 121 audiencias observadas, sólo en una de ellas el Ministerio Público Fiscal solicitó la prisión preventiva del imputado, no siendo concedida la medida de coerción por el juez⁷³. En las restantes audiencias, no se discutió la imposición de ninguna medida restrictiva, sino que atendieron a aperturas de la investigación un 27%, al control de la detención un 22%, audiencias preliminares un 20%, a juicios abreviados un 2,5%, y el resto a constituciones de querellantes y a suspensiones de juicio a prueba. Por otra parte, de todas aquellas, sólo tres audiencias fueron de revisión de la medida de coerción dictada previamente, en dos de ellas se revocó la prisión preventiva dictada con anterioridad sustituyéndolas por otras medidas. Y en el caso restante se mantuvo la medida de coerción.

El caso en que se solicitó el encarcelamiento preventivo, fue en orden al delito de homicidio en grado de tentativa (*carpeta 2584*). En dicha audiencia la fiscalía manifestó que necesitaría tres meses para realizar la investigación, motivo por el cual solicitó que durante ese plazo el imputado esté en prisión preventiva. La defensa controvertió el pedido de la fiscalía, ya que el imputado no tenía antecedentes penales y que, por voluntad

propia, se había mudado de ciudad para evitar el contacto con el grupo de jóvenes con los que había tenido el conflicto. El juez, luego de escuchar a las partes, decidió rechazar el pedido por no existir mérito suficiente para su procedencia y prohibió al imputado acercarse a las víctimas y testigos. Al mismo tiempo, le advirtió que ante el primer incumplimiento de las medidas de conducta se procederá a su detención.

Respecto a los tres casos sometidos a revisión, en dos de ellos fueron revocadas las medidas coercitivas y sustituidas por otras menos gravosas. Uno de los casos fue en orden a una portación de armas en concurso con daños. La defensa solicitó la revisión, dado que en los otros procesos abiertos en su contra, el imputado cumplía con la obligación impuesta de presentarse en el juzgado a firmar el libro de asistencia. El juez resolvió revocar la prisión preventiva, y decidió que esa obligación de firmar valdría también para este proceso. El otro de los casos, fue en orden al delito de homicidio, y se le requirió al juez que sustituya la medida de coerción por una prisión domiciliaria. El fiscal dijo no encontrar motivos para otorgarle tal instituto, dado que consideraba que aún existían peligros de fuga y de entorpecimiento de la investigación. El juez resolvió a favor de la defensa, sustituyó la medida por prisión domiciliaria, y le prohibió acercarse a testigos y víctimas del caso.

El último supuesto sometido a revisión fue el único en el que se resolvió mantener el encarcelamiento preventivo, por entender que continuaban existiendo los riesgos procesales. Este asunto fue en orden a una tentativa de homicidio, y la defensa solicitó la libertad del imputado por entender que se habían cumplido los plazos de la investigación. La discusión de la audiencia consistió en la forma en que se computaba ese término pues existían varios imputados. El juez resolvió mantener la prisión preventiva pero acortó los tiempos para que el fiscal culmine su investigación.

4.2.2 Del seguimiento a un caso en particular (*carpeta 2913*)

Considerando que en plazo relevado no se resolvieron prisiones preventivas y que el objetivo es conocer las condiciones bajo las cuales son dictadas las medidas coercitivas, procedimos a la búsqueda de un caso en particular donde se hubiese dictado la injerencia para conocer la práctica con mayor profundidad.

El hecho versó sobre un abuso agravado contra una menor aprovechando la situación de convivencia, en reiteradas ocasiones. Se celebraron diversas audiencias vinculadas a la situación procesal.

⁷² Artículo 274 Código Procesal de Chubut.

⁷³ Respecto al nivel de complejidad de los casos que llegaron a la justicia del 19 al 30 de abril de 2010. Ingresaron 273 casos, por 289 delitos (casos de concurso de delitos), de los cuales 10 fueron contra la Administración Pública, 2 con la Fe Pública, 6 contra la Integridad Sexual, 47 contra la Libertad, 164 contra la propiedad, 1 contra la Seguridad Pública, y 48 contra las personas.

La primera fue de control de la detención y apertura de la investigación preparatoria. En ella el fiscal solicitó la prisión preventiva por seis meses, la defensa pidió se le otorgue una medida sustitutiva y la fiscalía se opuso considerando que el imputado podría entorpecer la investigación ejerciendo su influencia sobre la víctima y su madre. El juez le concedió la libertad y le prohibió el acercamiento a las mencionadas.

En la segunda, el fiscal y la querrela ofrecieron distintos tipos de prueba informativa, documental y testimonial. Allí, la fiscalía y la querrela solicitaron nuevamente la prisión preventiva del imputado, que pese a la oposición fundada de la defensa, se terminó ordenando la detención. Se realizó la tercer audiencia producto del requerimiento de la defensa de revisión de la medida coercitiva, Uno de los magistrados (resuelven dos jueces las revisiones) consideró en principio que el *“Ministerio Público Fiscal alegó para fundar su pedido de aplicación de medida coercitiva, la acreditación de la materialidad del hecho fundada en la prueba de ADN, argumento al que adhirió la querrela, violando con dicha consideración la presunción de inocencia. Lo cierto es, que en esta instancia del proceso no puede aseverarse con la certeza que requiere tal afirmación que se encuentre acreditado tal extremo. Dicha circunstancia podría dar fundamento en principio a la presunción razonable de presunta autoría del hecho. También esgrimió [la fiscalía] que se encuentran acreditados los extremos requeridos para tener por existentes los peligros de fuga y entorpecimiento. Al respecto debo señalar en lo que concierne al peligro de fuga, no se ha demostrado en la causa la falta de arraigo o el no sometimiento del imputado al proceso, sino que el imputado ha fijado un domicilio, se ha actualizado, el imputado ha concurrido cada vez que se lo citó, y la pérdida del trabajo por el sumario policial no acreditan tal extremo. Falta de trabajo no es igual a falta de arraigo. En cuanto al alegado entorpecimiento, debo destacar que la causa se encuentra en un estado avanzado, ha culminado la investigación, con lo cual este peligro procesal se va desvirtuando y si ello no fuera así, la prisión preventiva no se hubiera dictado hasta la audiencia preliminar sino hasta el debate, si este peligro pudiera subsistir en las distintas etapas. Se ha utilizado argumentos para fundar este peligro, tales como que el hecho de ser policía puede provocar un mayor grado de entorpecimiento, en franca contradicción con el argumento utilizado para fundar la fuga ya que se manifestó allí la situación de desempleo. También se ha argumentado un peligro de entorpecimiento fundado en el incumplimiento de una orden de prohibición de acercamiento, situación que no puede tenerse comprobada con la denuncia de amenazas que se ha puesto en consideración de*

este tribunal.” En consecuencia el primer magistrado resolvió que no se debía mantener la medida de coerción, y manifestó que en caso de existir peligro de fuga fundado únicamente en la severidad de la pena, podrían aplicarse medidas sustitutivas. Por otra parte, el otro magistrado fundó su voto en la peligrosidad del hecho, la pena en expectativa y en que no se habían producido nuevas circunstancias a favor de imputado que justifiquen la soltura, motivo por el cual entendió que debía mantenerse la prisión preventiva hasta el momento del juicio.

Dado que no hubo unanimidad, se fijó nueva audiencia para el día siguiente y se designó un nuevo magistrado para que resuelva. Este lo hizo a favor del cese de la prisión preventiva, por motivos diferentes que los expresados por los anteriores jueces. Esgrimió que la acusación aún no había sido declarada admisible, por lo que en orden al principio de igualdad de las partes y a la interpretación restrictiva que prevé el artículo 31, se debe estar a favor de la libertad del imputado, al menos hasta que se resuelva la admisibilidad de las acusaciones (se imputaban tres hechos, de los cuales el segundo estaba en discusión su procedencia).

A los tres meses se realizó otra audiencia en la cual se terminó rechazando el segundo hecho y aceptando toda la prueba ofrecida por las partes. A pedido de la fiscalía y la querrela, se resolvió dictar la prisión preventiva por los hechos por los que se declaró admisible la acusación, por entender que existía peligro de fuga debido a las características del hecho, por la pena en expectativa, la importancia del daño resarcible y la actitud del imputado frente a la víctima.

Luego en virtud de un pedido de revisión, uno de los jueces entendió que debía mantenerse la injerencia y para decidirlo tuvo en cuenta: el tipo de delito atribuido, el estado actual de la causa, la reunión de elementos de convicción suficientes a esa altura de la investigación que acreditaban la probable autoría, y que estaban dados los recaudos previstos en la ley procesal para dictarle la medida cautelar personal que prevé la ley (art. 220 inc. 1° y 2°, y 221 inc. 2° del CPP). Otro miembro del tribunal, entendió que debía esperar en libertad la etapa del juicio, y dijo que *“la regla durante el proceso es la libertad del imputado, la única situación de encarcelamiento preventivo prevista no solamente en el código procesal penal sino que por la propia constitución nacional y provincial, habilitan el encarcelamiento preventivo en función de los peligros procesales. El peligro de fuga sustentado únicamente en la gravedad del hecho por la pena esperada no puede constituir por sí solo el fundamento y la base del encarcelamiento preventivo”*. El último miembro del tribunal, coincidió con el anterior voto, respecto a que la libertad durante el juicio debe ser lo

primordial para garantizar el Estado de Derecho que nos exige vivir en este país. Entendió que el peligro de fuga no solo significa la posibilidad de ausentarse definitivamente del domicilio fijado sino que también todas aquellas cuestiones que frustran la acción de la justicia, provocando entonces uno de los peligros procesales fundamentales al derecho.

Consecuentemente, dejaron sin efecto el encarcelamiento por cuanto no concurrieron en el caso las prescripciones respecto a los peligros procesales y a la normativa vigente relativa a la prisión preventiva.

4.3 Entrevistas

4.3.1 Entrevistas a jueces, fiscales y defensores

Los jueces manifestaron no confeccionar ellos mismos los informes sociales sobre los individuos detenidos para resolver el dictado de la prisión preventiva. Sin embargo, dicen conocer que se practica al momento de la detención o bien durante el proceso. Y manifiestan que los mismos se podían realizar con distintas finalidades: la imposición de una medida de coerción, revisión de la misma, o bien para el propio juicio, a los efectos de la mensuración de la pena.

Respecto al tiempo que toma realizar el estudio, manifestaron que su confección no superaba los tres días.

El órgano encargado de realizarlos es el Servicio Social de la Defensa Pública, mediante asistentes sociales, quienes son los profesionales más aptos para conocer la realidad del detenido en cuanto a sus labores, familia, hogar, nivel educativo, entre otros.

Sobre la fuente de información que vierten en el informe 4/5 de los jueces estimó que se corrobora a través de la provista por familiares, empleadores u otros. Y que en especial se constata el domicilio aportado por el detenido. Una minoría, 1/5, estimó que los datos sólo provienen de la entrevista con el detenido.

Cuando se les preguntó a los jueces sobre qué información es relevada, manifestaron que son datos económicos, sociales, familiares y laborales. Y que no se solicita un informe genérico, sino que en ciertos casos se requiere información específica.

Respecto al universo sobre el que se realizan los informes, manifestaron que se realizaban cuando estuviera motivado por medidas alternativas, cesura del debate, calificación legal o existieran dudas de los hechos. Por lo que no se realiza sobre la totalidad del universo. Todos afirmaron que era posible que las partes aporten elementos distintos.

Sobre el nivel de confiabilidad, los jueces en general dijeron tener un buen concepto sobre la credibilidad de los informes, porque se basaban en el principio de buena fe procesal. Que de todos modos, era po-

sible cuestionarlos; pudiendo la parte ofrecer prueba y aportar información complementaria para generar un contradictorio.

Los fiscales respecto de la necesidad del informe respondieron que no era necesario confeccionar uno para tener mayor conocimiento del individuo, en forma previa a que hubiera un requerimiento de prisión preventiva. Dijeron que se lleva a cabo esa diligencia a los fines de morigerar la pena.

Sobre la duración del trámite, explicaron que el plazo para la confección del estudio, demoraba entre uno y dos días.

Los fiscales informaron, de modo coincidente con los jueces, que quienes realizan los informes son asistentes sociales del Servicio Social de la defensa pública. Y que previo a su realización el detenido debe entrevistarse con su defensor.

Explicaron que la fuente de información para realizarlos, no es sólo la entrevista al detenido sino que se mantenía contacto con familiares, convivientes, empleados y/o otras personas. Se recopilan datos sociales y económicos para conocer su forma de subsistencia. Además se constatan los datos y domicilios aportados.

Afirmaron que se confecciona cuando hay posibilidad de demostrar arraigo, o con el fin de constatar un hecho, o condiciones de seguridad, o ante un pedido de medida alternativa, como pagar una fianza.

Una minoría de fiscales, 1/5, dijeron producir el suyo propio.

Respecto del nivel de confiabilidad la mayoría de los fiscales (4/5) le atribuyen un nivel de confiabilidad absoluto, y 1/5 un nivel relativo. De todos modos, afirman que los cuestionan y aportan información para generar un contradictorio.

La mayoría de defensores expresaron que se realiza el estudio previamente al dictado de la prisión preventiva, al momento de la detención o bien durante el proceso, y que se confecciona dependiendo de la finalidad. Éste no se confecciona siempre, ni en todos los casos, porque muchas veces no es necesario. Eso lo determina cada defensor oficial.

La confección puede tardar entre uno y dos días, que es el tiempo máximo para la primera audiencia.

Los defensores, también de manera coincidente con los demás funcionarios judiciales, dijeron que quienes los realizan son los trabajadores sociales que dependen del servicio social de la defensa pública. El servicio social, es el que releva y constata, que es la misma persona por lo general la que hace ambas tareas.

También sostuvieron que los informes no se confeccionan con la sola entrevista al detenido, sino que

además se constataba la información con familiares, empleadores u otras personas. Los datos que se recopilan son relativos a la situación socio-cultural, económica, habitacionales y familiares.

Ante la negativa del imputado a entrevistarse, se procede a recopilar elementos por una fuente independiente.

La mayoría estimó que el nivel de convicción es alto y una minoría, relativo.

Cuando el imputado es de otra jurisdicción, primero se agotan los medios para tomar contacto con los familiares por teléfono o a través de la colaboración de otras defensorías, para poder tener datos certeros, y no quedarse con los dichos del imputado. De este modo, se suele conceder mayor verosimilitud y valor probatorio al informe.

El Ministerio Público Fiscal con poca frecuencia, se opone a los estudios, con el argumento de que fueron efectuados por su contraparte. La contienda sobre ello, no tiene demasiada complejidad, dado que el fiscal siempre puede mediante la policía, confeccionar el propio y recolectar lo que considere pertinente.

El personal del Servicio Social de la Defensoría, puede concurrir a la audiencia a respaldar su trabajo pero no resulta obligatorio. Depende del caso concreto y si así lo requiriera el defensor oficial.

El estudio no puede generar información y/o prueba en contra del imputado, por lo que el defensor puede solicitar que se supriman los datos que perjudiquen a su asistido.

El informe se pone a disposición de la contraparte en la misma audiencia, analizándose su contenido. También se puede interrogar a la persona del Servicio Social que lo confeccionó.

Las defensas particulares no tienen acceso al servicio social de la defensa pública.

4.3.2 Entrevistas a personas privadas de libertad

Se realizaron 22 entrevistas a personas privadas de libertad que se encontraban alojadas en la Alcaldía Policial y en distintas comisarías de la circunscripción judicial de Trelew. Del total de entrevistados, 14 eran condenados y 8 preventivos. De acuerdo a esa cantidad, porcentualmente, el 64% eran condenados y el 36% restante, se encontraba en forma preventiva.

Respecto a los delitos cometidos el 18% estaba imputado de cometer delitos contra la propiedad; el 55% por homicidio; el 23% delitos contra la integridad sexual, los restantes se vincularon a delitos contenidos a la ley 23.737.

Respecto a las visitas de defensores, en lugar de detención, la totalidad de los entrevistados dijeron haber

sido visitados en la unidad penitenciaria por sus defensores alguna vez. Lo que varía es la periodicidad de los aludidos contactos. El 22% dijo haberse podido entrevistar telefónicamente con su defensor desde la unidad carcelaria.

El 41% dijo que por su situación procesal, firmarían o hubieran firmado (en el caso de los condenados que sufrieron prisión preventiva en su momento) cualquier tipo de juicio abreviado, a cambio de salir en libertad, o al menos de tener una condena cierta. El 36% lo suscribirían por las condiciones de seguridad a las que están sometidos dentro de la cárcel.

Finalmente los detenidos entrevistados manifestaron en un 86% que la detención les afectó sus relaciones familiares y un 63% en su integridad personal.

4.3.3 Entrevista a personal encargado de realizar los informes socio-ambientales a las personas sometidas a proceso penal

Se entrevistó al personal encargado de realizar los informes sociales del Servicio Social de la Defensa Pública.

La oficina de Servicio Social es un organismo que colabora en las funciones que debe realizar la defensa de oficio. Su intervención opera a pedido de defensores públicos, asesores de familia e incapaces o por derivación de otros órganos auxiliares de la defensa oficial.

Las intervenciones de la Oficina de Servicios Sociales tienden, en todos los casos, al fortalecimiento de la organización familiar, social y comunitaria, facilitando los procesos de comunicación socio-familiar.

Las entrevistas que realizan son de carácter individuales, familiares e institucionales. Las mismas las llevan a cabo en la sede del servicio o como actividad de campo. A su vez, efectúan labores de coordinación institucional, gestión de recursos, confeccionan informes sociales y de interacción familiar y asisten a audiencias.

Dentro de sus funciones están las de evaluar, informar y proponer medidas alternativas a la privación de libertad, suspensiones del juicio a prueba, eximiciones de pena de menores de edad, eximiciones de prisión, prisión domiciliaria, libertad condicional, salidas transitorias, trabajos extramuros, rebajas de penas e indultos y cualquier otra actuación tramitada en beneficio de un asistido de la defensa pública.

Con relación al tiempo que tardan en confeccionar un informe, estiman que el 80% de ellos se realizan entre las 24, 48 y 72 horas, mientras que los restantes pueden tardar alrededor de una semana como máximo. Son solicitados por la defensa pública en el 100% de los casos.

Las trabajadoras sociales que dependen del Servicio Social, aseguran que en el 100% de los casos, no lo

realizan únicamente con entrevistas al detenido, sino que además relevan la situación socio ambiental, la inserción social y laboral y todo lo que le permita elaborar un diagnóstico. Toda la información relevada es constatada mediante otras fuentes, tales como entrevistas y visitas a los domicilios aportados. Ello se realiza no sólo con el fin de constatar los dichos, sino para ampliar la información y despejar las dudas que pudieran surgir.

Todas las prácticas para su construcción se encuentran reglamentadas. Cuando la libertad del detenido es concedida o bien si la medida coercitiva es morigerada, la oficina interviene en las siguientes etapas procesales que hagan a la determinación judicial lograda.

Los miembros de la Oficina de Servicios Sociales, expresan que los informes realizados tienen incidencia sobre los planteos de prisión preventiva o su revisión.

Por decisión institucional, no se llevan estadísticas o registros sobre las condiciones socio económicas de las personas detenidas y explicaron que "Informe socio-ambiental" es una vieja denominación que ya no se utiliza. Hoy se lo denomina informe social. Aquella se refería a una evaluación en el domicilio más bien vinculada al control y a la observación directa. Tiene supuestos epistemológicos muy distintos. Para el informe socio-ambiental "lo que no se ve, no existe". Por esa razón lo importante era poder visualizar, vigilar y controlar la normalidad de la familia. Siempre se tenía que realizar una visita al domicilio, ya que había que controlar el hábitat para evitar el engaño. Hoy es otra la base de la intervención. Se trabaja sobre lo vincular, la construcción de subjetividades, de representaciones y esto es, en última instancia, lo que importa. Lo que las personas construyen como realidades y no exclusivamente la realidad que el personal de asistencia social pueda observar. Desde el punto de vista de la teoría del observador, un sujeto siempre modifica lo que ve y la objetividad no existe, menos en las relaciones sociales. Antes era una intervención puramente descriptiva desde los modelos "normales" que imponía la escala de valores vigente. El trabajador social evaluaba si el sujeto o su familia, se mantenían con los parámetros aceptables y si salía de allí requería ser normalizado.

En forma usual participan en las audiencias, en general, a pedido del defensor. Se asiste para ampliar un informe que ya fue agregado por escrito o bien se informa en la misma audiencia. En otras situaciones, los trabajadores sociales van a declarar directamente

sin que obre nada por escrito previamente. Explican las técnicas aplicadas y los resultados obtenidos, desde la teoría de las ciencias sociales y específicamente desde el trabajo social. No obstante, por pertenecer a la defensa pública los trabajadores sociales resultan ser bastantes cuestionados. El defensor muchas veces se ve obligado a explicar que, pese a la dependencia funcional, las asistentes sociales cumplen con las obligaciones inherentes a la ética profesional.

La finalidad de la asistencia es definida por el defensor luego de una reunión en la que, en forma conjunta, se analizan los datos con los que se puede contar para mejorar la posición del imputado.

4.4 Estadísticas

La provincia de Chubut realiza semestralmente mediante el Ministerio Público de la Defensa, un informe de situación de las personas privadas de libertad.

Al mes de mayo de 2011, había 385 personas privadas de libertad bajo la competencia de la Justicia Provincial. De acuerdo a esa última estadística, ello representa un índice de prisionización de 76 presos cada 100.000 habitantes⁷⁴.

Del total de personas detenidas en Chubut, tenían condena el 78,2% del total, el 20% estaba con prisión preventiva, el 0,5% se encontraban con tratamiento tutelar y 1,3% no se contaba con información. En la jurisdicción de Trelew los condenados representaban un 86,4% y los procesados un 13,6%.

En cuanto al delito imputado, el 93,5% de los presos de la Provincia de Chubut está vinculado a tres tipos de delitos: homicidio, abuso sexual y robo. El 45,5% a casos de homicidio, 27,5% a robos y 20,5% a abusos sexuales⁷⁵.

Delito	Porcentaje %
Homicidio ⁷⁶	45,5
Robo	27,5
Abuso Sexual	20,7
Otros	4,7

⁷⁴ Cálculo practicado sobre una población de 506.668 habitantes, datos tomados del Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2010 respecto a Chubut.

⁷⁵ www.juschubut.gov.ar

⁷⁶ En la jurisdicción de Trelew los homicidios representan un 44,8% de los casos.

5. Conclusiones del relevamiento en las cuatro jurisdicciones

Para observar el funcionamiento empírico de la prisión preventiva, hemos seleccionado 4 jurisdicciones que tuvieron un propósito determinado: analizar si tiene incidencia en la concepción sobre el uso de la medida cautelar más gravosa la forma en que se encuentra regulada en los códigos procesales penales.

Pese a las diferencias que existen podemos concluir que sólo en la provincia de Chubut se advirtió un cambio cualitativo y cuantitativo. Al mismo tiempo, también resultan llamativo los resultados que arrojaron las otras 3 jurisdicciones, pues pese a que se observan diferencias en la manera en que se toma la decisión, resolvieron los casos con fundamentos similares. Es decir: primaron los criterios sustancialistas o sustancialismo encubierto.

Las diferencia que existe entre el modelo Chubut con los otros ordenamientos procesales no es casual, sino que es el resultado de una cantidad de factores que se dieron en esa provincia que podemos afirmar que estamos en presencia de un cambio cultural.

En este sistema se presentan casi todas las cuestiones que fuimos desarrollando en el apartado 2 y todo indica que el camino correcto para cercar el uso del encarcelamiento es lo que está sucediendo en Chubut o por lo menos se debe partir de esa base.

Por un lado, quedó comprobado que Chubut logró invertir los porcentajes de presos preventivos con relación a los condenados. Actualmente esa provincia posee 20% de procesados y 78,2% de condenados, este es un dato revelador, empírico e irrefutable. También lo es la conflictividad que presenta la jurisdicción (el 45,5% a casos de homicidio, 27,5% a robos y 20,5% a abusos sexuales); no es menor y tiene delitos graves o conductas que en otras provincias hubiese implicado el dictado de la prisión preventiva. Esto es necesario aclararlo pues cuando se presentan los resultados de esa provincia se suele alegar que la realidad de Chubut en términos cualitativos y cuantitativos, no es trasladable a otras jurisdicciones. Esto es un claro argumento de resistencia a la reforma procesal penal encubierto, pues lo cuantitativo termina siendo proporcional con la cantidad de jueces, fiscales y defensores que posee cada jurisdicción y respecto a lo cualitativo los tipos de delitos que se comenten no difieren en nada de lo que sucede en el resto de las provincias.

Ahora bien ¿cuáles son las diferencias que se presentan en esa provincia que lograron reducir el uso de la prisión preventiva? Por un lado, una legislación que la regula como *ultima ratio* y posee un catálogo de medidas diferentes al

encierro⁷⁷ que no son utilizadas en la concepción tradicional de “alternativas a la prisión preventiva”.

Por otro lado, la oralidad para la toma de decisiones cobró un rol esencial y se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal demostrar, en base a los indicadores establecidos en el código procesal penal, si en el caso existe un riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación.

Al mismo tiempo, la discusión sobre la medida de coerción que corresponda imponer se realiza en forma inmediata a la detención. De esta manera, no existe un estado de “detención” por lo que la resolución de la situación procesal, en el caso que proceda una prisión preventiva, no se dilata en el tiempo. De esta manera, si el fiscal pretende que la persona transcurra el proceso en prisión, debe solicitar esa medida en la primera audiencia.

También se advierte como factor determinante, qué es lo que se discute en la audiencia de prisión preventiva. Por lo menos en la jurisdicción relevada de la Provincia de Chubut, es la defensa pública la que se encarga de llevar adelante la entrevista con el detenido, realiza un relevamiento de las condiciones personales del imputado, constata la información que brinda (por ejemplo vinculado a las condiciones de arraigo) y todo ello es presentado por el defensor en la audiencia. Esto permite que se produzca prueba sobre aquellos indicadores orientativos previstos en el código para evaluar la presencia de riesgos procesales.

Que la defensa a través de asistentes sociales sea la que recaba la información que será utilizada para evitar el encierro carcelario, implica un cambio cultural significativo, dado que se identificó que ese tipo de datos son los que fijan el objeto de discusión sobre la prisión preventiva y no los antecedentes penales, reincidencia o monto de pena.

Otro de los factores que generó un cambio en la concepción de su uso, es la revisión periódica, tal como quedó relevado en el caso transcripto. Ello demostró que aún cuando se imponga, se debe sostener en el tiempo su utilidad y, al mismo tiempo, la defensa puede ir variando los argumentos y pruebas a fin de lograr que su defendido transcurra el proceso penal en libertad.

Un dato que no podemos dejar de mencionar tiene relación con la premisa que planteamos en este trabajo en cuanto a que se debe erradicar de los códigos procesales penales cualquier criterio sustancialista. Del caso testigo relevado en Chubut, uno de los argumentos utilizados para resolver su imposición, fue la pena en expectativa del delito imputado y ello generó que la resolución en ese aspecto haya tenido rasgos sustancialistas, más allá que ese criterio fue corregido en las otras audiencias que se celebraron.

Esto último nos permite concluir que siempre que existan indicadores de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación vinculados con la pena en expectativa, la gravedad del delito, los antecedentes penales o la reincidencia, se corre el riesgo de que se aplique y se distorsione el fin cautelar de la medida.

Sin embargo, ese criterio parece (por lo menos en el relevamiento que hemos efectuado en la jurisdicción de Trelew) ser una excepción a la interpretación más restrictiva de la prisión preventiva. Por ello es que, como dijimos al concluir el apartado 2.2 el tiempo y el estudio de las jurisdicciones más avanzadas nos darán cuenta de cómo los operadores judiciales utilizaran aquellos pocos indicadores sustancialistas que aún persisten.

Frente a lo que sucede en Chubut, nos encontramos que las otras tres jurisdicciones la resuelven e interpretan de una manera completamente diferente. Y, como dijimos, llama la atención que pese a las diferencias normativas (por lo menos en la forma de sustanciar este instituto) terminan resolviendo -en mayor o menor medida- con los mismos parámetros y elementos probatorios.

Los datos relevados son preocupantes pues se advierte una uniformidad en los indicadores utilizados que demuestran una aplicación directa de los criterios sustancialistas o sustancialismo encubierto. Los indicadores objetivos vinculados, por ejemplo con el arraigo del imputado, fueron la excepción y, en la mayoría de los supuestos, utilizados en forma conjunta con criterios sustancialista.

Esta sorprendente unicidad de criterios para rechazar la libertad de la personas, por los antecedentes penales, el monto de pena, gravedad del delito y posibilidad de ser declarado reincidente, demuestra que estamos ante una cultura arraigada y enquistada que sólo podrá ser erradicada con la modificación de las normas y el fortalecimiento de la capacitación judicial.

Los resultados demostraron que los indicadores que se tienen en cuenta se presentan sobre presupuestos que no fueron probados en un juicio oral y con un claro componente de adelanto de pena.

Por otro lado, tan arraigada se encuentra la cultura del criterio sustancialista o encubierto que al entrevistar a los operadores judiciales sobre cuál era la prueba que se producía para resolver la prisión preventiva, la excarcelación o la sustitución de prisión, hicieron referencia a los antecedentes penales o (en el mejor de los casos) al informe elaborado para la determinación de la pena.

Además, un aspecto que no es menor y demuestra la vigencia de esta concepción, es que en las tres jurisdicciones hubo resoluciones en las que ni siquiera se hizo mención al peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Esto demuestra claramente que se sigue pensando al encarcelamiento como adelanto de pena.

Con lo cual, si a la cultura de la aplicación automática de la prisión preventiva se le suma que la prueba sobre las condiciones de arraigo del imputado son la excepción o solo se limita a la constatación policial del domicilio aportado, se presenta un escenario poco alentador para incentivar un cambio en las prácticas judiciales.

El último dato para destacar es que en las cuatro jurisdicciones se presenta un denominador común que nos demuestra la infamia que representa la institución. Al preguntarles a las personas privadas de la libertad, en esas jurisdicciones, si la prisión preventiva los condicionaba para firmar un juicio abreviado, todos respondieron afirmativamente pues les daría certeza de su situación procesal o por sentirse apremiados por la inseguridad dentro de las cárceles. Este dato, entendemos que es el más importante de todos los que hemos relevado. El encierro procesal genera una afectación directa en las personas que condicionan su libertad de elección y su posibilidad de armar una defensa eficaz. En ese contexto, opera como un factor de extorsión en aquellos sistemas en los que se prevé un acuerdo de juicio abreviado amplio, en donde en la mayoría de los casos se termina acordando una pena que muchas veces es similar al tiempo que estuvo detenido bajo esa modalidad. Sobre este aspecto, cabe preguntarse ¿qué sucedería, entonces, si se acuerda una pena menor al tiempo sufrido en prisión preventiva? ¿Cuál hubiese sido la pena si esa persona se encontraba transitando en libertad el proceso penal?

Los sistemas más modernos, regularon límites claros a la utilización del juicio abreviado con dos objetivos. El primero que no opere como elemento extorsivo frente a casos en los que la libertad de elección se encuentra condicionada por estar detenido preventivamente y, el segundo, para priorizar que las sentencias sean producto de un debate público. En ese esquema es que se suele regular distintos tipos de acuerdos abreviados. El primero, denominado acuerdo pleno, sólo opera para casos en donde la pena en expectativa sea inferior a tres años a los efectos de evitar, precisamente, esa herramienta como instrumento condicionante. El segundo, un acuerdo parcial, en el cual se da por probado el hecho y se discute en el juicio oral la calificación legal y la pena. Y por último, se establece la posibilidad de que las partes convengan ir al juicio oral resumiendo el plazo de la investigación.

Todo ello, además de la utilidad que puede tener en términos de habilitar a las partes distintas formas de acordar la manera en que llevarán adelante el proceso penal, son herramientas válidas que coadyuvan a evitar que la medida de coerción sea el condicionante de todo el proceso penal.

En conclusión, el relevamiento efectuado nos demuestra que existe la posibilidad de interpretar a la prisión preventiva de una manera diferente. La forma en que se encuentra regulada y la capacitación de los operadores judiciales son determinantes y necesarias para producir un cambio. Los

⁷⁷ Aquí vale reiterar que la provincia de Santa Fe, si bien posee un código moderno en muchos aspectos, se encuentra en un período de transición en donde, si bien se ha aplicado parte del nuevo código al sistema cautelar, no podemos hablar de un cambio de paradigma, hasta tanto no ponga en funcionamiento en su totalidad el nuevo código y las leyes orgánicas.

INECIP

resultados dan cuenta que la provincia de Chubut parece estar encaminada a considerar al encierro procesal como una medida cautelar excepcional y, sin utilizar la herramienta más violenta que tiene el Estado, se puede asegurar los fines del proceso a través de otros medios.

Sin embargo, previo a planificar cualquier instrumento teórico, legal o práctico lo más preocupante de este aspecto es que culturalmente no se opta por el medio menos lesivo cuando se debe decidir la aplicación de una cautelar. Parece que no hay conciencia de cuáles son las consecuencias de disponer que un ciudadano que tiene el derecho a transitar en libertad el proceso penal, sea puesto en prisión. La cárcel produce una severa afectación en la persona, deteriorándolo en un aspecto, físico, moral y social. El daño es irremediable y sólo una visión muy burocrática del proceso penal puede no advertir estas circunstancias.

IV. EXCURSUS: ENTREVISTAS CON LOS OPERADORES DEL SISTEMA JUDICIAL

1. Introducción

Hemos optado por realizar tres entrevistas a jueces de diferentes jurisdicciones donde se aplican códigos procesales penales adversariales, a los efectos de verificar si existe una concepción diferente al uso de la prisión preventiva.

En los tres sistemas su regulación se encuentra contemplada dentro de un catálogo de diversas medidas cautelares y la toma de decisiones se realiza en una audiencia oral.

Así, hemos entrevistado al Dr. Roberto Adrián Barrios (Juez Penal de la circunscripción judicial de Trelew, provincia del Chubut), al Dr. Guillermo Morosi (Juez de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y al Dr. Alberto Funes Palacios (Juez de Garantías de la Jurisdicción de Concordia, provincia de Entre Ríos).

2. Cuestionario

1) *¿Desde su visión como juez, cuál es el impacto que tuvo la oralidad en la toma de decisiones sobre la prisión preventiva?*

Juez Funes Palacios: El impacto de la oralidad en la prisión preventiva, en lo que hace a la jurisdicción de Concordia, fue altamente relevante, porque significó una mejor calidad en la toma de decisiones y la evolución en un proceso que tiene Entre Ríos en cuanto a la prisión preventiva. Esto es así porque la provincia vivió un proceso de cambio hacia el sistema de oralidad en la investigación penal preparatoria, pero contamos con el antecedente de haber tenido un sistema mixto con una importante influencia de la oralidad, pero no en la investigación penal preparatoria. En una etapa más antigua, la toma de decisiones respecto de la prisión preventiva no tenía mayores fundamentos, es decir, no se hacía gran argumentación respecto de los fundamentos por los cuales se pedía la prisión preventiva, convirtiéndose en algo de índole automático.

Juez Barrios: Tuve la experiencia de haber sido juez de instrucción en sistema mixto, con un sistema escriturario, desde noviembre de 2004 (fecha de jura y asunción del cargo) hasta noviembre de 2006, y desde entonces ser juez penal en un sistema acusatorio puro, de absoluta oralidad, incluso en la etapa de instrucción. Y la diferencia entre una y otra etapa es muy importante.

La innegable delegación de proyectos para la toma de decisiones del sistema escrito, incluso de aquellas referidas al instituto en cuestión, no solo quitaban calidad a la resolución, sino, y lo más importante, se prescindía muchas veces del contacto con las partes, en la sustanciación de las pretensiones de cada una de ellas, y a veces, del examen de *visu* del imputado. La oralidad no solo posee la bondad de poner a las partes en una oportunidad de *verse las caras* en la formalidad de la audiencia, sino que, desde mi experiencia, desde el punto de vista de la magistratura, las decisiones de prisión preventiva resultan más transparentes, y más fáciles de tomar. Si la fiscalía posee pocos elementos, o si los tiene y no funda bien el pedido, es inmediatamente atacado por la defensa, y la decisión jurisdiccional deviene más cómoda de tomar. Incluso las alternativas menos gravosas a la prisión preventiva, previstas en el procedimiento, son más aplicadas desde que impera la oralidad. Por otro lado, las partes (y los jueces también por cierto), van perfeccionando sus actuaciones en la audiencia, y eso repercute obviamente, en la justicia de la resolución.

Juez Morosi: El impacto fue absolutamente positivo.

¿Cuáles son las diferencias que Ud. evidenció en comparación con los sistemas escritos?

Juez Funes Palacios: En el sistema escrito, en un primer momento, no había mayores fundamentos. En Entre Ríos, con el antecedente del fallo "Martínez" del año 1996, y del fallo "Delfín-Borro" del 2005, el Superior Tribunal de la provincia sigue la doctrina actual. Es decir, ya antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal había un requerimiento muy importante de los jueces de instrucción de fundamentar

por forma escrita, y ya en el fallo “Delfín-Borro” se pide que a ello se añada la fundamentación del descarte de institutos morigeradores. Al llegar la oralidad, ya teníamos cierto ejercicio de la fundamentación, no obstante, aparecen las normas del Código Procesal que indican el camino para la fundamentación para estar parados en el daño jurídico.

Juez Barrios: Noté un cambio positivo en la información que a través de la prensa llega a la sociedad. La publicidad de la audiencia faculta a los periodistas a presenciarlas, y creo se entiende más que el técnico papel escrito que otrora debían interpretar y luego traducir en lenguaje/noticia para la comunidad.

Juez Morosi: Se acortaron notablemente los plazos para resolver, sobre todo cuestiones que en la lógica del sistema escrito o mixto tardaban meses o años.

2) ¿Qué impacto tiene para Ud. como juez que el imputado esté sentado en la audiencia y cuál es la diferencia que Ud. advierte, en este aspecto, con los sistemas escritos?

Juez Funes Palacios: El imputado ya deja de ser una persona que está informada por el abogado defensor respecto de lo que está sucediendo. Aquí tenemos una ardua preocupación por bajar a un lenguaje sencillo, llano, y explicarle al imputado las razones por las cuales se está aplicando la prisión preventiva, basándonos en los presupuestos del Código Procesal. Esto hace al verdadero derecho de defensa y al conocimiento del imputado -en casi su mismo lenguaje de acuerdo al estrato subcultural al cual pertenece- para que pueda entender que él es parte del proceso, y no que el proceso pasa por sobre él.

Juez Barrios: Como refiriera en el punto anterior, el examen de *visu* del imputado, como la sustanciación inmediata de las pretensiones de las partes, es el principal impacto de la oralidad que determina la toma de decisión. Quizá en este punto podría ampliar diciendo que el imputado, al escuchar de boca de la fiscalía, en forma oral tanto el hecho imputado, como las pruebas en su contra, y los fundamentos de los peligros procesales, puede defenderse mejor, al hacerlo en el momento y en forma inmediata, revirtiendo una resolución que acaso en el sistema escrito era más difícil de lograr.

Juez Morosi: El imputado era sólo la carátula del expediente hasta, en el mejor de los casos, la etapa del debate. Ahora habla, escucha, critica, llora, se ríe, piensa, observa, gesticula, tiene miedo de lo que pueda llegar a suceder (o no), tiene familia que lo está mirando mientras su situación se resuelve (y, por ende, a quien rendirle cuentas en forma directa), etc. La intermediación, sobre todo en este aspecto, es insustituible como representación del control republicano del acto, desde el momento que ahora el juez cuando decide tiene que mirar a los ojos al imputado y, eventualmente, a sus familiares (esposa, novia, madre, hijos), allegados y amigos. La publicidad de este acto de gobierno es casi tan importante como la del juicio, ya que están en juego los mismos derechos constitucionales que en aquella etapa.

En este aspecto, los sistemas escrito y mixto proporcionan al juez una “cómoda trinchera” –si se permite la metáfora desde la cual decidir; “cómoda” porque puede delegar el acto (estudio y resolución del caso) y sólo firmar el acta; “trinchera”, porque, además, no debe rendir cuentas cara a cara a ninguna de las personas que mencioné.

3) Según la legislación vigente en su jurisdicción se puede observar que uno de los cambios más importantes es que a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, el Código Procesal Penal regula parámetros con criterios procesalistas (peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación) con una nula o escasa referencia a indicadores sustancialistas (como adelanto de pena).

¿Cree Ud. que este tipo de regulación generó en los operadores del sistema una concepción más clara de cuál es la finalidad de la prisión preventiva?

¿Qué diferencias nota Ud. respecto a las legislaciones que regulan la aplicación de la prisión preventiva cuando la pena es de efectivo cumplimiento o establecen delitos inexcusables?

¿Cómo sería en estos casos la utilidad de la oralidad?

Juez Funes Palacios: Los operadores del sistema ya no piden la prisión preventiva con criterios exclusivamente materiales, sino solamente de índole procesal (entorpecimiento de la investigación y peligro de fuga). Si no tienen criterios serios para argumentar en este sentido, el Ministerio Público Fiscal sabe que no va a solicitar una prisión preventiva, porque sabe cuáles son las consecuencias para él.

En nuestra nueva normativa no existen delitos inexcusables, es decir, son todos excusables. Aún cuando la pena sea de efectivo cumplimiento, se debe hacer el análisis con las pautas legales que fija el Código y se tendrá que tener en cuenta de alguna manera el monto de la pena, la naturaleza del hecho, la actitud posterior que haya tenido, los motivos que tendrá para la acción delictiva, y algunos elementos de la personalidad moral, pero esencialmente éstos parámetros tienen que estar basados en el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.

La oralidad permite, como sistema de análisis y comprobación, que analicemos en primer lugar exclusivamente el punto, es decir, que las partes no se vayan por caminos inciertos inadecuados a lo que se está analizando. Permite que todos podamos conocer, incluso fiscal y defensa, cuáles son los elementos reales, concretos y simples por los cuales se solicita la prisión preventiva, y los elementos en los cuales se basó para determinar el entorpecimiento en la investigación y el peligro de fuga, porque sino el fiscal va a tener que recurrir a las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, las cuales incluso el juez de oficio las puede disponer, en el nuevo sistema. Sin embargo, el juez no puede disponer la prisión preventiva si no existe un pedido expreso del Ministerio Público Fiscal.

Juez Barrios: La prisión preventiva va recuperando la naturaleza cautelar que verdaderamente posee, siendo una medida realmente de excepción.

En el sistema escriturario, se instaló una fundamentación plantilla, despersonalizada y caracterizada por una invocación ritual basada (como principal argumento), en la pena en expectativa del delito enrostrado. Hoy día, los fiscales no pueden hacer esto sin esperar que su pretensión prospere. Vienen mejor preparados en las circunstancias concretas del caso, y esto es particularmente exigido por los jueces que toman la decisión.

A la tercera pregunta, la diferencia con esas legislaciones es que se resuelven más libertades. No tengo el dato estadístico concreto, pero lógicamente debe ser así.

Juez Morosi: Con 18 años de experiencia en el sistema escrito y luego en el mixto, sin temor a equivocarme creo que absolutamente todos los casos en que denegué la prisión preventiva en los que, de recaer condena en la causa que se ventilaba, la misma sería de cumplimiento efectivo, en Nación hubieran quedado presos hasta el mismo día del juicio.

Es fundamental, ya que en la audiencia de prisión preventiva se pueden ventilar todas las pruebas de cargo -en función de las cuales la fiscalía la solicita- y las de descargo. Es decir, y a modo de ejemplo, los policías que procedieron a la detención deben rendir cuenta ante las partes de lo que escribieron, explicar –como me pasó hace unas semanas- porque no se le recibió declaración testimonial a uno de los testigos de detención que –según se determinó en la audiencia- había sido a su vez testigo del hecho e incluso por qué en el acta de detención se omitió insertar su nombre y apellido, siendo que había firmado el acta. En mi fuero íntimo se creó la convicción de que el testigo era inventado, y así lo sugerí al resolver.

4) ¿Qué sucede si en una audiencia el fiscal plantea la procedencia de la prisión preventiva basada exclusivamente en el monto de pena y la gravedad de delito?

Juez Funes Palacios: La consecuencia lógica es que no es suficiente fundamentación para pedir la prisión preventiva. No se haría lugar por el monto de la pena, por más que sea un delito que se enfrente con una pena sumamente grave. No es suficiente si no existe fundamentación y prueba concreta de que existe posible entorpecimiento en la investigación y peligro de fuga. Igualmente, no se dan estos presupuestos. Si un juez de garantías hace lugar, su decisión se vería sujeta a la revisión por apelación ante la Sala, y ésta revocaría seguramente el criterio utilizado, porque no es un criterio ni normativa ni jurisprudencialmente aceptado.

Juez Barrios: Lo más probable es que no prospere.

Juez Morosi: Desde mi perspectiva, en la medida que no alegue y funde, además, el peligro de fuga y/o el entorpecimiento en la investigación, el argumento resultará insuficiente y su solicitud será denegada.

5) ¿Cuál es la dinámica y función del juez en la audiencia oral cuando se solicita la prisión preventiva?

¿Cuáles son las cuestiones que, como juez, le requiere al solicitante para un desarrollo adecuado de la audiencia?

Juez Funes Palacios: En primer lugar, tiene que haber un pedido realizado por el Ministerio Público Fiscal, el cual debe basarse en la acreditación de que tenemos a un imputado con elementos para sostener la participación punible, es decir, materialidad, autoría e incluso el establecimiento de que esa conducta no está justificada y que esa persona es responsable y que será pasible de pena. Es decir, el fiscal requiere ya en la primera cuestión una serie de elementos. Por otro lado, tendrá que analizar los elementos propios de las pautas legales. En cuanto a la calificación legal, allí sí podrá analizar el monto de la pena, la naturaleza del hecho, la actitud posterior, la personalidad y los presupuestos que hagan al peligro de fuga (el arraigo, la existencia de otras causas que impliquen que la persona no se va a someter al cumplimiento de los requerimientos del trámite procesal) y respecto del peligro del entorpecimiento, los indicadores que permitan pensar que la persona va a destruir o modificar prueba e intimidar a testigos o peritos que intervengan en la causa.

Juez Barrios: El juez abre la audiencia, presentando a las partes, al imputado e incluso en algunas también concurre la víctima. En caso de audiencias de control de detención y prisión preventiva, obviamente se le da la palabra en primera instancia a la fiscalía, luego se le da vista a la defensa, luego replica de la fiscalía, y finalmente la contrarréplica a la defensa. Antes de resolver, pregunta al imputado si quiere agregar o decir algo, eventualmente a la víctima y el juez pasa resolver. En el transcurso de esta modalidad el juez resuelve las posibles oposiciones que puedan existir.

En lo personal, se deja en claro que la dirección de la audiencia es mi responsabilidad, haciendo respetar dicha función. Se solicita a las partes que no interrumpan a la parte que tiene la palabra, que la contraparte en lo posible, responda a las peticiones de la contraria en el orden que esta las solicito, en honor a guardar tanto el orden de la audiencia, como la correcta resolución que se ha de tomar.

Juez Morosi: En general, similares a las del juicio. Efectuar una introducción con palabras lisas y llanas para el imputado, de porqué se encuentra allí, de sus facultades y deberes. No obstante ello, considero que el juez puede y debe preguntar a los testigos cuando encuentre que sus dichos son insuficientes, poco claros, contradictorios o tendenciosos en contra del imputado, lo que en general sucede con los policías que lo detuvieron y con las víctimas.

Las cuestiones que se requieren son que se expliciten, fundamenten y ventilen las pruebas que indiquen cualquiera de los dos motivos legalmente válidos –arriba mencionados- para fundar la prisión preventiva.

6) *¿Cuáles son los indicadores utilizados para determinar la existencia de un riesgo de fuga y cuáles para el entorpecimiento de la investigación?*

¿Qué elementos probatorios introducen las partes para la solicitud y/o rechazo del dictado de una prisión preventiva?

¿En la dinámica propia de la audiencia, evidenció casos en los cuales se suspendió la audiencia para acreditar alguna circunstancia en particular?

Juez Funes Palacios: Los indicadores en este sentido son: respecto del peligro de fuga, que la persona no tenga arraigo en la localidad, la actitud posterior y la naturaleza del hecho. Si por ejemplo la persona cometió un homicidio, y su conducta es amedrentamiento a los testigos que estuvieron en el lugar, allí si observaremos que se está entorpeciendo la investigación. Asimismo, los otros indicadores que se comienzan a observar son el asiento de su familia, el de sus negocios y la facilidad de abandonar su domicilio. Se tuvieron en cuenta personas no domiciliadas en el país. En algunos casos, se permitió la aplicación de institutos morigeradores, a través de cauciones, entre otros. Para poder dirimirlo, el fiscal o defensa tendrán que plantear tales institutos e ir descartándolos, de forma que se habilite el dictado de la prisión preventiva.

Las partes, para justificar este tipo de cuestiones, alegan los antecedentes de la persona, las entrevistas con diferentes testigos (si fueron amenazadas), las denuncias de algún testigo, informes socio-ambientales, filmaciones realizadas por los fiscales. Es decir, está abierto a cualquier medio de prueba. Siempre que hablamos de peligro de fuga, observamos la constitución de domicilio que tenga la persona. Recientemente, sucedió que un fiscal mostró que una persona había constituido distintos domicilios en diferentes causas, lo cual indicaba que esa persona podía llegar a eludir la acción de la justicia, ya que incluso muchos de esos domicilios eran inexistentes.

Sí, pero fueron muy pocos casos. Ello pasó apenas comenzamos a desarrollar el nuevo sistema, e incluso las mismas partes lo solicitaban. Está dada la dinámica hacia un sistema de partes, en donde el juez no pide elementos de prueba, si no que son las partes las que fundamentan respecto de las pruebas. Las partes deben saber que ello le debe alcanzar para fundamentar. Por ejemplo, sucedió que se

suspenda para que se cite a un testigo, pero solo respecto al punto en particular.

Juez Barrios: Tanto los fiscales invocan, como los jueces tienen en cuenta, los parámetros dados en la ley (artículo 221 y 222 del Código Procesal Penal de Chubut), pero circunscrito al caso en concreto. Al menos en la circunscripción judicial de Trelew (la provincia tiene cinco), la pena en expectativa no basta para fundar fuga: arraigo, trabajo, familia, etcétera, son circunstancias que se prueban y evalúan para decidir.

Las partes introducen los antecedentes que pudieran hacerse, obtenidos en la etapa de investigación preparatoria: la fiscalía, entrevistas a testigos, antecedentes del encartado de rebeldías o fugas en causas anteriores, incumplimientos de medidas sustitutivas otorgadas, etc. La defensa suele traer también entrevistas, informes socio ambientales, constancias de trabajo o arraigo, etc. También, al solo efecto de resolver la medida cautelar, se suele abrir a prueba, y la misma se produce inmediatamente (es decir en el momento), ante el juez que debe resolver.

Como dijera en el párrafo anterior, los elementos invocados por las partes pueden ser producidos en prueba para mejor resolver.

Deseo agregar que antes de evaluar los peligros procesales, la fiscalía debe enumerar los elementos que posee en su legajo de investigación, que vincula a la persona con el delito que ha de investigar. Si de alguna manera no lo demuestra, o los elementos son insuficientes, la probanza de peligro procesal no se realiza.

Juez Morosi: Los artículos 170 y 171 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires detallan con precisión todo lo referente a qué debe entenderse por riesgo de fuga y de entorpecimiento del proceso, respectivamente⁷⁸; en líneas generales –salvando las referencias a la peligrosidad del imputado, entendida como culpabilidad de autor, los comparto.

Como elementos probatorios, El fiscal toma, casi siempre, los que surgen del sumario policial. La defensa toma de ahí los que le pueden llegar a servir, y agrega otros como testigos de concepto, testigos que declaren que el encartado constituirá domicilio en su casa, trabajadores sociales que

hablen de su historia de vida y su realidad, psiquiátricas, en los casos de toxico dependencias, etcétera.

Hay casos de suspensión de la audiencia, por ejemplo, para acreditar un domicilio que el imputado aportó en el mismo momento de la audiencia.

7) Ante la solicitud de la prisión preventiva por parte del Ministerio Público Fiscal ¿Ud. le requiere que precise el plazo de duración de la medida o es planteado por la defensa?

¿Cuáles son los argumentos utilizados al respecto?

Juez Funes Palacios: Las tres cosas. Las prisiones preventivas en Entre Ríos, desde que empezó el nuevo sistema, están fijadas con plazo, el cual depende de las características de la causa, y la dinámica de la fiscalía en cuanto al proceso investigador. La defensa hace el contrapeso, quizás muchas veces no cuestiona la prisión preventiva pero sí su plazo. Una suposición sería que el fiscal pida prisión preventiva para asegurar prueba mientras que él la tome, evitando así la injerencia de la persona imputada. Ello implica que la prisión preventiva está acotada solamente a la recolección de esa prueba. Ha sucedido el dictado de prisión preventiva por quince días o dos meses. En otros casos, fueron más largas porque se buscaba la comparencia al juicio. Siempre en Entre Ríos la prisión preventiva no causa estado, en ninguna situación. Es decir, es una cuestión absolutamente revisable por el juez de garantías. Cuando se vence el plazo, se fija una audiencia a fin de revisar si existirían nuevas argumentaciones para mantenerla. Las partes pueden tomar 2 opciones: no asistir a la audiencia, lo cual genera que la persona obtenga inmediatamente la libertad, o concurrir para solicitar una prórroga de la prisión preventiva, para lo cual tendrá que esgrimir nuevos argumentos.

Respecto de los argumentos utilizados al respecto, lo normal es que sean pruebas que haya recolectado el fiscal, mientras que lo anormal es que en los casos de prórroga haya un agravamiento de la situación. Lo más normal es que se revoquen y se dispongan medidas sustitutivas.

Juez Barrios: El pedido de la fiscalía viene siempre acompañado del plazo que estima la medida debe durar. Si la causal invocada es solo entorpecimiento, el plazo que suele otorgarse es muy inferior al caso en que el peligro invocado sea fuga, que puede durar hasta el plazo máximo que posee el fiscal para culminar su investigación, que es de seis meses. Es muy común que al dictar una prisión preventiva (se ha dictado prisión preventiva de 24 horas o menos), se designe en la misma resolución, una audiencia de control que realiza el mismo juez, para controlar que la medida pendiente se haya realizado, o si existe algún nuevo elemento que deba evaluarse para mantener o no la coerción.

Juez Morosi: Si la defensa no lo plantea lo pregunto. La excepcionalidad de esa medida cautelar, el bien jurídico que afecta, referido a una persona inocente y el hecho de que la finalidad de la prisión preventiva es, justamente, asegurar la

comparencia del imputado hasta que finalice el proceso.

8) ¿Qué utilidad tuvo la regulación de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?

¿Cree Ud. que este tipo de regulación mejoró la comprensión de considerar al encierro cautelar como ultima ratio?

Juez Funes Palacios: Ello tiene una doble lectura. Por un lado, significó dar un asiento muy importante en el principio de inocencia que establece el Código, en el sentido de que la persona se mantiene en libertad, de manera que por ejemplo siga trabajando, e implica un ejercicio creativo por parte del juez, dado la amplitud en que se regularon estos institutos. A su vez, permite asegurar lo que el Código establece respecto de la protección de las víctimas. En este sentido, la batería de medidas hasta aquí viene dando un resultado importante.

Por otro lado, significan una expansión del control social, por ello hay que ser muy pertinentes en la aplicación de estas medidas. Si no hay pertinencia, podemos llegar a una situación enfermiza similar a lo que sucedía anteriormente con la prisión preventiva. Deben ser pertinentes respecto de lo que el Ministerio Público quiere proteger al momento de pedirlos. Siempre se debe estar en línea con el esclarecimiento de la verdad y la protección de las víctimas.

En cuanto a los operadores, fundamentalmente del Ministerio Público Fiscal, siempre hay resabios inquisitivos. Es difícil en cuanto a los operadores policiales. Hace pocos días, con una persona en prisión domiciliaria, al funcionario que hace una custodia de la persona en esas condiciones le costó entender que esa persona no está presa. Hasta aquí hubo pocas revocaciones de estas medidas. En cuanto a los destinatarios de las medidas, la comprensión pública fue muy importante. Lo que sucede es que algunos operadores están influenciados por la publicidad que realizan los medios masivos de comunicación, que reflejan que la única solución es el encierro. Para dar algunos números, en dos años hemos tenido alrededor de 14.000 legajos fiscales iniciados, mientras que al juzgado de garantías llegaron 2.600. En cuanto a los detenidos, hubo 353, mientras que en la actualidad tenemos 6 detenidos a nuestra disposición. Respecto de los presos preventivos, actualmente hay 125, y de 150 a 160 medidas de coerción. Es un régimen de mayor libertad, pero hay que tener cuidado con las medidas cuando implican expansión de control.

Juez Barrios: A mi criterio, tuvieron mucha utilidad. Los mismos fiscales con muy cautos en pedir una prisión preventiva sin fundar en porque no pide una medida menos gravosa. De hecho, suelen ellos mismos pedir esa alternativa antes que la detención. Los presupuestos para dictarlas son los mismos que para la prisión preventiva. Sin dudas mejoró la comprensión de considerar al encierro como *ultima ratio*.

Juez Morosi: Mucha y muy positiva. Por supuesto.

⁷⁸ El art. 170 establece lo siguiente: "Peligro de fuga. "Se entenderá que existe peligro de fuga cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, los antecedentes y circunstancias personales del/la imputado/a permitan sospechar fundadamente que intentará substraerse a las obligaciones procesales. Se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias: Arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajos y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto/a. La falsedad o la falta de información al respecto constituirá presunción de fuga. La magnitud de la pena que podría llegarse a imponer en el caso. Se tendrá en cuenta especialmente la escala penal correspondiente al delito o concurso de delitos atribuidos que tuviese una pena máxima superior a los ocho (8) años de privación de libertad y se estimase fundadamente que en caso de condena no procedería la condena condicional. El comportamiento del/la imputado/a durante el proceso, o en otro proceso, en la medida que indique su voluntad de no someterse a la persecución penal." A su vez, el art.171 dice así: "Riesgo de entorpecimiento del proceso. Se entenderá que existe riesgo de entorpecimiento del proceso cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, las características personales del/la imputado/a y el, estado de la pesquisa, permitan sospechar fundadamente que la libertad del/la encausado/a pondrá en peligro la recolección de elementos probatorios, individualización y/o aprehensión de otros/as imputados/as o el normal desenvolvimiento del proceso."

9) *Según su experiencia, ante la existencia de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva ¿los fiscales realizan un examen durante la audiencia de las razones por las que descartan esas medidas o ello es a pedido de la defensa?*

Juez Funes Palacios: La norma general es que los fiscales tienen que argumentar por qué no están de acuerdo con la medida sustitutiva. Si la defensa replica con una medida alternativa, habrá que darle la palabra al fiscal para que argumente por qué no está de acuerdo con esa medida.

Juez Barrios: Creo que los fiscales lo evalúan antes de entrar a la audiencia, ya que si estiman que una medida alternativa es suficiente para cautelar el peligro procesal, no piden prisiones preventivas.

Juez Morosi: En los últimos tiempos (desde hace aproximadamente un año) se evidenció esa tendencia. Hasta entonces, salvo contadas excepciones, no.

¿Cómo actúa Ud. si la defensa sólo se limita a cuestionar la improcedencia de la prisión preventiva sin proponer medidas alternativas?

Juez Funes Palacios: Lo normal es que propongan. Habrá que ver qué es lo que la defensa cuestiona. Si es respecto de la suficiencia de la base fáctica para determinar que es un autor punible, allí estaremos frente a un panorama más grave. Si es con relación a los presupuestos, se abre el análisis para el juez.

Juez Barrios: La ley faculta a los jueces estimar su procedencia aun sin que la defensa lo pida. Y así lo hago.

Juez Morosi: Si entiendo que resultan procedentes, yo las introduzco en la audiencia.

10) *Si como resultado de la audiencia se establece disponer la libertad del imputado sin que se haya discutido la posibilidad de fijar alguna regla de seguimiento. ¿Ud. advierte a las partes de ello o es entendido como una libertad sin ninguna cláusula compromisoria?*

Juez Funes Palacios: Como el juez puede dictarlas de oficio, en base a las argumentaciones de las partes y de lo ocurrido en la audiencia, si el juez dispone la libertad también se disponen medidas de protección de testigos. Normalmente no se advierte a las partes. Toda libertad es concedida bajo caución juratoria, manteniendo domicilio, permaneciendo a disposición del tribunal, y absteniéndose de realizar actos que sean perturbadores a la investigación. El Código establece que toda libertad se otorga bajo estos puntos, por lo cual ya en términos generales se está protegiendo, salvo que se quieran dar normas específicas, como alejarlo de ciertos testigos. Nos pasó que el imputado suba al colectivo y se encuentre con las víctimas, por lo cual les comenzamos a aclarar a los imputados que ello consiste en un deber de abstención, es decir, es su deber retirarse y alejarse de las víctimas.

Juez Barrios: Toda medida de coerción, aun la de control, debe ser dispuesta a pedido del Ministerio Público. Si no se pide, no se otorga, y no se advierte. Por ello, los fiscales suelen pedir, a mi criterio con buen tino, la prisión preventiva, y subsidiariamente, alguna medida sustitutiva (en nuestro código de procedimientos, del artículo 227), como por ejemplo, firmar un libro de asistencia determinados días por semana. Con estos límites, resuelve el juez que puede hacer lugar a la prisión preventiva, o a la medida sustitutiva, o incluso a la libertad sin controles, por no considerarlas necesarias. En la resolución funda el porqué de la decisión.

Juez Morosi: Advierto a las partes, pues la experiencia indica que la mayoría de las veces la cuestión se les pasó por alto. Además, la defensa jamás cuestionó que el imputado fije residencia y se comprometa a comparecer ante cualquier llamado jurisdiccional, siendo esas dos reglas de conductas las que generalmente terminan siendo acordadas en los casos en que nada se había dicho al respecto.

11) *El plazo de la revisión periódica de la prisión preventiva ¿se fija según los términos legales o en la misma audiencia se establece un plazo judicial?*

Juez Funes Palacios: La determinación del plazo de la prisión preventiva en la misma audiencia es excepcional, ya que ello está fijado en el Código. La provincia de Entre Ríos tiene un plazo máximo, dado por las prórrogas de investigación penal, de 1 año y 6 meses. No se fijan prisiones preventivas tan extensas. Tampoco tuvimos en la faz práctica, en los casos excepcionales que son a contra parte de una sentencia firme. En casos extremos, graves, el debate nunca llevó más allá del año. El Código establece que la revisión se puede hacer a pedido de parte, o cuando vence el plazo. En un fallo reciente, el Superior Tribunal de Justicia estableció que no se entiende que sea sentencia definitiva como para poder recurrir por vía de casación, porque la prisión preventiva es siempre una cuestión revisable si aparecen elementos serios que indican que no tiene sentido.

Juez Barrios: Como dijera anteriormente, el mismo juez puede fijar audiencias de controles cuando lo estime necesario. La ley obliga a un control obligatorio de la prisión preventiva a los seis meses de haberla dispuesto, y el imputado y su defensa puede también, en cualquier momento solicitar la revisión de la resolución que la dispone, por dos jueces distintos de aquel que la resolvió. Esta audiencia de revisión (a modo de apelación o impugnación) se hace en audiencia que se lleva a cabo a no más de 24 horas de haberla solicitado y se resuelve inmediatamente.

Juez Morosi: Como siempre la concedo con plazo cierto, se revisa con la periodicidad que aquel lapso imponga, salvo que antes de que venza el plazo la defensa solicite la revisión de lo decidido en función de nuevas pruebas que reviertan las que fundaron el dictado de la cautelar.

En este caso, ¿qué es lo que se discute en esa nueva audiencia?

Juez Funes Palacios: Se discuten los nuevos argumentos que va a juntar la parte, quien argumenta bajo qué fundamentos está pidiendo una revisión, la prisión preventiva, o bien una prórroga. El juez se entera en esa misma audiencia tanto del pedido como de lo que responderá la otra parte. Acordado por el Superior Tribunal de Justicia, los jueces deben fundar sus resoluciones de forma oral. Es decir, no se puede recurrir a documentación del pedido de audiencia, sino a lo que se presente en la audiencia. Ello hace a la preservación de la imparcialidad del juez, que se propicia conservar.

Juez Barrios: Fundamentos de la resolución, o falta de ellos. El objeto de revisión es la decisión judicial.

Juez Morosi: En primer lugar, porque la fiscalía no elevó la causa a juicio; en segundo término y en la medida que las razones brindadas por el Ministerio Público Fiscal sean plausibles, si varió o desapareció alguno de los motivos que fundaron el dictado de la prisión preventiva.

12) *¿Qué utilidad ve Ud. en la creación de una oficina que se encargue de recabar y chequear, al momento de la detención, toda la información socio-ambiental y condiciones personales del imputado para acercarse a las partes?*

Juez Funes Palacios: Es relevante porque es información fidedigna para la toma de decisiones. Si esa información proviene de operadores dedicados exclusivamente a la toma de esa información para poder decidir, para el juez le es importante. No será lo determinante, pero sí servirá para tomar con la mayor seriedad posible la tarea del juez.

Juez Barrios: Me parecería muy útil, pero no sé de quién dependería. Creo que lo correcto sería que dependa del Ministerio Público Fiscal, que en definitiva es la que necesita información de la mejor calidad para poder requerir lo que corresponda en el caso. En Trelew estos informes suelen ser traídos por los defensores oficiales, y son confeccionados por funcionarios que dependen de la misma defensa oficial. Sin embargo, creo prudente que esto sea producido para los fiscales, y que los defensores puedan controlarlo, e incluso contrarrestar sus conclusiones.

Juez Morosi: En principio creo que sería útil, pero debería brindarse a la fiscalía y a la defensa (sobre todo a esta última) la posibilidad de ofrecer un perito de parte.

En su caso ¿Cómo vería Ud. que esta misma oficina sea la encargada de controlar las medidas alternativas a la prisión preventiva?

Juez Funes Palacios: También. En nuestra jurisdicción, el control está en manos del Ministerio Público en varios aspectos. Ayudaría a la persona a la mejor comprensión de la medida, ya que tenemos personas que se dedican exclusivamente al control de estas medidas, muchas veces dictadas con creatividad, propiciando articular que esa persona no pierda la libertad. Esto no lo veo como un control, sino

también como colaboración para que las personas puedan cumplir con las medidas.

Juez Barrios: Lo vería como una buena decisión de optimización de recursos.

Juez Morosi: Teniendo en cuenta que la jurisdicción dispone de un Patronato de Liberados –en el marco del Consejo de la Magistratura- y de una oficina de Seguimiento en materia de Ejecución Penal –que depende de la Cámara de Apelaciones-, considero que no tendría sentido.

¿Piensa Ud. que este tipo de mecanismo alentaría en otras jurisdicciones o en la suya a una mayor aplicación de medidas cautelares menos gravosas?

Juez Funes Palacios: Es un importante incentivo para los operadores, ya que también sirve para el descubrimiento de uno mismo. En nuestro caso, no nos habíamos dado cuenta que podíamos aplicarlos, porque estábamos tan cegados con algo tan automático (que era la prisión preventiva), que nos olvidábamos de algo muy importante, la víctima.

Juez Barrios: Sí, siempre y cuando dependa de alguno de los Ministerios Públicos, preferentemente del fiscal. Lo que sí creo es que no puede depender de los jueces, que no deben de modo alguno producir prueba. Esta información debe ser traída por las partes.

Juez Morosi: Creo que sí. Pero, además, personalmente advierto que debería capacitarse a los operadores judiciales, sobre todo a los jueces, que son los que en definitiva deciden, sobre cuestiones criminológicas y de sociología del delito en general, imprescindibles para poder decodificar lo que ven y escuchan respecto del imputado.

La mayoría de los causantes de estas audiencias pertenecen a una generación caracterizada por (o fruto de) la ausencia del Estado, o mejor dicho, la desaparición del denominado “estado proveedor” (*welfare state*) en materia de salud, educación, trabajo, etcétera, esta etapa se inició hace dos décadas y se acentuó en los últimos años. Un trabajador social puede explicar que el imputado sea joven, que no haya terminado la escuela, que no tenga trabajo, que no haya conocido a su padre, que sus hermanos estén presos y que su madre trabaje todo el día, pero del mismo modo que el juez debe conocer sobre capacidad de culpabilidad penal para poder entender a un médico forense que habla del psico-diagnóstico que le hizo, debería capacitarse en aquellos otros temas que le permitan entender el significado y el alcance de toda la información que le brinde la oficina que se sugiere crear.

3. Conclusiones de las entrevistas a operadores judiciales

Como se observa, la concepción y los beneficios que se obtienen con un modelo procesal que toma las decisiones a través de la oralidad son absolutamente diferentes a lo que sucede en los procedimientos escritos.

Existe un reconocimiento generalizado que las audiencias orales implicaron un cambio radical del sistema, generaron mayor transparencia y permitieron un adecuado ejercicio de la contradicción. Al mismo tiempo, también se reconoció que a través de ese principio se humanizó el proceso penal.

También generó una mayor comprensión por parte del imputado sobre lo que se resuelve. A su vez, los jueces reconocieron la importancia de tomar las decisiones de cara al imputado y a la sociedad, asimilando el sistema escrito a una trinchera. Se remarcó la diferencia que existe en términos de calidad de la decisión entre uno y otro modelo, siendo que el sistema escrito permitía la utilización de planchas y la delegación de funciones.

Por otro lado, en referencia a los criterios sustancialistas vs. criterios procesalistas, resulta importante el reconocimiento por parte de los jueces que la regulación de éste último en el código procesal penal, permitió concebir a la prisión preventiva como una verdadera medida cautelar. También remarcaron que bajo los parámetros del criterio sustancialistas, el encierro operaba en forma automática por el monto de pena en expectativa.

El cambio cultural se evidencia cuando los jueces respondieron que el pedido de prisión preventiva basado en el monto de pena y gravedad del delito, carecía de fundamentación, al considerar que con esos indicadores no se hacía referencia a los peligros de fuga o entorpecimiento.

A su vez, se advierte un rol activo de los jueces en las audiencias que se discute la imposición de una medida cautelar, exigiendo al requirente que funde los peligros procesales y que no se limite a mencionarlos.

Con relación a la información que se produce en la audiencia, también queda claro que no se reduce a los antecedentes penales. Por el contrario, se exige que se acrediten –por diferentes medios probatorios- los indicadores objetivos y orientativos establecidos en los códigos procesales para probar la presencia o ausencia de los riesgos. Al mismo tiempo, los jueces coincidieron en la necesidad que el fiscal explique el plazo de duración de la medida.

Coincidieron en remarcar la importancia de las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva ya que son utilizadas por los fiscales como una primera opción. También afirmaron que son los mismos jueces los que introducen la discusión de la aplicación de otros medios cuando la defensa sólo se limita a rechazarla. Esto significa un cambio sumamente importante en el rol que le corresponde a un juez de garantías.

Por otra parte, quedó clara la importancia que trae aparejado las audiencias de control (ya sea por un plazo legal o judicial) a los efectos de sostener la viabilidad de la medida. Ello implica, además, supervisar en forma exhaustiva la actividad que el Ministerio Público Fiscal desarrolló durante ese plazo.

En definitiva, las respuestas que brindaron estos jueces nos permiten advertir la presencia de una concepción diferente de la finalidad de la prisión preventiva. Si bien no dejamos de reconocer que en los sistemas mixtos o acusatorios de primera generación de reforma, existen muchos jueces que comparten esta visión, lo cierto es que son una minoría y la suerte de su uso racional y limitado dependerá si les toca intervenir en esa causa.

Por el contrario, la regla es la visión contraria. La pregunta que debemos hacernos es ¿cómo hubiesen contestado estas preguntas aquellos operadores que aplican la prisión preventiva de manera automática? Esperemos que a través de este *excursus* se genere conciencia de que existe una manera diferente de concebir y aplicarla y, para aquellos jueces que en su soledad o con votos minoritarios día a día pretenden sostener un uso limitado de éste instituto, sepan que algo diferente está sucediendo en otras jurisdicciones.



V. BUENAS PRÁCTICAS EN EL SISTEMA LATINOAMERICANO

1. Introducción

A los fines de esta investigación realizamos un relevamiento de los códigos procesales de América Latina, centran-do el análisis en dos cuestiones. Por un lado, determinar si en aquéllos existe la posibilidad de dictar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y cuál fue la técnica legislativa utilizada en cada país. Por el otro, establecer si se instauraron oficinas administrativas que generen información al momento de la detención de modo que las partes cuenten con los elementos necesarios para discutir la imposición de alguna de ellas.

Esta no es una mera cuestión dogmática sino que puede resultar fundamental a la hora de estudiar cuál es el verdadero papel que juega el encarcelamiento procesal en el marco de un Estado de Derecho.

2. Situación actual en América Latina

Con la finalidad de racionalizar la aplicación de la prisión preventiva, la generalidad de los países estipularon en sus legislaciones un listado de medidas cautelares diferentes a ella⁷⁹, a partir de la puesta en funcionamiento de sistemas acusatorios.

Para facilitar la tarea del lector, hemos optado por presentar la información de dos maneras diferentes. En primer término, los datos relevados serán expuestos en una tabla⁸⁰ que permitirá realizar una rápida comparación entre la legislación de los distintos países. En segundo lugar, hemos transcripto las normas concretas en las que se hace mención a las medidas cautelares.

2.1 Regulación de las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva

País	Arresto Domiciliario	Presentación periódica ante autoridad	Arraigo nacional o local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
Bolivia	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación
Brasil*	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación - Suspensión en ejercicio de función pública - Monitoreo electrónico

⁷⁹ Salvo Uruguay y Haití, que son los únicos dos estados de la región cuya legislación no prevé medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva.

⁸⁰ Aquí tomamos como base la tabla publicada en: RIEGO, Cristian y DUCE, Mauricio: "Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas", CEJA, 2009, p. 37-38.

País	Arresto Domiciliario	Presentación periódica ante autoridad	Arraigo nacional o local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
Chile	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Prohibición de acercarse al ofendido
Colombia	X	X	X	X	X	- Vigilancia electrónica - Vigilancia por autoridad - Obligación de observar buena conducta familiar. - Prohibición de comunicación
Costa Rica	X	X	X	X	X	- Abandono de domicilio por violencia intrafamiliar - Suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario. - Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Prohibición de acercarse al ofendido
Cuba	X	X			X	
Ecuador	X	X	X	X	X	- Prohibición de acercarse al ofendido - Vigilancia por autoridad - Suspensión en las funciones que desempeña - Abandono de domicilio - Prohibición de realizar actos de persecución
El Salvador	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación
Guatemala	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación
Honduras	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación - Vigilancia por autoridad - Suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario
México*		X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio
Nicaragua	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio por violencia intrafamiliar - Prohibición de despedir o de cualquier otra represalia en contra del denunciante de un delito de acoso sexual. - Suspensión del ejercicio del cargo cuando el delito haya significado abuso de este.

País	Arresto Domiciliario	Presentación periódica ante autoridad	Arraigo nacional o local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
Panamá	X	X		X	X	- Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio - Suspensión del ejercicio del cargo - Monitoreo electrónico - Inhabilitación
Paraguay	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación
Perú	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Suspensión preventiva de derechos
Puerto Rico					X	- Monitoreo electrónico - Vigilancia por autoridad - Prohibición de acercarse al ofendido - No poseer armas de fuego - No consumir bebidas alcohólicas
República Dominicana	X	X	X		X	- Vigilancia por autoridad - Monitoreo electrónico
Venezuela*	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio por violencia intrafamiliar

* Son estados federales, lo cual complejiza el abordaje normativo en materia procesal penal, en virtud de la organización territorial que disponen. En tales países coexisten tipos de estructuras de gobierno muy heterogéneas, en consecuencia, hemos escogido abordar únicamente el panorama que se presenta en su ámbito federal de administración de justicia.

2.2 Normas procesales penales en las que se prevén las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva

Bolivia

Artículo 240. Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva. Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:

1. La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.

Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en

situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral;

2. Obligación de presentarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que se designe;

3. Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, sin su autorización, ordenando el arraigo a las autoridades competentes;

4. Prohibición de concurrir a determinados lugares;

5. Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte su derecho de defensa; y

6. Fianza juratoria, personal o económica. La fianza económica podrá ser prestada por el imputado o por

otra persona mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca.

Al resolver la aplicación de las medidas enumeradas anteriormente, el juez o tribunal determinará las condiciones y reglas que deberá cumplir el imputado, con la expresa advertencia de que la comisión de un nuevo delito o el incumplimiento de las reglas impuestas, dará lugar a la revocatoria de la medida y su sustitución por otra más grave, incluso la detención preventiva citando esta sea procedente, pudiendo la víctima hacer uso de la palabra.

Brasil

CAPÍTULO IV. Del arresto domiciliario.

Artículo 317: “La prisión domiciliaria consiste en la recolección del imputado o acusado en su residencia, que sólo puede ausentarse con autorización judicial.

Artículo 318: “El juez puede sustituir la prisión preventiva por la domiciliaria cuando el agente es el siguiente:

- I. mayor de 80 (ochenta) años;
- II. muy débil a causa de una enfermedad grave;
- III. imprescindible para el cuidado especial de los menores de 6 (seis) años de edad o discapacitados;
- IV. las mujeres embarazadas a partir del séptimo mes de embarazo o de alto riesgo”.

Párrafo único. Para reemplazarlo, el juez requerirá evidencia adecuada de los requisitos de este artículo.

Artículo 319. Otras Medidas Cautelares

Las medidas cautelares diferentes de la prisión son:

1. La asistencia regular en el tribunal, a tiempo y bajo las condiciones impuestas por el juez para informar de las actividades y su alcance;
2. La prohibición de acceso o frecuencia a ciertos lugares cuando, por razones relacionadas con el hecho, el acusado o los acusados deban permanecer alejados de estas áreas para evitar el riesgo de nuevos delitos;
3. La prohibición de mantener contacto con una persona específica cuando, por razones relacionadas con el hecho, el imputado o acusado deba mantenerse alejado de ella;
4. La prohibición de ausentarse del país cuando la permanencia sea conveniente o necesaria para la investigación o la instrucción;
5. Arresto domiciliario por la noche y en días festivos, cuando el acusado que es investigado tenga residencia o trabajo fijo;
6. La suspensión en el ejercicio de la función pública o en la actividad de naturaleza económica o financiera, cuando existe el temor de su uso para la práctica de hechos delictivos;

7. La internación provisoria de los acusados en las hipótesis de delitos cometidos con violencia o amenaza grave, cuando los peritos concluyeron que es inimputable o semi-imputable (artículo 26 del Código Penal) y no hay riesgo de repetición;

8. La fianza, en las infracciones que la admiten, para asegurar la asistencia en el proceso, evitar la obstrucción de su curso o en caso de resistencia injustificada a la orden judicial;

9. El monitoreo electrónico.

10. Derogado.

11. Derogado.

12. Derogado.

13. La fianza será aplicada de acuerdo con las disposiciones del Capítulo VI del presente título, pudiendo ser acumulada con otras medidas de protección” (NR).

Chile

Artículo 146. Caucción para reemplazar la prisión preventiva

Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará.

La caución podrá consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal.

Artículo 155. Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales

Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalase, si aquella se encontrara fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designase;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reunio-

nes, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a defensa, y

g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo.

Colombia

Artículo 307. Medidas de aseguramiento

Son medidas de aseguramiento:

- A. Privativas de la libertad
 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;
- B. No privativas de la libertad
 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

Costa Rica

Artículo 244. Otras medidas cautelares

Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
- d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g) Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a este el abandono inmediato del domicilio.
- h) La prestación de una caución adecuada.
- i) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado.

Cuba

Capítulo II. Del aseguramiento del acusado

Artículo 255. Además de la prisión provisional, las medidas cautelares que esta Ley autoriza son:

1. Fianza en efectivo;

2. Fianza moral por la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca;
3. Reclusión domiciliaria;
4. Obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale.

En los casos en que se dispongan cualquiera de las medidas cautelares señaladas en este artículo, el acusado tendrá la obligación de comunicar sus cambios de domicilio al Instructor o al Tribunal, en su caso.

Ecuador

Libro Tercero. Las Medidas Cautelares

Artículo 160. Clases

Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6° del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención;
- 13) La prisión preventiva;

Las medidas cautelares de orden real son:

- 1) El secuestro
- 2) La retención
- 3) El embargo

El Salvador

Artículo 295. Medidas Sustitutivas de la Detención Provisional

Cuando fuere procedente sustituir la detención provisional por otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o el tribunal competente, de oficio, o a petición de parte, podrá imponerle, en lugar de aquella, alguna de las siguientes medidas:

- 1) El arresto domiciliario, en su propia residencia sin vigilancia alguna o en custodia de otra persona;
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- 4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez;
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y,
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El juez podrá imponer una sola de estas medidas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se impondrán o ejecutarán estas medidas desnaturalizando su finalidad, de tal manera que su cumplimiento sea imposible; en especial, no se impondrá una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado hagan imposible la prestación de la caución.

Se prescindirá también de toda medida cautelar, cuando el delito tuviere pena de prisión cuyo límite máximo sea igual o inferior a tres años y por las circunstancias del caso, el juez considere que el juramento del imputado de someterse al procedimiento, basta para garantizar su presencia.

Guatemala

Artículo 264. Sustitución

Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- 4) La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

Honduras

Artículo 173. Medidas cautelares aplicables

El órgano jurisdiccional, concurriendo los presupuestos legitimadores, podrá adoptar, por auto motivado, una o más de las siguientes medidas cautelares:

- 1) Aprehesión o captura;
- 2) Detención preventiva;

- 3) Prisión preventiva;
 - 4) Arresto en su propio domicilio, o en el de otra persona que lo consienta, bajo vigilancia o sin ella;
 - 5) Someter al imputado al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada que informe periódicamente al Juez;
 - 6) Obligar al imputado a presentarse periódicamente ante un determinado Juez o autoridad que éste designe;
 - 7) Prohibirle al imputado salir del país, del lugar de su residencia o del ámbito territorial que el órgano jurisdiccional determine;
 - 8) Prohibirle al imputado concurrir a determinadas reuniones o a determinados lugares;
 - 9) Prohibirle al imputado comunicarse con personas determinadas, siempre que con ello no se afecte el derecho de defensa;
 - 10) La constitución a favor del Estado por el propio imputado o por otra persona, de cualquiera de las garantías siguientes: depósito de dinero o valores, hipoteca, prenda o fianza personal;
 - 11) El internamiento provisional en un establecimiento psiquiátrico, previo dictamen; y
 - 12) Suspensión en el ejercicio del cargo, cuando se le atribuya un delito contra la administración pública.
- Para los mismos fines previstos en este Artículo, y para los efectos de la investigación, el Ministerio Público en caso de urgente necesidad que impida recabar la autorización judicial, podrá adoptar una o más de las medidas cautelares previstas en los numerales 1), 2), 7), 9) y 11) de este Artículo. Inmediatamente lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional, exponiendo las razones que impidieron obtener aquella autorización. El órgano jurisdiccional, oída la persona imputada y su Defensor, convalidará o dejará sin efecto lo dispuesto por el Ministerio Público.

México

Título Tercero. Capítulo Único: Acción Penal

Artículo 141 Bis.

A solicitud fundada y motivada del Ministerio Público, el juez podrá decretar una o más de las siguientes medidas de protección a favor de la víctima u ofendido:

- I. Medidas de protección personales:
 - a) La guarda y custodia de una persona menor a favor de persona o institución determinada;
 - b) La presentación periódica del sujeto activo ante la autoridad que se designe;
 - c) Vigilancia permanente o itinerante de la autoridad en el domicilio de la víctima u ofendido;

- d) Prohibición de ir a lugar determinado;
- e) Prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre y cuando no se afecte el derecho de defensa; y

II. Medidas cautelares reales:

- a) El aseguramiento de bienes para reparar el daño causado por el delito;
- b) La inmovilización de cuentas bancarias y de certificados de acciones y títulos valores, y
- c) El embargo o secuestro preventivo.

Estas medidas serán revisables cuando la misma ya no se requiera, o la víctima u ofendido lo solicite.

Particularmente, el juez podrá considerar en la sentencia, como medida de protección, la prohibición del sentenciado de acercarse a las víctimas, familiares, ofendidos, tutores o testigos, así como de mantener cualquier tipo de relación con ellos.

Nicaragua

Artículo 167. Tipos de Medidas Cautelares

El juez o tribunal podrá adoptar, por auto motivado, una o más de las siguientes medidas cautelares personales o reales:

1. Son medidas cautelares personales:
 - a) La detención domiciliaria o su custodia por otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;
 - b) El impedimento de salida del país o el depósito de un menor;
 - c) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal;
 - d) La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que él designe;
 - e) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
 - f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;
 - g) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
 - h) El abandono inmediato del hogar si se trata de violencia doméstica o intrafamiliar, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el acusado;

- i) La prohibición de despedir, trasladar de cargo o adoptar cualquier otra represalia en el centro de trabajo en contra de la denunciante de delito de acoso sexual;
- j) La suspensión en el desempeño de su cargo, cuando el hecho por el cual se le acusa haya sido cometido prevaleciéndose del cargo, y,
- k) La prisión preventiva.

2. Son medidas cautelares reales:

- a) La prestación de una caución económica adecuada, de no imposible cumplimiento, por el propio acusado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas o garantías reales;
- b) La anotación preventiva en el Registro Público, como garantía por ulteriores responsabilidades;
- c) La inmovilización de cuentas bancarias y de certificados de acciones y títulos valores;
- d) El embargo o secuestro preventivo, y,
- e) La intervención judicial de empresa.

Panamá

Artículo 224. Medidas Personales

Son medidas cautelares personales:

- 1) La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad u oficina designada por el Juez.
- 2) La prohibición de salir del ámbito territorial que se determine.
- 3) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
- 4) El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de agresiones y la víctima conviva con el imputado.
- 5) La prestación de una caución económica adecuada.
- 6) La suspensión del ejercicio del cargo público o privado, cuando se le atribuya un delito cometido en su ejercicio.
- 7) La obligación de no realizar alguna actividad, si pudiera corresponder la pena de inhabilitación, reteniendo en su caso la licencia o documento que acredite la habilitación correspondiente.
- 8) La obligación de mantenerse en su propio domicilio o en el de otra persona.
- 9) La colocación de localizadores electrónicos.
- 10) La detención provisional.

Artículo 238. Excepcionalidad de la detención provisional

La detención provisional en establecimientos carcelarios solo podrá decretarse cuando todas las otras medidas cautelares resulten inadecuadas. Si el imputado fuera una persona con discapacidad, se tomarán las precauciones especiales que el caso requiera para salvaguardar su integridad personal.

Salvo que existan exigencias cautelares de excepcional relevancia, no se decretará la detención provisional cuando la persona imputada sea una mujer embarazada o que amamante su prole, una persona que se encuentre en grave estado de salud, una persona con discapacidad y con un grado de vulnerabilidad o una persona que haya cumplido los setenta años de edad.

Igual situación se dará cuando el imputado sea una persona tóxico-dependiente o alcohol-dependiente, que se encuentre participando en un programa terapéutico de recuperación en una institución de salud legalmente autorizada, siempre que la interrupción del programa pueda perjudicar la desintoxicación del imputado. Los jueces deberán comprobar que la persona dependiente recibe efectivamente tratamiento en un programa de recuperación.

Paraguay

Artículo 245. Medidas Alternativas o Sustitutivas de la Prisión Preventiva

Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;
- 2) La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- 4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y,
- 7) La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más

personas idóneas.

El juez podrá imponer una o varias de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas.

Las medidas que se dicten como alternativas a la prisión preventiva, o que las atenúen, cesarán automáticamente y de pleno derecho al cumplirse dos años desde que fueran efectivizadas, si en tal plazo no hubiese comenzado la audiencia del juicio

Perú

Artículo 288. Las restricciones

Las restricciones que el Juez puede imponer son las siguientes:

1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados.
2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.
3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.
4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.

Artículo 290. Detención domiciliaria

1. Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:
 - a) Es mayor de 65 años de edad;
 - b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;
 - c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
 - d) Es una madre gestante.

2. En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.

3. La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución -pública o privada- o de tercera persona designada para tal efecto.

Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.

4. El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 273 al 277.

5. Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez -previo informe pericial- dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.

Artículo 298. Clases de Suspensión Preventiva de Derechos

1. Las medidas de suspensión preventiva de derechos que pueden imponerse son las siguientes:

- Suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso.
- Suspensión temporal en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público. Esta medida no se aplicará a los cargos que provengan de elección popular.
- Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales.
- Suspensión temporal de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o para portar armas de fuego.
- Prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél o la suspensión temporal de visitas.

2. La resolución que imponga estas medidas precisará las suspensiones o prohibiciones a los derechos, actividades o funciones que correspondan.

Puerto Rico (Reglas de Procedimiento Penal)

Regla 6.1 Fianza hasta que se dicte sentencia. Cuándo se exigirá

Las personas arrestadas por delito no serán restringidas innecesariamente de su libertad antes de mediar fallo condenatorio.

(a) En casos menos graves en que no hubiere de-

recho a juicio por jurado, a excepción de los delitos de agresión agravada en su modalidad de menos grave, privación ilegal de custodia en su modalidad menos grave, acometimiento u opresión por funcionario público, compeler a acto propio de su cargo, intrusión en la tranquilidad personal, entrada en heredad ajena, entrada ilegal, usurpación, daños, restricción de libertad, amenazas, duelo, alteración a la paz, alarma falsa, nuevo arresto o encarcelamiento de persona excarcelada, justicia por sí mismo, perversión de menores, fuga en su modalidad de menos grave, escalamiento, posesión de herramientas para escalar, posesión ilegal de explosivos y delitos menos graves de carácter violento, tipificados en leyes especiales, no será necesaria la prestación de fianza, imposición de condiciones o una determinación de fianza diferida para permanecer en libertad provisional hasta que se dicte sentencia. Se considerarán de carácter violento, cualesquiera delitos cuya comisión envuelva el uso, intento de uso o amenaza de uso de fuerza física contra la persona o contra la propiedad. En el caso de los delitos menos graves exceptuados, el magistrado deberá imponer fianza, sólo si el fiscal así lo solicita, tomando en consideración los criterios que establece la Regla 218(b). En todo caso en que motu propio, o a solicitud del ministerio fiscal, el magistrado determine que existen circunstancias de orden o interés público podrá imponer condiciones de conformidad con la Regla 218(c).

El fiscal solicitará la prestación de una fianza o la imposición de condiciones de conformidad con la Regla 218 en todo caso en que la persona arrestada haya sido convicta anteriormente por cualquier delito grave, o en tres (3) delitos menos graves, o cuando se trate de un no domiciliado en Puerto Rico.

(b) En todo caso grave o menos grave en que hubiere derecho a juicio por jurado, el magistrado exigirá la prestación de fianza al acusado para permanecer en libertad provisional hasta que se dicte sentencia. Disponiéndose, que en caso de todo imputado de delito que se haya sometido voluntariamente a la supervisión de la Oficina de Servicios con Antelación al Juicio, el magistrado podrá permitirle a éste permanecer en libertad provisional bajo su propio reconocimiento, bajo custodia de tercero, bajo fianza diferida o bajo cualesquiera condiciones estime pertinentes imponer. El tribunal podrá imponer motu propio, o a solicitud del Ministerio Fiscal, condiciones de conformidad con la Regla 218(c).

(c) En cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen el magistrado o el tribunal podrá exigir la prestación de una fianza, revocar o modificar una determinación de libertad bajo propio reconocimiento o bajo custodia de tercero, revocar o modificar una

concesión de libertad bajo fianza diferida, o imponer condiciones, así como revocar o modificar condiciones previamente impuestas, de conformidad con la Regla 218(c) antes del fallo condenatorio a cualquier persona que se encontrare en libertad que haya o no prestado fianza.

(d) Si la persona a quien se ha dejado en libertad sin la prestación de fianza no compareciere, y se le detuviere fuera de Puerto Rico, se considerará que ha renunciado a impugnar su extradición.

(e) No se admitirá fianza ni se hará una determinación de libertad bajo propio reconocimiento, libertad bajo custodia de tercero ni de fianza diferida con relación a imputados que se encuentran fuera de la jurisdicción de Puerto Rico. Tampoco se impondrán condiciones ni se admitirá fianza ni se hará determinación de libertad bajo propio reconocimiento, libertad bajo custodia de tercero ni de fianza diferida con relación a un imputado que no haya sido arrestado o comparecido ante un magistrado para ser informado del delito o los delitos por los cuales ha sido denunciado o acusado de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Regla 22.

(f) En los casos de aquellos imputados de delito que se hayan sometido voluntariamente a la supervisión de la Oficina de Servicios con Antelación al Juicio, el magistrado requerirá la evaluación, informe y recomendaciones de dicha Oficina sobre tales imputados antes de hacer una determinación sobre la fianza o hacer una determinación de fianza diferida, libertad bajo propio reconocimiento o libertad bajo custodia de tercero.

Regla 218, inciso 13°. Fianza y condiciones; Criterios de Fijación; Revisión de Cuantía.

En los delitos o las circunstancias enumerados en la sección (c) sub-inciso (12) de esta Regla, el tribunal podrá imponer las siguientes condiciones adicionales:

(a) Quedar bajo la supervisión del programa de supervisión electrónica y bajo la jurisdicción de la Oficina de Servicios con Antelación al Juicio, los cuales actuarán como custodios y vendrán obligados a supervisarle, producirle en corte e informar de cualquier violación a las condiciones impuestas.

(b) Evitar todo contacto con la alegada víctima del crimen o con testigos potenciales.

(c) No cometer delito alguno durante el período en que se encuentre en libertad ni relacionarse con personas que planifiquen, intenten cometer o cometan actos delictivos.

(d) No poseer armas de fuego o cualquier otra arma que pueda causar la muerte.

(e) No consumir bebidas alcohólicas o drogas narcóticas o cualquier otra sustancia controlada.

República Dominicana

Título II. Medidas de Coerción Personales

Capítulo II - Otras Medidas

Artículo 226. Medidas.

A solicitud del ministerio público o del querellante, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se explica en este código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción:

- La presentación de una garantía económica suficiente;
- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;
- La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;
- El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;
- La prisión preventiva.

En las infracciones de acción privada no se puede ordenar la prisión preventiva ni el arresto domiciliario ni la colocación de localizadores electrónicos.

En cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento sea suficiente para descartar el peligro de fuga.

Venezuela

Artículo 252. Estado de libertad

Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

Capítulo IV - De las medidas cautelares sustitutivas

Artículo 265. Modalidades.

Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser satisfechos, razonablemente, con la aplicación de otra medida me-

nos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, alguna de las siguientes medidas:

1°. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;

2°. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal;

3°. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que él designe;

4°. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;

5°. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;

6°. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

7°. El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres o niños, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado;

8°. La prestación de una caución económica adecuada, de no imposible cumplimiento, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas o garantías reales.

3. Clasificación de las medidas cautelares respecto de la forma en la cual están sistematizadas

La descripción efectuada en el acápite anterior nos permite mostrar que no existe uniformidad a la hora de regular las medidas cautelares en los distintos códigos procesales penales. Esto, a nuestro modo de ver, posibilita efectuar una clasificación de los métodos utilizados por los diferentes países que puede tener influencia directa en cómo se conciben aquéllas.

1. *Regulación por separado*: Se presenta cuando existe un abordaje diferente y separado entre la prisión preventiva y el resto de las medidas cautelares.

Aquí se encuentran contenidos la mayoría de los estados de la región: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Puerto Rico y Perú.

2. *Regulación conjunta*: es la modalidad que, en el mismo listado, incluye tanto a la prisión preventiva como al resto

de las medidas cautelares. Es el caso de los ordenamientos jurídicos de Ecuador, Honduras y Nicaragua.

3. *Regulación de la prisión preventiva como ultima ratio*: en este modelo se establece que, antes de evaluar la imposición de la prisión preventiva, se debe analizar la procedencia de las otras medidas cautelares. De esta forma, una vez descartadas las menos lesivas, recién se pueda aplicar el encierro. Los países que receptaron esta modalidad fueron Panamá, República Dominicana y Venezuela⁸¹.

Esta clasificación, a primera vista, parecería ser una cuestión dogmática. Sin embargo, cuando hablamos de trabajar una modificación sustancial del uso del encierro cautelar, la forma y el modo en que se encuentra regulada puede tener una incidencia directa en el cambio cultural. Existe una concepción generalizada, producto de los excesos que se cometieron a través del uso indiscriminado de la prisión preventiva, que resultó necesario instalar medidas coercitivas “alternativas” a ella.

Desde el punto de vista teórico y práctico, esto implicó ubicar al encarcelamiento procesal como la medida cautelar primaria y las restantes como opciones tendientes a evitarlo. Sin embargo, este tipo de regulaciones no logró limitar el abuso de la prisión.

Para hacer frente a esta problemática y comenzar un cambio cultural, es necesario modificar la forma en que se encuentran reguladas las medidas cautelares en la legislación. A nuestro entender, una forma conveniente puede provenir de la combinación del segundo y tercer grupo de la clasificación que efectuamos; es decir: unificar en un solo artículo el listado completo de ellas, pues todas cumplen la misma finalidad (resguardar los fines del proceso). En dicha enumeración, la prisión preventiva debe encontrarse en el último de los incisos para que el operador la comience a reconocer como la última posibilidad. A su vez, para que no fracase esta propuesta, es necesario que la norma establezca la obligación de quien la solicite, haya analizado gradualmente –de menor a mayor morigeración– las razones por las que las menos intensas no logran cumplir con los fines asegurativos. Esta argumentación, que deberá ser expuesta en el marco de una audiencia oral, permitirá una discusión seria sobre la necesidad y grado de cautela en el caso concreto.

En definitiva, como sostiene Alberto Binder, la propuesta busca introducir nuevas prácticas en el ordenamiento procesal que producirán el desplazamiento de las viejas culturas.

4. Procedencia y supervisión de las medidas cautelares

Los países de América Latina, mayoritariamente, no prevén en sus sistemas procesales penales la actuación de una oficina que releve información de alta calidad para que las partes puedan debatir en audiencia la procedencia de medidas de coerción, ni su posterior supervisión. Este es un elemento esencial si lo que se pretende es redefinir la función que aquéllas tienen en el marco del proceso penal y disminuir el uso de la prisión preventiva.

La afirmación inicial cuenta con unas excepciones que, por el impacto que tienen, deben ser brevemente reseñadas para que el lector tenga un panorama acerca de sistemas que se encuentran funcionando en la actualidad. Ellos pueden servir como modelo para tomar los aspectos positivos y evitar los problemas que se relevaron en las puestas en funcionamiento.

El gobierno del Estado de Morelos en México, con la asistencia técnica del “Proyecto Presunción de Inocencia en México”, inauguró en Febrero del 2011 la Unidad de Medidas Cautelares para Adolescentes (UMECA). Ella tiene a su cargo la aplicación práctica de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. Para ello, se efectúa una evaluación socio ambiental de las circunstancias de cada adolescente respecto de posibles riesgos⁸². Dicha información es utilizada por las partes para debatir en la audiencia, y el juez decide sobre las condiciones y medidas más apropiadas en cada caso. Luego, una vez dictada la medida, la oficina se encarga de supervisar las condiciones impuestas por la autoridad jurisdiccional.

En Puerto Rico, a partir del año 2004, comenzó a funcionar una oficina de servicios con antelación al juicio. Se trata de una agencia responsable de investigar y suministrar información verificada a los tribunales al momento de fijar o modificar la fianza o las condiciones que mejor puedan asegurar la presencia del imputado en las diversas etapas del juicio.

Las tareas que dicha oficina tiene a su cargo son : a) recopilar y verificar información sobre el historial socioeconómico, escolaridad, empleo, residencia, lazos con la comunidad y cualquier otra información, incluyendo la adicción o dependencia del alcohol o sustancias controladas, que le sirvan al tribunal de guía para determinar los medios para poner en libertad provisional al imputado; b) realizar recomendaciones a los tribunales en la determinación de los términos y condiciones de la libertad provisional⁸³; c) someter a los

tribunales informes escritos sobre la investigación realizada en cada caso; d) supervisar el cumplimiento de las condiciones de libertad provisional que le fueron impuestas a las personas bajo su jurisdicción e informar con premura a los tribunales y a cualquier otro funcionario pertinente de cualquier incumplimiento de dichas condiciones; e) arrestar a cualquier persona bajo su supervisión que incumpla con cualesquiera de las condiciones de libertad provisional que le fueron impuestas. En estos casos, deberá llevar a la persona arrestada ante la presencia de un magistrado quien hará las determinaciones correspondientes, según lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento Criminal⁸⁴; f) colaborar con los tribunales y todas las agencias relacionadas con la administración de la justicia para desarrollar programas que eliminen el encarcelamiento sumario innecesario y protejan al público contra la violación de las condiciones.

Por último, vale destacar que el código procesal penal de Costa Rica, en su artículo 242, establece que el fiscal o el tribunal, podrán recibir prueba de oficio o a solicitud de parte con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar. Dicha prueba se agregará a un legajo especial cuando no sea posible incorporarla al debate. El tribunal valorará estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en el Código y exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida cautelar. Si el tribunal lo estima necesario, antes de pronunciarse, podrá convocar a una audiencia oral para oír a las partes o para recibir directamente la prueba.

5. Conclusión del componente sobre buenas prácticas latinoamericanas

Debemos reconocer que se logró un avance importante en la materia desde el momento en que la mayoría de los países de América Latina reconocieron la necesidad de regular medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva

En este sentido, si bien en un comienzo las reformas procesales penales generaron la reducción de presos preventivos desde una lógica cautelar, esta tendencia general no logró invertir la relación con los condenados. Incluso, las contra-reformas llevadas a cabo ulteriormente en la mayoría de los países latinoamericanos evidenciaron –en la práctica– una mayor utilización de la injerencia máxima como la única respuesta plausible⁸⁵.

⁸¹ En el caso de Venezuela, formalmente se prevé la separación de la prisión preventiva del resto de las medidas cautelares, no obstante, ha receptado correctamente el sentido de *ultima ratio*, al determinar que sólo será aplicable cuando las demás medidas sean insuficientes.

⁸² Tal como explicaremos en el capítulo correspondiente, consideramos que las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas, sólo debe limitarse a la recolección de la información y la supervisión, sin evaluar riesgos.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Aquí también planteamos una diferencia respecto a la facultad de realizar arrestos sino que, por el contrario, debe limitarse a informar incumplimientos para que la autoridad jurisdiccional determine lo que corresponda.

⁸⁵ Ello se advierte en virtud de los indicadores elaborados RIEGO, Cristian y DUCE, Mauricio: “Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas”, CEJA, 2009, pág. 51.

INECIP

Esto significa que aún persiste en los operadores la concepción de que la prisión cautelar es la manera más adecuada de tener al imputado sujeto al proceso y, por lo tanto, es la primera que se analizará en caso de que existan riesgos procesales.

De esta manera, formalmente se brindaron las herramientas necesarias para modificar la situación, pero –una vez más– las prácticas judiciales parecen demostrar que ello no es suficiente.

Frente a este panorama hay dos factores que pueden ser útiles y que deben ser tenidos en consideración si pensamos en una estrategia o programa regional para limitar el uso de la prisión preventiva en el continente.

Por un lado, como ya se adelantó, se debe modificar la legislación sobre la prisión preventiva para que opere verdaderamente como *ultima ratio*. Así, entonces, la unificación de las medidas en un sólo artículo y la obligatoriedad de que el solicitante tenga que explicar por qué desecha las menos intensas son herramientas que, sumadas a la oralidad, pueden tener incidencia directa en las prácticas. Como se sabe, la oralidad es útil para limitar la arbitrariedad de los operadores de modo tal que su implementación será imprescindible para evitar respuestas dogmáticas al solicitar la medida cautelar más gravosa.

El segundo aspecto, se vincula la creación de oficinas que se encarguen de colectar información para que las partes puedan debatir y, a su vez, controlen las medidas cautelares diferentes del encarcelamiento preventivo. Respecto de la primera actividad de la unidad, ya hemos realizado algunas consideraciones y sólo queremos reiterar que si lo que se pretende es evitar las discusiones teóricas, es necesario contar con información clara y cierta del imputado, que haya sido verificada, para poder discutir seriamente acerca la existencia de riesgos procesales.

Ahora bien, en relación a la segunda de las funciones hay que hacer algunas apreciaciones. En la actualidad, no existe un control de las medidas cautelares que fueron impuestas por los jueces. Esto genera la sensación de que, una vez que el imputado logró eludir el encierro (esto es, que obtuvo la excarcelación, una caución o fianza, etc.) el Estado se olvida de él hasta el dictado de la condena. Esto se traduce, generalmente a través de los medios masivos de comunicación, como una señal de impunidad o de abandono del resto de la sociedad pues, a pesar de que esa libertad está sometida a condiciones, nadie se encarga de supervisarlas.

Por eso, sin llegar a los extremos autorizados en Puerto Rico, establecer que un organismo se encargue de verificar su real cumplimiento brinda un doble mensaje: a la ciudadanía, ya que el Estado sigue interesado en la persecución penal del caso concreto; y al imputado, que si pretende mantener su libertad, deberá cumplir expresamente las obligaciones que asumió, cuando ellas sean necesarias.

Pero fundamentalmente, esto impactará directamente en el operador del sistema pues verá que las reglas que se impongan serán supervisadas y en todo caso se detectará en forma inmediata su incumplimiento. Esto generará mayor confianza en la utilización de las medidas cautelares.

En definitiva, este componente nos permite reflexionar que el camino para reducir la prisión preventiva no se perdió, sino que recién comienza. Resulta necesario efectuar ajustes que impliquen garantizar la aplicación de medidas no privativas de la libertad como primera *ratio*.

VI. RELEVAMIENTO DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

1. Introducción

Los medios masivos de comunicación forman, en términos generales, la opinión de la sociedad y fijan, de alguna manera, la agenda política en las distintas materias. Las consecuencias de esta actividad, en algo tan sensible como es el proceso penal, pueden ser negativas para los derechos de los ciudadanos que se encuentran sometidos a él. La construcción de discursos de emergencia y de seguridad puede encontrar en aquéllos herramientas útiles para instalarse y generar presión en los jueces (que cumplen en forma débil su función) para resolver si una persona será encerrada cautelarmente mientras se lleva adelante la investigación.

Por ello, en el siguiente apartado hemos relevado, en un plazo determinado, noticias periodísticas de tres diarios de edición masiva (*Clarín*, *La Nación* y *Crónica*) con el objeto de identificar, exclusivamente desde el punto de vista jurídico, de qué manera los medios de comunicación informan cuando se dispone una prisión preventiva o la libertad de la persona sujeta a una investigación criminal.

La finalidad es establecer si en ellas se brindan explicaciones acerca de los alcances del instituto bajo estudio, del derecho que le asiste a toda persona de transitar el proceso penal en libertad y del carácter excepcional de la medida. A su vez, analizaremos si en esas crónicas periodísticas se informaron los fundamentos de las resoluciones judiciales.

Por último, haremos un relevamiento de aquéllas que ponen en conocimiento a la sociedad de casos en los que, personas que se encontraban cumpliendo encierro cautelar, fueron absueltas al finalizar el juicio oral. Sobre este tópico, resulta interesante mostrar cuál es el eje sobre el que giran este tipo de noticias.

2. Prisión Preventiva y Excarcelación

Durante los meses de marzo, abril y mayo del año 2010, y luego en agosto de 2011, se realizó un seguimiento de noticias sobre la temática en los matutinos señalados y optamos por seleccionar un conjunto de ellas que, a nuestro entender, resultan las más representativas para el presente estudio.

Como cuestión metodológica, hemos decidido conglobarlas en tres grupos distintos: a) aquéllas que no informan acerca de las condiciones propias del encierro procesal o la excarcelación; b) aquéllas que, a pesar de informar esos extremos, los titulares resultan tendenciosos y c) aquéllas que informan en términos generales las razones por las que se dispuso la medida cautelar o su cese.

a) Dentro de las que quedarían abarcadas por la primera clasificación, encontramos el abordaje realizado por *Clarín* respecto de la investigación por el crimen de “L. A.” en la ciudad de Puerto Madryn. Desde el comienzo de la investigación, el medio informó la detención de un sospechoso a raíz de la denuncia de una testigo⁸⁶. El 22 de marzo, cinco días después del comienzo de la pesquisa, el diario menciona la detención de otros tres hombres en distintos allanamientos, para “realizar un control jurisdiccional con el fin de obtener muestras de ADN”. La misma nota indica que el primer imputado “estará detenido preventivamente hasta el 14 de abril” con el objeto de estudiar las pruebas del caso⁸⁷.

El día 15 de abril, el periódico señala que, a un mes del asesinato, “se cae una prueba clave”. Las huellas dactilares tomadas de la bolsa que fue utilizada para matar a la víctima no son compatibles con las del sospechoso inicial. Respecto de la prisión preventiva del único detenido, se explica que “es posible que la fiscalía pida una prórroga de 19 días más”. Sobre los otros tres sospechosos, se especifica

⁸⁶ <http://edant.clarin.com/diario/2010/03/19/um/m-02162862.htm>

⁸⁷ http://beta.clarin.com/policiales/Caen-hombres-asesinato-Madryn_0_229777032.html

que ya están en libertad, que sus huellas también fueron cotejadas y que el resultado dio negativo⁸⁸.

El día 18 de abril, un nuevo artículo refiere que la juez del asunto prorrogó la prisión preventiva del sospechoso hasta el día 10 de mayo. Nuevamente, el periódico no realiza ninguna aseveración vinculada a los requisitos del encarcelamiento provisorio y afirma que “hoy, el elemento clave contra “B.” es la declaración de una vecina que dice haber visto a “L.” ingresar a su casa. Por otra parte, el examen de huellas dactilares dio negativo⁸⁹.”

La misma tendencia se observa en el seguimiento realizado por *La Nación*. El 20 de marzo el matutino titula “Prisión preventiva para el detenido por el crimen de L. A.” y explica que el imputado estaría detenido hasta el 14 de abril para que “se estudien las pruebas del caso⁹⁰”. Al día siguiente, el diario titula “Prisión al acusado de matar a una niña”, expresando en el copete que se la dispuso para “poder estudiar las pruebas⁹¹”, pero sin hacer mención de los requisitos para su procedencia.

El 23 de abril, *La Nación* indica que, debido a que no existían pruebas suficientes, la Justicia otorgó el arresto domiciliario al único imputado. Más allá de que en el desarrollo de la noticia se explica la inexistencia de pruebas contundentes, su título fue “Quedó al borde de la libertad el único imputado por el crimen de la niña...⁹²”. Con esta presentación, la referencia a la ausencia de elementos pierde entidad frente a la forma elegida por el periódico para encabezar el informe.

El 15 de junio, casi dos meses después, *La Nación* menciona la liberación definitiva de “P. B.”. En esta oportunidad, el matutino titula “Liberaron a un acusado de violación y asesinato de una niña en...⁹³” y, en su volanta, advierte una “conmoción en Puerto Madryn⁹³”. A pesar de la forma en la que se lo presenta, en el artículo se explica que ninguno de los peritajes realizados al imputado fue positivo y que los exámenes de ADN tomados del cuerpo de la víctima eran incompatibles con sus datos genéticos. No obstante, no se hace alusión al plazo en el cual el imputado estuvo en prisión preventiva.

Un supuesto similar fue publicado por el diario *La Nación* en relación a un crimen ocurrido en la localidad de Puerto Deseado. Con el título “Santa Cruz: vecinos impiden la liber-

tad a tres imputados por un asesinato⁹⁴”, la noticia relata los reclamos efectuados por familiares y vecinos de la víctima en virtud de la concesión de la excarcelación a los imputados, luego de haber cumplido dos años presos sin tener condena.

El artículo incluye expresiones de los manifestantes, como “queremos justicia”, “pacífica resistencia ante tan arbitraria e injusta medida” o que la decisión de otorgarles la libertad “deja en estado de indefensión a la familia de la víctima”. Recién en el anteúltimo párrafo de esta extensa nota, se explica que “el defensor de los tres imputados pidió la excarcelación al cumplirse el plazo de dos años de detención sin juicio”. Una vez más, no se informan cuáles son los fundamentos de la prisión preventiva, ni su plazo máximo.

En la misma dirección señalada, el diario *Clarín* publicó una noticia titulada “Procesaron con preventiva a los acusados por el robo millonario⁹⁵”. Este artículo aborda una resolución de un Juez en lo Criminal de Instrucción, quien imputó a seis personas el robo a un banco. El análisis se circunscribe al hecho y las motivaciones que habrían tenido en mente, pero en ningún momento aluden a los requisitos formales que son requeridos legalmente para que preceda el encierro cautelar.

En otros supuestos, el dictado de la injerencia aparece como respuesta inmediata a la comisión de un delito. Así, por ejemplo, el diario *Crónica* titula “V. fue procesado como jefe de banda narco⁹⁶”. En ella se explica que “M. Á. V.” fue procesado con prisión preventiva acusado de liderar una organización dedicada a la venta de droga en una localidad bonaerense. La medida fue dispuesta por el juez federal, quien tuvo en cuenta una serie de operativos realizados en los cuales se encontraron 33 kilos de marihuana y ocho tizas de cocaína en propiedades de “V.”. Sin embargo, sigue sin explicarse si estaban presentes los requisitos establecidos para su dictado.

b) En el segundo de los conjuntos en los que dividimos las noticias, encontramos la cobertura que se hizo respecto del caso de “F. E. O.”, acusado del secuestro de “W. P.”. En este supuesto, la justicia decidió conceder al encausado la excarcelación hasta el juicio oral. El diario *Clarín* tituló, entonces, “Lo procesan por un secuestro, pero lo dejan libre hasta el juicio oral⁹⁷”. En el artículo se cita la explicación de los camaristas respecto de que “para ordenar

que se mantenga el encierro del acusado, se debe acreditar ‘el temor de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, circunstancias que en el presente caso no se evidencian’”. El problema es que, la contundencia que observamos en el encabezado relativiza la explicación posterior de los motivos que tuvieron los jueces para dictar ese fallo.

Una situación similar la encontramos en el seguimiento realizado por el diario *Crónica* respecto del caso de “los hermanos S.”, acusados del homicidio de “G. A.”. En este supuesto, el matutino informa que les fue concedida la excarcelación, por haber cumplido dos años de prisión preventiva sin que exista condena firme⁹⁸. Sin embargo, posteriormente, el mismo diario titula “Indignación por libertad de los S.”⁹⁹ y cita diversas declaraciones de repudio hechas por el padre de la víctima, entre las cuales está: “ellos salen favorecidos, y la gente asustada”. Sólo en una oración, de los seis párrafos que componen la nota, se recuerda que “El Tribunal Oral N° 15 de Capital Federal dio el beneficio excarcelatorio por el tiempo que los hermanos S. llevan detenidos sin sentencia”. Esto demuestra cuál es la intencionalidad de lo que se quiere comunicar.

c) En la última de las clasificaciones que se proponen, encontramos algunos casos en los que se explican las razones por las que se dictó la medida en cuestión o se otorgó la excarcelación al imputado.

En una nota titulada “Sigue preso para evitar pactos entre ‘banditas’¹⁰⁰”, *Clarín* especifica los argumentos judiciales para el dictado de la prisión preventiva. La noticia comunica que a la imputación de “partícipe necesario en el delito de homicidio simple con dolo eventual” se agrega la posibilidad de “encubrimiento por los enormes códigos de lealtad y el enorme sentido de pertenencia”, indicando que “la decisión no se debe a que consideren que hay peligro de fuga”, sino que se propicia evitar que “presionen a algún testigo para que los cubra”.

Hay otro suceso, en el que también se denegó la excarcelación, que resulta interesante para este análisis. El diario *La Nación*, a través del título “El ex baterista... seguirá preso por el crimen de su mujer¹⁰¹” reseña que un tribunal denegó el pedido de excarcelación presentado por la defensa de “E. V.”. Respecto de los motivos que determinaron la decisión, en la nota se sostiene que “...podría en libertad alterar la prueba e incidir sobre las declaraciones de los testigos que

deberán presentarse en el juicio oral cuya fecha resta definir”.

Respecto al mismo caso, el diario *Clarín* publicó la noticia “Nuevo revés judicial para el ex baterista...: le negaron la excarcelación¹⁰²”, en la cual se relata –de manera similar a como lo hizo el diario *La Nación*– la situación procesal de “E. V.”. La nota también indica las motivaciones que esgrimieron los jueces para rechazar la solicitud, añadiendo que el fiscal recordó que “E. V.” tiene una condena a cuatro años de prisión la cual –si bien no está firme– “se trata de una de las razones que contempla el Código de Procedimientos para denegar la libertad mientras espera el juicio por el homicidio de su esposa”.

El tratamiento del diario *Crónica* respecto de este hecho fue mediante una noticia titulada “Rechazaron la excarcelación de E. V.”¹⁰³, en la cual se hace una breve reseña de la situación procesal del imputado, al mismo tiempo de explicar cuáles fueron los fundamentos de los integrantes del Tribunal para rechazar el pedido de excarcelación, del mismo modo en el que lo abordaron los diarios *La Nación* y *Clarín*.

Por último veremos cómo se presentó una noticia en la que se dispuso la libertad de “J.C.”. En el mes de enero del 2009, “C.”, quien se encontraba bajo prisión preventiva, fue excarcelado en virtud de la jurisprudencia sentada por el fallo plenario “Díaz Bessone”, de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Respecto del abordaje periodístico, el diario *Clarín* tituló “C. quedará libre bajo fianza hasta el juicio oral¹⁰⁴”, y señala que “los jueces evaluaron que no hay peligro de que se escape para eludir la Justicia ni de que entorpezca la investigación”, haciendo una clara mención del precedente jurisprudencial al cual se remitió la resolución.

En relación al mismo asunto, el diario *Crónica* también indicó que “C. quedaría libre en enero” y que “la decisión está fundamentada en la doctrina emanada del plenario Díaz Bessone¹⁰⁵”. En los días sucesivos, *Crónica* publicó diversas noticias vinculadas con ésta excarcelación, explicando en ellas la sustanciación de la resolución tomada por los jueces, haciendo especial hincapié en la remisión a la jurisprudencia del fallo “Díaz Bessone”, resaltando ciertos pasajes de la resolución, como por ejemplo: “Consideramos que no se verifican pautas que permitan presumir riesgos de elusión y entorpecimiento, que no puedan ser morigerados mediante una caución adecuada”.

⁸⁸ <http://edant.clarin.com/diario/2010/04/15/policiales/g-02181109.htm>

⁸⁹ <http://edant.clarin.com/diario/2010/04/18/policiales/g-02183184.htm>

⁹⁰ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1245675

⁹¹ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1245783

⁹² http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1257446

⁹³ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1275175

⁹⁴ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1246305

⁹⁵ http://www.clarin.com/policiales/inseguridad/robo_millonario-banco_Galicia-detenedos_0_533946806.html

⁹⁶ <http://www.cronica.com.ar/diario/2011/08/19/11492-mameluco-villalba-fue-procesado-como-jefe-de-banda-narco.html>

⁹⁷ <http://edant.clarin.com/diario/2009/10/24/policiales/g-02025717.htm>

⁹⁸ <http://www.cronica.com.ar/diario/2009/11/02/27472-los-schlenker-en-libertad.html>

⁹⁹ <http://www.cronica.com.ar/diario/2009/11/14/28406-indignacion-por-libertad-de-los-schlenker.html>

¹⁰⁰ <http://edant.clarin.com/diario/2010/04/21/sociedad/s-02185008.htm>

¹⁰¹ <http://www.lanacion.com.ar/1394595-el-ex-baterista-de-callejeros-seguira-preso-por-el-crimen-de-su-mujer>

¹⁰² http://www.clarin.com/policiales/Eduardo_Vazquez-baterista_de_Callejeros-crimen_de_Wanda_Taddei_0_529147269.html

¹⁰³ <http://www.cronica.com.ar/diario/2011/08/03/10291-rechazaron-la-excarcelacion-de-eduardo-vazquez.html>

¹⁰⁴ <http://edant.clarin.com/diario/2009/01/14/policiales/g-01839145.htm>

¹⁰⁵ <http://www.cronica.com.ar/diario/2009/01/20/9725-inminente-liberacion-de-corsi.html>

Por su parte, *La Nación* publicó una nota titulada “C. saldrá en libertad”¹⁰⁶. En cuanto a la fundamentación de la medida, la nota incluye las declaraciones del abogado de “J. C.”, quien explica los motivos y condiciones de la excarcelación otorgada por la resolución judicial. Entre ellos, el abogado defensor explica que “es imposible que J. C. evada la Justicia, ya que su nombre y su rostro ya eran conocidos por sus colegas y ahora han tomado estado público”.

A su vez, *La Nación* publicó un artículo en el cual se toma específicamente la voz de las víctimas, reproduciendo el contenido de una carta abierta publicada por los padres de uno de los menores que denunciaron a “J. C.”¹⁰⁷.

Como se observa, en este caso la liberación del encausado no está presentada como sinónimo de impunidad como en los supuestos reseñados anteriormente (grupo 2) sino que la noticia está basada –básicamente– en los fundamentos del fallo y la opinión del abogado.

3. Absoluciones con Prisión Preventiva

Como se adelantó al comienzo de este capítulo, hay un segundo grupo de noticias que completan el análisis que proponemos. Se trata de supuestos en los que, personas que se encontraban en prisión preventiva, fueron absueltas al final del juicio. Para este relevamiento, hemos utilizado la base de la revista digital *Pensamiento Penal* (“Banco de Infamias”¹⁰⁸). Por ese motivo es que no nos concentraremos en los matutinos indicados, sino que ampliaremos el espectro de medios.

El principal argumento que encontramos en esta selección es la falta de pruebas que permitan reprocharle al imputado el hecho por el que se dispuso la medida cautelar. Dentro de esta clasificación encontramos las noticias tituladas “Absuelven a un hombre que estuvo más de dos años preso por un crimen”¹⁰⁹, del diario *Tiempo Argentino*, “Pasó tres años en la cárcel, era inocente y ahora cuenta su odisea”¹¹⁰, del diario *Los Andes*, “Un joven estuvo casi cinco años preso y era inocente”¹¹¹, del diario *Río Negro*, “Estuvo preso tres años por un asesinato que no cometió”, del diario *La Nación*, “Estuvo preso cinco años y era inocente”¹¹², del mismo matutino y “Liberan a una familia que pasó cinco años presa por un crimen que no cometió”¹¹³, del diario *Clarín*.

¹⁰⁶ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1089677

¹⁰⁷ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1094561

¹⁰⁸ <http://www.pensamientopenal.com.ar/secciones/banco-infamia>

¹⁰⁹ <http://tiempoarg.elargentino.com/notas/absuelven-hombre-que-estuvo-mas-de-dos-anos-presos-crimen>

¹¹⁰ <http://www.losandes.com.ar/notas/2011/4/17/paso-tres-anos-carcel-inocente-ahora-cuenta-odisea-562770.asp>

¹¹¹ <http://www1.rionegro.com.ar/arch200503/16/116j01.php>

¹¹² <http://www.lanacion.com.ar/811421-estuvo-presos-cinco-anos-y-era-inocente>

¹¹³ http://www.clarin.com/policiales/Liberan-familia-presa-crimen-cometio_0_473952870.html

¹¹⁴ http://www.diariohoy.net/accion-verNota-id-59614-titulo-El_Estado_bonaerense_debe_indemnizar_a_dos_inocentes_que_estuvieron_presos_tres_aos

¹¹⁵ <http://www.losandes.com.ar/notas/2011/5/16/policia-acusado-muerte-chico-ahora-demando-estado-568509.asp>

En estas noticias encontramos como eje principal la crítica de los procesos seguidos contra imputados y que no se lograron coleccionar pruebas suficientes para sostener la condena en el juicio oral. Incluso, en alguno de ellos, directamente se considera que esas personas eran inocentes y que estuvieron detenidos por error. A pesar de ello, se omite el tratamiento de los argumentos que usaron los jueces al momento del dictado de la medida de coerción.

Finalmente, hemos seleccionado otros supuestos en los que la noticia giraba sobre demandas instauradas contra el Estado por personas que estuvieron detenidas preventivamente y fueron absueltas.

En esta dirección, bajo el título “El Estado bonaerense debe indemnizar a dos inocentes que estuvieron presos tres años”¹¹⁴, el diario *Hoy* reseña un caso en el cual dos jóvenes de 18 años fueron detenidos y luego la justicia les dictó prisión preventiva. Años después, el Tribunal Oral resolvió absolverlos ya que el fiscal de juicio los desvinculó del hecho, mientras que fue condenada otra persona que había sido detenida junto a ellos.

Vale destacar que en esta nota en particular se realiza la digresión acerca del plazo razonable de la prisión preventiva, al incluir que “en el caso se vulneró el plazo máximo de dos años que la ley prevé para que una persona está detenida sin condena”. Asimismo, se añadieron las consideraciones del Juez que resolvió indemnizar a los jóvenes, quien manifestó que “Los jueces deben garantizar que las detenciones preventivas no sean dilatadas en forma excesiva, ni aún bajo la excusa de la sobrecarga judicial o complejidad del caso”.

Otra noticia que merece ser comentada se titula “El policía acusado por la muerte de un chico, ahora demandó al Estado”¹¹⁵, del diario *Los Andes*. Aquí se describe el caso de un oficial ayudante de la Policía, que fue detenido acusado de matar a un adolescente. Luego de estar dos años detenido, fue absuelto de culpa y cargo en el juicio oral. Sin embargo, tampoco se analizan los fundamentos para decretar el encarcelamiento preventivo del inocente, sino que los hechos se relatan a partir de la incoherencia del proceso en sí mismo.

4. Conclusiones sobre el abordaje periodístico de la prisión preventiva y la excarcelación

El estudio de las noticias periodísticas tiene un método y enfoque especializado. Sin embargo, desde el aspecto que a esta investigación interesa, la reseña efectuada tiene relevancia a los efectos de comprender qué se informa cuando se comunica algo tan sensible como poner en prisión a una persona que goza del principio de inocencia.

Al existir una relación directa entre la opinión pública y lo informado por los medios de comunicación, cuando la noticia se relaciona con cuestiones del proceso penal existe un marco de referencia que no puede ser omitido y que se encuentra determinado por la Constitución Nacional y las reglas procesales.

No pretendemos exigir que esos principios sean conocidos por la sociedad ni que se estudien las reglas constitucionales o procesales en materia penal. Sin embargo, quien transmite la información sí debería tener en cuenta determinados postulados a los efectos de evitar una noción distorsionada de qué significa y cuáles son los límites del proceso penal y del poder punitivo del Estado.

Esto implica, por ejemplo, informar que la prisión preventiva debe operar como excepción, limitada en el tiempo y con fines de evitar el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. En ese contexto, también debe quedar en claro que la aplicación del encierro procesal no se traduce en justicia o impunidad y que existe un derecho a estar en libertad durante el proceso independientemente del tipo de delito imputado. Bajo estos lineamientos es importante dar a conocer que la libertad de la persona sujeta a proceso no significa su desvinculación con la causa penal sino, por el contrario, es la situación que debe darse como regla.

La selección de las noticias reseñadas nos da cuenta de las diferentes formas de comunicar que se repiten diariamente cuando se observa este tipo de información: aquellas que no explican las razones por las que una persona queda en libertad o en prisión preventiva y las que informan el contenido o las razones por las que se tomó esa decisión. Dentro de esta última, también observamos que en muchas ocasiones la información es presentada de forma tal que, cualquier dato legal que se brinde, queda opacado por el titular.

Esta diferencia es sustancial y, más allá de que sería posible elaborar algún tipo de patrón que justifique los diversos abordajes (social, momento político, resonancia del caso, etc.), lo cierto es que el lector nunca terminará de entender por qué en algunos supuestos hay “justicia inmediata” y en otros no. Es que hoy en día existe una idea generalizada de que si a una persona acusada de un delito no se le aplica inmediatamente la prisión preventiva eso se traduce en que el caso quedó impune. Este es, entonces, un eje central sobre el que hay que trabajar para revertir la tendencia actual.

Para ello, previo a todo, es importante comenzar a realizar talleres de capacitación sobre la formación de los periodistas respecto a los alcances de las decisiones judiciales, los principios constitucionales, cuál es el rol que le corresponde a los fiscales, defensores y jueces, cuál es el valor y las diferencias entre la investigación y el juicio oral, la libertad o prisión preventiva, etc. Esto permitirá, por lo menos, establecer un marco mínimo de discusión.

También será necesario –tal como sucede en algunos sistemas– que desde las distintas instituciones –Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, Colegios de Abogados– se establezcan oficinas que se encarguen de comunicar y explicar los alcances de las decisiones. Es decir, informar en términos simples una determinada postura.

Un cambio que posibilitará conocer a fondo los argumentos, posiciones, prueba y resolución son las audiencias orales. La transparencia en el sistema que genera esa manera de tomar decisiones es uno de los hitos de los procesos de reforma. De esta manera, la sociedad puede saber a través de la publicidad de esos actos qué, cómo y por qué se dictó un determinado fallo.

Pero también se debe reflexionar sobre la necesidad de dar mayor precisión acerca de qué es lo que se quiere informar. Cuando nos enfrentemos a un caso de repercusión pública, el eje de la información, ¿residirá en el avance del caso y/o en la situación procesal del imputado? Hoy pareciera que los medios ponen, en la mayoría de los casos, un énfasis especial en este último aspecto.

Por eso, una propuesta para evitar la estigmatización (ya sea para disponer el encierro cautelar o la libertad) radica en acordar determinados estándares, a través de talleres de capacitación o protocolos consensuados. Así, por ejemplo, si se dispuso la libertad, informar que se dio cumplimiento al principio general de la libertad durante el proceso penal y si se resolvió imponer la prisión preventiva se exprese que se optó por la excepción a la libertad, acompañado de una explicación de por qué el juez resolvió de una u otra manera, remarcando que el proceso sigue o no contra esa persona.

Por otro lado, la reseña efectuada sobre las absoluciones de personas que estuvieron presas en forma preventiva, también es demostrativa de estas reflexiones. Tal como se expuso, aquellas fueron presentadas en términos de “un inocente preso” y se cuestiona el funcionamiento inadecuado del sistema como un hecho consumado e irreparable. La persona ya estuvo presa y la absolución posterior pone en evidencia el equivocado sistema cautelar de nuestro país. Esa es la oportunidad de informar, como efecto comunicador, el inadecuado alcance que el poder judicial le asigna.

Los casos de inocentes presos son el ejemplo más claro de una injusticia irreparable. En un análisis completo debería examinarse cuáles fueron los argumentos que en su momento motivaron el encierro cautelar y su duración excesiva (la mayoría de esas noticias, las personas estuvieron

detenidas entre dos y cinco años), pues de lo contrario la información termina hablando de consecuencias y no de causas. Cabe hacer notar que si esas personas hubiesen transcurrido el proceso en libertad la afectación de estar sujeta a un proceso, sin la prisión preventiva, hubiese sido sumamente menor y, tal vez, no hubiese sido noticia.

En nuestro país, el porcentaje general de procesados detenidos es mayor al de condenados. Esto significa que las cárceles están pobladas por personas que gozan del principio de inocencia y del derecho de transcurrir el proceso en libertad.

Cómo la sociedad afrontará la noticia de que una persona acusada de un delito transitará en libertad el proceso puede ser un elemento más que coadyuve a revertir aquella situación. Si la concepción general aceptara que el respeto por los derechos y principios constitucionales parte de la base que la prisión preventiva es una excepción, se comenzará a efectuar un cambio importante sobre todo en aquellos jueces que toman algunas decisiones mirando las repercusiones públicas de sus decisiones.

La propuesta debe encaminarse a efectuar un cambio cultural sobre qué significa la prisión preventiva, cómo aquella afecta a la persona sujeta a proceso penal y, sobre todo, que su utilización desmedida produce peores consecuencias en el fortalecimiento del sistema democrático.

Para que ello suceda, insistimos en que se requerirá trabajar en conjunto desde distintos ámbitos - los tres poderes, la sociedad y los medios de comunicación- para lograr una aplicación adecuada y no un uso distorsionado del instituto en cuestión.

VII. PROPUESTAS DE CAMBIO

1. Legislación vigente y reformas normativas

1.1 Introducción

Este capítulo estará dedicado al análisis de la legislación de las jurisdicciones seleccionadas en esta investigación, específicamente en lo que refiere a su adecuación normativa a las pautas señaladas en los apartados anteriores.

En esta labor, se procurará identificar cuáles son los ejes críticos presentes al interior de cada sistema, focalizando la atención en aquellos aspectos que, en el contexto de este trabajo, demostraron incidir sustantivamente en el modo en que opera este instituto.

Las consideraciones que aquí se formulen, vale aclarar, no desconocen que muchas de las deficiencias normativas que exhibe el encierro cautelar deben ser necesariamente entendidas dentro del contexto procesal en el que operan. En efecto, la aplicación de esta medida, tan trascendente dentro la dinámica de nuestros sistemas de justicia penal, se encuentra indiscutiblemente arraigada a las posibilidades que brinda la persecución penal en términos mucho más generales y, en consecuencia, a la forma en la que se organiza el trabajo de los actores que intervienen en él.

La propuesta de reforma normativa que aquí se presenta, se estructura a partir de aquellos ejes que brindan mayor racionalidad a la discusión sobre la prisión preventiva, y que concilian su utilización a las pautas constitucionales ya enunciadas.

1.2 Puntos focales y debilidades normativas

De conformidad con lo señalado precedentemente, en este apartado se estudiarán las particularidades del sistema procesal penal federal y de los de las provincias de Córdoba, Santa Fe y Chubut, con el propósito de detectar con mayor precisión los problemas que presentan estas jurisdicciones respecto de los componentes desarrollados en esta investigación.

1.2.1 La regulación de los peligros procesales

Este primer dispositivo, determina la consagración de aquellos indicadores que, objetivamente, orienten el análisis de la prisión preventiva en torno al peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, dotándolos de un contenido más riguroso y concreto. Se procura evitar así que la mera enunciación de estos preceptos legales habilite la incorporación de las presunciones legales propias de los modelos inquisitivos.

En el caso de la jurisdicción federal, como ya se indicó en los capítulos anteriores, la medida más gravosa se regula en base a criterios básicamente sustancialistas, mientras que la previsión de los supuestos que habilitan el análisis de riesgos procesales resulta francamente deficiente.

En efecto, en este sistema procesal, que consagra un modelo de fuerte contenido inquisitivo, los criterios rectores se concentran principalmente en un examen sobre la pena en expectativa. Así, se adopta como criterio central para la procedencia del encierro cautelar que el delito imputado importe una pena privativa de la libertad, y que, en el caso, se estime provisoriamente que no procederá una condena de ejecución condicional (art. 312 CPPN).

De igual modo, los institutos de exención de prisión y excarcelación, resultan procedentes en tanto la pena que pudiere corresponder al imputado no fuere superior a los ocho años de pena privativa de la libertad, o si se estimare una posible ejecución condicional de la sanción. Asimismo, se establece que la excarcelación podrá ser concedida también cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista para los delitos que se le atribuyan; cuando se hubiere cumplido la sanción solicitada por el fiscal; cuando se hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme; y, finalmente, cuando se hubiere cumplido en detención o prisión

preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios (arts. 316 y 317 del CPPN).

Como se observa, la regulación en base a todas estas circunstancias importa, en mayor o menor medida, desconocer el estado de inocencia que goza la persona sometida a un proceso penal, a la vez que condiciona a quien tiene la responsabilidad de decidir a realizar una evaluación en base a un pronóstico de pena.

De modo complementario, y sólo para los casos en que la pena en expectativa permitiese la condena de ejecución condicional, se establecen pautas asociadas a peligros de elusión y de entorpecimiento de las investigaciones que permiten el dictado de la injerencia. Estas pautas consisten en una valoración provisional de las características del hecho, la posible declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado y la constatación de excarcelaciones anteriores (art. 319 del CPPN). En este sentido, es evidente que tanto la valoración de la declaración de reincidencia como el hecho de que el imputado haya gozado de excarcelaciones anteriores, representan fundamentos de claro anclaje sustancialista, muy alejado de la capacidad de analizar peligros procesales concretos.

Por último, y como corolario de lo anterior, el sistema federal inhabilitó la concesión de la libertad, aun cuando pudiera proceder la condena condicional, para los casos en los que se trate de los delitos previstos en los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal (316 del CPPN).

La legislación de la Provincia de Córdoba, si bien reúne criterios más claros en torno a la discusión de los riesgos procesales, mantiene muchos parámetros de tradición inquisitiva, que trastocan notablemente el sentido de la prisión cautelar como medida de coerción.

En este sistema, en un sentido similar al señalado para el procedimiento federal, el dictado de la prisión preventiva es procedente en tanto se trate de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad, en los que no aparezca procedente, en principio, una condena de ejecución condicional. De este modo, la lógica del procedimiento cordobés sigue sosteniendo, tal como se explicara en los capítulos anteriores, el pronóstico de pena como criterio señero de valoración (art. 281 CPP Córdoba.).

Por otra parte, al incorporar la necesidad de evaluar riesgos procesales, dirigidos al análisis de los casos en los que pudiera proceder la condena condicional, la legislación cordobesa señala como categorías de referencia la falta de residencia y la declaración de rebeldía (art. 281 CPP Córdoba). Esto, si bien representa un avance importante respecto de la formulación que

adopta el sistema federal, y aún cuando se establecen como criterios indicativos, debería estar complementado con un catálogo más nutrido de supuestos para fundar el peligro de fuga y de entorpecimiento de las investigaciones.

Finalmente, es posible observar que en esta jurisdicción se añaden también como criterios de evaluación de los riesgos el sometimiento a proceso, el cese de prisión preventiva anterior, y la condición de reincidente (art. 281 CPP Córdoba). Respecto de estos últimos, en tanto importan criterios asociados a la determinación de la pena, funcionan encubiertamente como criterios claramente sustancialistas.

En cuanto a las jurisdicciones de las Provincias de Santa Fe y Chubut, la regulación de sus códigos procedimentales evidencia una concepción del régimen de la institución mucho más moderna respecto de la necesidad de establecer riesgos procesales. En Santa Fe, el peligro de fuga y de entorpecimiento se objetiva mediante la ausencia de residencia fija, el comportamiento del imputado durante el procedimiento u otro anterior, en tanto indique su voluntad de perturbar o no someterse a la persecución penal (art. 220 CPP Santa Fe).

El catálogo del sistema procesal de la provincia de Chubut es notablemente más amplio. El peligro de fuga se determina por la falta de arraigo (domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto), y el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indica su voluntad de someterse a la persecución penal. En lo que al entorpecimiento de las investigaciones concierne, se establece como parámetro la sospecha grave de que el imputado podrá destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; influir sobre otros imputados, testigos o peritos, o inducir a otros a tales comportamientos (arts. 221 y 222 del CPP Chubut).

Sin perjuicio de ello, es importante señalar que en ambos casos se establecen ciertos criterios que revelan pautas de evaluación que, aún autónomamente, condicionan la decisión sin la capacidad de proporcionar información real sobre el riesgo de fuga o el entorpecimiento de la investigación.

En el caso de Santa Fe, esto queda de manifiesto al regular la presunción de peligrosidad procesal en base a la pena en expectativa y a la magnitud del daño a resarcir (art. 220 CPP Santa Fe). Asimismo, en Chubut, esto se verifica también cuando se consigna, dentro del riesgo de fuga, la pena en expectativa, las características del hecho y la importancia del daño resarcible (art. 221 CPP Chubut).

De igual modo, el sistema procesal de esa provincia establece como criterio de procedencia una ponderación sobre el número de delitos imputados y su carácter, como así también de la existencia de procesos pendientes, condenas anteriores, y de la alta probabilidad de que el imputado se vincule a otro u otros procedimientos en la misma calidad (art. 221 CPP Chubut). Todos estos supuestos delimitan, claramente, un espacio en el que la valoración judicial se aleja notablemente de una evaluación racional sobre los riesgos ya apuntados. Por otro lado, rompe con la lógica que pretende regular el sistema previsto en Chubut, pues en definitiva el alcance de esa norma apunta a utilizar a la prisión preventiva para los casos de reiterancia delictiva o lo que es peor, de la sospecha de que lo hará.

En definitiva, tomando como parámetro las circunstancias antes apuntadas, en el contexto fijado para esta investigación se entiende que una propuesta que pretenda regular adecuadamente la procedencia de la prisión preventiva debe preocuparse, con singular interés, por someter el análisis de cada caso a un examen riguroso sobre los peligros procesales. Para ello, es preciso que se fijen las pautas indicativas sobre el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, tratando cada supuesto diferenciadamente y evitando incorporar cualquier elemento que remita a criterios de aplicación sistemática del encierro preventivo.

1.2.2 La regulación de límites a la prisión preventiva

Este componente supone la inclusión de previsiones normativas que delimiten la utilización de la prisión preventiva, como herramienta indispensable para dotar de mayor racionalidad y proporcionalidad al encierro cautelar.

Como hemos visto en el punto anterior, tanto las legislaciones del sistema federal como el cordobés, la procedencia del instituto esta signada a los casos en los que la pena en expectativa del delito imputado permita inferir que no procederá a la ejecución condicional. En este sentido, y tal como fuera explicado en los capítulos previos, es claro que un sentido mínimo de proporcionalidad impide que la medida cautelar sea más gravosa que la sanción. En los sistemas mencionados, este piso se ve ciertamente vulnerado por la incorporación de los peligros procesales que habilitan en estos supuestos la decisión de imponer un encierro (arts. 312 y 319 del CPPN y 281 del CPP Córdoba).

En el caso de Santa Fe, esta cuestión encuentra una formulación más coherente, en tanto la condición de su procedencia es que la pena privativa de libertad que pudiera corresponder, en caso de condena, resulte de ejecución efectiva (art. 219 CPP Santa Fe).

Por su parte, la legislación procesal penal de la provincia de Chubut incorporó este dispositivo de limitación al establecer que no es posible ordenarla cuando el hecho imputado no prevea una pena privativa de libertad, o cuando el análisis del caso determine que no es posible esperar la ejecución de una pena privativa de la libertad. Asimismo, este modelo correctamente regula que, para estos supuestos, sólo podrán ser aplicadas otras medidas de coerción distintas de aquella. Por último, indica que el encierro cautelar no se aplica a los delitos de acción privada, con la salvedad de aquellos casos que, a pedido del acusador, sea necesaria la prisión para hacer comparecer al imputado a las audiencias del juicio en las que sea necesaria su presencia (art. 220 CPP Chubut).

Con todo, se advierte que, aún en los casos de Santa Fe y Chubut, es posible añadir otros parámetros que impidan el dictado del encarcelamiento provisorio en miras a dar, como se dijo, mayor racionalidad y proporcionalidad a la utilización de esta medida –aunque no así de otras medidas de coerción–, tales como los hechos cometidos en ejercicio de la libertad de expresión o derivados de cuestionamientos en temas públicos, y los que involucren a personas mayores de edad, mujeres embarazadas o en el primer año de lactancia, y a quienes padezcan enfermedades graves y riesgosas.

1.2.3 La regulación de audiencias orales

La oralidad constituye un principio que, como ya se señaló, excede por mucho al estudio de las medidas cautelares. No obstante, su enorme valor hace sumamente relevante que la discusión sobre la prisión preventiva esté regulada mediante un sistema de audiencias. En un esquema en el que la problematización de la aplicación de esta medida se concentra en la existencia de riesgos procesales, el sistema oral potencia considerablemente la posibilidad de que las partes acerquen mayor información a los jueces.

En este sentido, ya hemos visto que el sistema federal se concibe dentro de la lógica de los modelos procesales mixtos, caracterizados, en lo que aquí interesa, por una etapa preliminar sumamente formalizada.

Es decir, en este caso, la discusión se integra dentro de un sistema escritural, circunscripto a la decisión judicial en determinados momentos del proceso, particularmente al disponer el procesamiento del imputado. Las cuestiones relativas a la libertad, por su parte, se tramitan incidentalmente bajo las reglas fijadas por los institutos de exención de prisión y de excarcelación. Recientemente, una reforma sobre los trámites de las apelaciones permitió incorporar, incipientemente, un sistema de audiencias orales en el que es posible discutir a prisión preventiva dentro del marco recursivo previsto por el código (Ley N° 26.374).

En el caso de la provincia de Córdoba, al mantener un sistema acusatorio con una etapa preliminar sumamente formalizada, se replica, en lo sustancial, la mecánica de trabajo escrito de los sistemas de tipo mixto e inquisitivo. De este modo, en lo que refiere a la posibilidad de discutir en audiencias las circunstancias propias de la prisión preventiva, este sistema no difiere del modelo federal.

Los códigos procesales de Santa Fe y Chubut, por el contrario, tienen estructurado un sistema acusatorio bajo la lógica de audiencias orales para la resolución de incidencias durante la etapa preliminar. Es interesante destacar que toda la regulación normativa en materia de prisión preventiva en estos sistemas ya incorpora un diseño que ordena el desarrollo que deben tener las audiencias.

En efecto, en la legislación de Santa Fe se indica expresamente que son el fiscal o el querellante quienes deberán fundar su pedido cautelar durante una audiencia oral y pública (art. 224 CPP Santa Fe). En esa misma oportunidad, se prevé la posibilidad de producir prueba y se obliga a los jueces a dar a conocer su decisión en este acto. Sobre esto último, parece cuestionable, sin embargo, que la resolución fundada se realice por escrito en el término de las veinticuatro horas siguientes.

No obstante, es la regulación de Chubut la que luce más adecuada en este punto. En esta provincia, la audiencia está exclusivamente dirigida a que las partes que la solicitan demuestren expresamente la necesidad de la medida cautelar. También aquí está prevista la posibilidad de producir prueba, e incluso la prórroga de la audiencia para el día siguiente en caso de que resultase pertinente a tales efectos. Otra cuestión saliente es que la resolución fundada que se dicte respecto de la procedencia o no de la medida, debe realizarse directamente durante la audiencia y debe hacerse constar en el acta que se abre para su registro (art. 223 CPP Chubut).

Como puede observarse, a pesar de algunas diferencias, lo sustancial es que los modelos que introducen el componente de la oralidad establecen un sistema normativo en el que el desarrollo de la audiencia está dirigido a que se determine una explicación sobre la participación del imputado en los hechos que se le atribuyen y de los riesgos procesales que el juez debe considerar para adoptar una decisión sobre la prisión preventiva.

Por último, resta considerar la necesidad de que los códigos procesales prevean con singular precisión las audiencias en las que se realiza el control de las detenciones y la solicitud de la medida cautelar (art. 219 CPP Chubut). Como ya fuera explicado en los capítulos anteriores, la instrumentación de estas audiencias es

una clara derivación de los modelos con sistemas de audiencias, en tanto señalan un breve lapso para que el fiscal solicite y justifique la transformación de la detención en una prisión preventiva u otra medida cautelar.

Por este motivo, es fundamental que este el control de la detención sea inmediato, puesto que ahí se discutirá en primer término la legalidad de la detención, para luego poder avanzar en la formulación de cargos y en la motivación sobre la medida cautelar que, en su caso, podría pretender el Ministerio Público Fiscal.

1.2.4 Regulación de la prisión preventiva como interés de parte

La importancia de incorporar este componente se relaciona con la necesidad, aún confusa en nuestros sistemas procesales, de ordenar el rol que deben ocupar las partes en el proceso. Los procesos que tergiversan el papel que debe cumplir cada uno de los actores que intervienen durante el proceso penal, dejan en manos de quien se encuentra a cargo de llevar adelante la investigación la decisión sobre el dictado de la prisión preventiva.

Los procedimientos penales diseñados bajo las prácticas de los modelos inquisitivos, en tanto ponen en cabeza del juez la investigación propia de la etapa preliminar, dejan que la decisión sobre el encierro cautelar esté supeditada a las condiciones de oficialidad, que se desprenden tanto de la aplicación de criterios sustancialistas como de la dinámica propia de los autos de mérito que ordenan el trabajo escrito en la etapa preliminar. Tal es el caso del sistema federal (art. 312 CPPN y siguientes), vale aclarar que, en esta jurisdicción, este criterio no se modifica para los casos en que el magistrado decida delegar el trámite de la investigación en el Ministerio Público Fiscal (art. 196 y siguientes del CPPN).

En cuanto al caso cordobés, es claro ejemplo de que la regulación normativa de los códigos acusatorios de primera generación arrastra muchos vicios del modelo inquisitivo. En esta provincia, el traspaso de funciones dejó como saldo que la decisión sobre el dictado de la prisión preventiva pueda quedar en manos del representante del Ministerio Público Fiscal, con la posibilidad de ser revisada por el juez cuando medie un pedido de parte.

Como puede notarse, en ninguno de estos casos el rol de los jueces y fiscales es el adecuado.

Muy por el contrario, los códigos procesales de Santa Fe y Chubut lograron establecer un modelo en el que es el interés de los acusadores el que motiva el pedido concreto de la medida cautelar, y cuya decisión, lógicamente, corresponde al juez que debe intervenir en el caso (art. 219 CPP Santa Fe y art. 223 CPP Chubut).

Sin lugar a dudas, este último es el criterio que debe seguir todo sistema que pretenda establecer un mecanismo lógico para la intervención de los sujetos procesales que intervienen en la discusión del encierro preventivo.

1.2.5 Regulación de un régimen gradual de medidas cautelares

Este componente representa una de las cuestiones más salientes para dar coherencia a la utilización de la prisión preventiva, y es que ésta se encuentre integrada dentro de un espectro más amplio de medidas cautelares dirigidas a contrarrestar el peligro de elusión o de entorpecimiento de las investigaciones judiciales.

En este punto, una vez más, la legislación del sistema federal es sumamente deficiente. Aquí, la medida cautelar disponible es, en esencia, el encarcelamiento preventivo. Como contrapartida, se establece un mecanismo de cauciones (juratoria, personal o real) que deben operar en caso en que se conceda la excarcelación. Es decir, no existe un registro real de medidas para que los jueces puedan asegurar las necesidades de cautela con menor intensidad que el encierro.

Por su parte, el régimen procesal penal de la Provincia de Córdoba también contiene un régimen de cauciones, aunque no como presupuesto de la concesión de la libertad. En este sentido, la caución (personal o real) asegura el cumplimiento de las obligaciones de fijar y mantener domicilio, permanecer a disposición de la justicia y de abstenerse de realizar cualquier acto que obstaculice el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Aunque sumamente deficiente, también se establece la posibilidad de imponer al imputado la obligación de no ausentarse del lugar en el que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad o someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente (art. 268 CPP Córdoba).

Por otra parte, merece destacarse que en esta jurisdicción se prevé la posibilidad de que las mujeres “honestas” y las personas mayores de sesenta años de edad o valetudinarias puedan cumplir la prisión preventiva en su domicilio. Ello siempre que se estimare que, de resultar condenadas, no se les impondrá una pena superior a los seis meses de prisión (286 CPP Córdoba).

Como contrapartida, en las provincias de Santa Fe y Chubut sí se previó (con similar redacción) un auténtico régimen alternativo al encierro para los casos en los que existan peligros procesales. El criterio rector, correctamente regulado, establece que siempre deberán priorizarse estas medidas frente al encierro, las que podrán imponerse solas o combinadas según se considere adecuado.

Así, dependiendo de las circunstancias del caso, se podrá obligar al imputado a someterse al cuidado de una persona o de una institución; a presentarse periódicamente ante alguna autoridad; a no salir de un ámbito territorial determinado; y a no concurrir a determinados lugares o comunicarse con determinadas personas. Además, prevén la posibilidad de fijar una caución patrimonial, como así también la promesa jurada de someterse al procedimiento penal.

En estas jurisdicciones, se incorporó también la posibilidad de morigerarla mediante prisión domiciliaria, salidas laborales y de afianzamiento de vínculos familiares. En estos casos, el control se ejerce asignando la responsabilidad y cuidado a una persona o institución que se comprometa y suministre informes periódicos. También se permite el ingreso a una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella.

En el marco de la propuesta que aquí se presenta, se propone la incorporación de nuevos supuestos, con el propósito de ampliar las posibilidades de aplicación de medidas alternativas. Entre ellos, se destacan la retención de documentos de viaje; el abandono del domicilio en casos de violencia doméstica; y, bajo la lógica de incorporar nuevas tecnologías, la vigilancia del imputado mediante dispositivos electrónicos de rastreo.

1.2.6 Regulación de fijación previa de plazos para la imposición de medidas cautelares

Este punto refiere a la necesidad de vincular las medidas cautelares a una estimación cierta sobre su duración. Esto se inscribe, claro está, en la lógica de un sistema que ponga la investigación en cabeza del Ministerio Público Fiscal, y en el que la discusión sobre la pertinencia de la prisión preventiva pueda incorporar una previsión del trabajo que insumirá cada caso. Esta herramienta, proporciona información adicional al juez que tiene que resolver, que racionaliza y enriquece la justificación de los riesgos procesales.

En este sentido, por la tradición procesal a la que se encuentran ceñidas, la regulación del sistema federal y de la Provincia de Córdoba no prevén de ningún modo este mecanismo. Aquí la determinación del plazo se rige por las leyes que establecen el tope máximo de duración, lo que importa una evaluación ex post de la medida, como ya fuera explicado al inicio de esta investigación.

La legislación de Santa Fe tampoco incorporó una regulación de estas características. El juego armónico de la normativa vinculada a la prisión preventiva y a la audiencia de imputación de cargos (arts. 223 y 274 CPP Santa Fe), no impone la necesidad de establecer cuánto tiempo se prevé para la duración de trámite preliminar.

Sobre esta cuestión, la previsión más avanzada se encuentra, nuevamente, en la legislación de la Provincia de Chubut. Aquí, se habilita al juez a que de oficio o a pedido de parte fije un plazo menor para el cierre de la investigación, en la medida de que las características del caso lo permitan. Ello habilita a que el encierro cautelar se inscriba dentro de un lapso temporal directamente asociado a la capacidad de concluir la etapa investigativa. En estos casos, se establece la posibilidad de solicitar prórrogas para su prolongación, donde la necesidad de ampliar el término de la prisión preventiva debe estar nuevamente justificada (art. 223 CPP Chubut).

Se advierte entonces que una propuesta normativa consciente de la necesidad de regular adecuadamente este componente, debe establecer la obligación de precisar sobre la duración de las medidas cautelares en base a las necesidades de la investigación que lleva a adelante el Ministerio Público Fiscal.

1.2.7 Regulación sobre el cese de la prisión preventiva

Este último componente, directamente asociado al que fuera tratado en el punto anterior, determina las pautas para el cese de la prisión preventiva. Una regulación en estos términos permite invertir la lógica del procedimiento por el cual se tramitan incidentes de excarcelación en los sistemas con reminiscencias inquisitivas.

Para la jurisdicción federal, ya quedó establecido que este tipo de mecanismos no se encuentra presente, más allá de los plazos que establece la Ley 24.390.

En lo que a la justicia cordobesa refiere, se previeron diversos supuestos para su cesación, que operan de oficio o a pedido del imputado. Ello procede cuando existan nuevos elementos de juicio que demuestren que no concurren los motivos previstos para su dictado; cuando el encierro no fuera indispensable para asegurar los fines del proceso; cuando se estimare que, en caso de recaer condena, el imputado no quedará privado de su libertad por un tiempo mayor al que sufrió en prisión preventiva; y, finalmente, cuando la duración excediere los dos años sin el dictado de una sentencia firme. No obstante, este código prevé también la posibilidad de obtener una prórroga en razón de la complejidad de la investigación (art. 283 CPP Córdoba).

En el caso de Santa Fe, la cesación de la injerencia opera de oficio cuando el tiempo de detención no guardara proporcionalidad con el encarcelamiento que pudiese corresponder en caso de condena. Asimismo, procede cuando la duración de la medida superase los dos años. También aquí es posible la otorgación de una prórroga, por el lapso de un año (art. 227 CPP Santa Fe).

Para Chubut, la cesación procede cuando se presentan nuevos elementos de juicio que demuestren que no subsisten los motivos que fundaron el encarcelamiento o permitan la aplicación de otra medida cautelar; cuando la duración supere o equivalga a la condena que se espera; y cuando se cumpla el plazo máximo de duración del procedimiento o de conclusión de la investigación preliminar. En este último caso, las únicas medidas de coerción posible serán aquellas que aseguren la comparecencia a determinados actos (art. 226 CPP Chubut).

Como se puede observar aquí, una propuesta amplia y eficiente de supuestos de cese debe contemplar, por un lado, una dimensión que consigne un plazo máximo de duración y, por el otro, un conjunto de limitaciones temporales específicas asociadas a supuestos en los que la prolongación de la detención haga irracional el mantenimiento de la medida.

1.3 Propuesta de legislación modelo en materia de medidas de coerción

Este apartado contiene una propuesta normativa que asume, en forma integral, las consideraciones tratadas precedentemente. Se trata de una propuesta de tipo orientativa, dedicada a promover reformas que mejoren la regulación prevista en las jurisdicciones analizadas a lo largo de este capítulo.

En tal sentido, quedó establecido con claridad que los sistemas de justicia federal y cordobés son los que merecen mayores recomendaciones. No obstante ello, se entiende que el aporte que a continuación se realiza puede ser útil para cada uno de los casos tratados, en tanto permite redefinir muchas de las prácticas sobre las cuales se discute actualmente el encierro cautelar.

Medidas Cautelares

a. Principios generales

Las medidas de coerción deben operar en forma excepcional y no podrán ser impuestas, de oficio, por el juez.

b. Medidas de coerción

El fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso, y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición de cualquiera de las medidas que se indican a continuación:

- 1) La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

4) La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;

5) La retención de documentos de viaje;

6) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;

7) El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado;

8) La prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada o la contratación de un seguro de caución;

9) La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;

10) El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;

11) La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. El requirente deberá, en este supuesto, brindar las razones de la improcedencia de las restantes.

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el fiscal o la querrela, el juez deberá imponerle alguna de las previstas en el presente Artículo, en forma individual o combinada.

c. Detención

El fiscal podrá pedir al juez la detención del imputado cuando existan suficientes indicios para sostener, razonablemente, que procedería la prisión preventiva, y aquella sea necesaria para preparar y fundar un pedido de imposición de esta medida. El juez ordenará la detención o denegará sumariamente el pedido.

En los mismos casos, si no hubiese un juez inmediatamente disponible y existiese peligro en la demora debidamente fundado, el fiscal podrá ordenar por sí la detención del imputado poniéndolo a disposición de aquél una vez que la misma se haya hecho efectiva.

La detención, en ninguno de ambos casos, podrá superar las 24 horas.

d. Limitaciones a la prisión preventiva

En ningún caso procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos:

- 1) Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiese resultar de aplicación una condena condicional;
- 2) Cuando se trate de hechos cometidos en ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas;

3) En los delitos de acción privada; y

4) Cuando se trate de personas mayores de 70 años, de mujeres en los últimos meses de embarazo, de madres durante el primer año de lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y riesgosa.

e. Condiciones y requisitos

Al solicitar la imposición de una o varias de las medidas de coerción, el fiscal o el querellante deberán:

1) Acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en él;

2) Justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso;

3) Indicar el plazo de duración que estime necesario de la medida, según las circunstancias del caso.

El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente.

f. Peligro de fuga

Para decidir acerca del peligro de fuga se podrá tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas:

1) Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;

2) El comportamiento del imputado durante el procedimiento, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la persecución penal, y en particular, si incurrió en rebeldía, o si hubiese ocultado información sobre su identidad, o domicilio, o si hubiese proporcionado una falsa.

g. Peligro de entorpecimiento

Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se podrá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado:

1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;

2) Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o

3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

h. Procedimiento

El requerimiento de una medida de coerción se formulará y decidirá en audiencia, garantizando los principios de contradicción, intermediación, publicidad y celeridad. No se podrá aplicar una medida de coerción sin expreso pedido del fiscal o el querellante.

En dicha audiencia, el fiscal deberá especificar, el lugar de detención, el plazo de duración de la medida y el plazo requerido para llevar adelante la investigación penal preparatoria. En el caso de que sea solicitada únicamente por el querellante, deberá exponer la duración y los motivos de su extensión.

Cuando se solicite la prisión preventiva del imputado que se encuentre previamente detenido, la audiencia deberá celebrarse dentro del plazo máximo de 24 horas contadas desde que la detención tuvo lugar.

El juez le dará al imputado la oportunidad de ser oído, con la asistencia e intervención de su defensor, quienes también podrán cuestionar el lugar y demás condiciones donde cumplirá la prisión preventiva. Asimismo, escuchará al querellante, cuando este solicite tomar intervención, y resolverá inmediatamente el planteo.

La resolución que imponga una medida de coerción deberá individualizar al imputado, enunciar los hechos que se le atribuyan, su calificación legal, expresar las circunstancias que dan fundamento a la medida y fijar el plazo por el cual se establece.

Si se hubiere ordenado la prisión preventiva, se fijará el plazo de su duración que no podrá exceder de tres meses, vencido el cual el juez, previa audiencia en la cual oír a las partes, decidirá si corresponde o no su extensión. Las renovaciones que se dispongan individualmente no podrán exceder de tres meses y serán resueltas por el mismo procedimiento hasta el límite máximo fijado en el Artículo siguiente.

La resolución que imponga, renueve o rechace la prisión preventiva o cualquier otra medida de coerción será revisable, sin efecto suspensivo, dentro del plazo de 24 horas.

i. Límite temporal de las medidas de coerción

La prisión preventiva cesará en los siguientes casos:

- 1) Si se hubiere superado el plazo máximo establecido para la duración de la investigación preparatoria, o prórroga, sin que se formule la acusación;
- 2) Si no se hubiese abierto la audiencia de juicio dentro del plazo establecido en este Código;
- 3) Si no se hubiere resuelto la impugnación contra de la sentencia condenatoria dentro de los seis meses desde su interposición.
- 4) Cuando el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal.
- 5) Cuando el imputado hubiere agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por la sentencia no firme;
- 6) Cuando el imputado hubiere sufrido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido solicitar la libertad condicional o la libertad asistida.

Vencidos los plazos establecidos en los párrafos anteriores el imputado quedará automáticamente en libertad. No

podrá imponerse nuevamente la prisión preventiva cuando una anterior hubiese cesado por cualquiera de las razones enunciadas precedentemente; ello sin perjuicio de las facultades para hacer comparecer al imputado a los actos necesarios del proceso o de la aplicación de otras medidas de coerción.

j. Demora respecto de medidas privativas de la libertad

Cuando se haya planteado la revisión de una medida cautelar privativa de libertad y el juez no resuelva dentro de los plazos establecidos en el Código, el imputado podrá urgir pronto despacho y si dentro de veinticuatro horas no obtiene resolución corresponderá la libertad por imperio de la ley.

Para hacerla efectiva se solicitará al juez con funciones de revisión que la ordene de inmediato, quien deberá notificar la demora al Consejo de la Magistratura.

2. Medidas cautelares y Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos (OMAS)

Parte de la propuesta de la investigación, consiste en reconocer la necesidad de que los códigos procesales incorporen medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, bajo determinados supuestos. En segundo término, un organismo que se encargue de producir la información necesaria al momento de la detención, para que las partes puedan alegar en forma adecuada qué medida resulta más conveniente y, a su vez, supervisarlas.

2.1 Necesidad de regular medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva

Como se puso en evidencia al momento de relevar los códigos procesales penales de nuestro país, sólo algunas provincias –generalmente ligadas con las que reformaron sus sistemas procesales más modernos- establecieron un catálogo de medidas menos lesivas que el encierro. Así, se puede decir que diez provincias, previeron este sistema.

El resto de las jurisdicciones, o bien no la regularon (salvo aquellas que se vinculan directamente con cuestiones que hacen al agravamiento de las condiciones de detención, vgr., arresto domiciliario, mujeres con embarazo avanzado, con hijos menores de 5 años, etc.) o establecieron un catálogo de medidas de comparecencia cuando se les concede la libertad.

Estas últimas no pueden ser computadas como medidas cautelares en sí mismas. En primer lugar, porque proceden generalmente junto a la excarcelación, las que operan como condición resolutoria de ese instituto, presentándose una contradicción desde el punto de vista conceptual. Esto es así, pues si se otorga la excarcelación es porque no existieron los riesgos procesales (sobre todo en aquellos sistemas que plantean prisión o libertad). En segundo lugar, porque muchas veces aquellas medidas se imponen cuan-

do se ordena directamente la libertad (sea el juez o fiscal desde la comisaría). Esto implica una restricción a los derechos y garantías del imputado sin que se hayan evaluado la existencia del peligro de fuga o entorpecimiento. Por lo tanto, ese tipo de medidas carecen de legitimidad.

De esta forma, se advierte la necesidad que los códigos procesales penales establezcan un catálogo de medidas menos lesiva y en forma gradual. Sólo así podemos comenzar a replantear la discusión de la prisión preventiva.

2.2 Necesidad de cautela

El segundo aspecto se relaciona con la utilidad de la medida. La existencia de un catálogo de cautelares no implica que todos los casos en que se decide que la persona transitará el proceso en libertad, deba estar sujeta a una determinada condición. Si ello sucede, se produce una distorsión del sentido y finalidad de ese tipo de restricciones.

Los medios de coerción, sólo proceden si en el caso se presentan los dos requisitos que antes mencionáramos, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora; siempre que se advierta un peligro de fuga o entorpecimiento en la investigación.

Por lo tanto, en la audiencia que se discuta la imposición de algunas de alguna de ellas, será necesario que el fiscal demuestre la procedencia de aquellos supuestos. De lo contrario, tendremos una aplicación automática de restricciones a la libertad sin fundamento y se presentará el mismo problema que se advierte actualmente con la prisión preventiva, pero a través de la utilización de medidas menos lesivas.

2.3 Producción de información para decidir la cautela: Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos

El tercer elemento, que debería generar un verdadero cambio en el sistema cautelar, se relaciona con la prueba que se discute en este tipo de audiencias. Como vimos, la mayoría de los operadores judiciales limitan los elementos probatorios a los antecedentes penales, la constatación policial del domicilio o, en el mejor de los casos, el informe socio-ambiental solicitado para la determinación de la pena.

Esto genera que no se aporten elementos suficientes para reorientar la discusión de las medidas cautelares. Para producir un cambio cultural, resulta necesario que se produzca información de calidad sobre determinadas cuestiones que se vinculan con los indicadores objetivos y orientativos para valorar el peligro de fuga o entorpecimiento.

Ahora bien, al momento de decidir sobre la producción de elementos probatorios, surgen varios interrogantes, respecto a quién debe producir la información: ¿el fiscal? ¿la defensa pública? ¿que sucede cuando la defensa está a cargo de un abogado particular? ¿los jueces? ¿un oficina determinada? ¿Los Patronatos de Liberados?

Si bien todas estas cuestiones deberán ser evaluadas en cada caso en concreto, conforme la realidad de cada lugar, los recursos y sobre todo las prácticas instaladas, lo cierto es que en primer lugar debe reconocerse la necesidad que esa información se produzca.

El objetivo de garantizar la producción de información para discutir los indicadores no se limita a una cuestión estrictamente procesal sino que, antes bien, se vincula con claro objetivo político: asegurarse a través de esos elementos una modificación de las prácticas vigentes y circunscribir un nuevo objeto de discusión en las audiencias de las medias cautelares.

Ahora bien, el escenario de nuestro país (por sus normas y por sus prácticas) nos demuestra que estamos ante una situación sumamente compleja en la cual gran parte de quienes toman las decisiones jurisdiccionales aceptan sin mayor inconveniente la vigencia de criterios sustancialistas o sustancialismos encubierto. Por ello, si se pretende modificar una concepción fuertemente arraigada deben buscarse los mecanismos adecuados para romper con esas viejas prácticas.

Por ello una de las formas que entendemos resulta útil a esos fines es no dejar librado a los operadores judiciales que produzcan por sí solos la información sino a una oficina que se encargue de ello. En el mejor de los casos, si alguna de las partes desea producir sus propios datos, también podrán acercarlos a la audiencia.

Dicha oficina a la que denominamos Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos (OMAS) puede estar ubicada en alguna de las instituciones que forman parte del sistema judicial (Ministerio Público Fiscal, Defensa Pública, Ministerio de Justicia, etc.), siempre y cuando se garantice su independencia y se designe un organismo inter-institucional que tenga relación directa con el Director de la oficina para discutir y acercar propuestas para mejorar el sistema de colección de información y, como veremos, de supervisión de las medidas. El lugar institucional dependerá de la realidad de cada jurisdicción y los distintos acuerdos que existan con los actores involucrados.

En este sentido, lo importante del diseño de esta oficina es que logre entrevistar a la persona privada de la libertad, elabore un informe de las respuestas obtenidas (las preguntas serán consensuadas con ese organismo interinstitucional), proceda a constatar cada una de las circunstancias que aportó en la entrevista (Ej. Domicilio, grupo familiar, trabajo etc.). El informe, será presentado tanto al fiscal como a la defensa para que en la audiencia se evalúe cuál es la medida cautelar que correspondería tomar.

En este punto consideramos necesario efectuar una breve aclaración. A diferencia de lo que sucede en los sistemas comparados, a nuestro modo de ver la oficina no debe efectuar recomendaciones sobre cuál es la medida más idónea para el caso en base a una evaluación de los riesgos que

puede presentar una determinada persona. Ello así, pues se corre el peligro que en la audiencia sólo se proceda a homologar la propuesta que realiza la oficina (Ej. se recomienda que la persona comparezca una vez por semana a la oficina) y se traslade una decisión que debe ser jurisdiccional a una oficina administrativa. El segundo lugar, porque esa medición es justamente una de las tareas esenciales que deben cumplir los operadores judiciales en la audiencia.

De esta manera, la oficina debe limitarse a levantar la información y elaborar un informe para acercar a la audiencia elementos para que las partes debatan sobre los posibles riesgos.

La otra función que corresponde asignarle a esta oficina se vincula con la supervisión de las medidas que disponga el juez. Aquí también se presenta un punto esencial en la búsqueda de efectuar un cambio cultural.

Prever un catálogo de medidas cautelares que luego no será utilizado o sólo se recurra a él en forma excepcional, implica una enunciación virtual y no real, por lo tanto se debe garantizar que los operadores las identifiquen como un medio idóneo. Para que ello suceda, las condiciones que se fijen se deben supervisar en tiempo y forma lo que generará mayor confianza para que los fiscales y el juez comiencen a utilizarlas.

De esta manera, la oficina que recaba la información también debe efectuar el control de las decisiones que tome el juez e ir informando a las partes si se advierte algún problema o incumplimiento.

Al mismo tiempo, esa oficina también debe tener la posibilidad de interactuar con otros organismos estatales a los efectos de trabajar en aquellas cuestiones de vulnerabilidad que advierta en la persona bajo supervisión. Es decir que podrá gestionar con los Ministerios de Educación, de Salud, Trabajo, etc., acuerdos interinstitucionales para brindar las herramientas que sean necesarias.

Por último, y no por ello menor, esta oficina también debe encargarse del control de todas aquellas decisiones que impliquen una salida alternativa al proceso penal (suspensión del juicio a prueba, el control de lo que se acuerde en los procesos de mediación o conciliación, etc.).

Esta función que hoy se encuentra a cargo de muchos patronatos de liberados debe ser repensada, pues quedó demostrado que el número de casos que esos organismos controlan no puede ser realizado en forma adecuada. Ello es así, pues también se encargan de supervisar el cumplimiento de las reglas de conducta que se les impongan a las personas que fueron liberadas luego de cumplir parte de la condena (libertad condicional, libertad asistida) o las condenas de ejecución condicional.

El organismo que se encarga de trabajar en la reintegración de las personas que cumplieron pena de prisión es

sumamente importante como para adicionarle el control de otros institutos.

Por ello, las OMAS deben trabajar con una lógica diferente y pasar a controlar todas aquellas cuestiones que implicaron una salida diferente al proceso penal o al encierro cautelar.

3. Proyecto de Reglamento de la Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos (OMAS)¹¹⁶

Como último aspecto de esta investigación, presentaremos un modelo base de las Oficinas de Medios Alternativos y Sustitutivos, a los efectos de mostrar el diseño de organización y las funciones que tendrían este organismo en la producción de información y la supervisión de las medidas.

1. Exposición de motivos

Todo individuo imputado de un delito tiene derecho a permanecer en libertad hasta que una sentencia condenatoria firme determine su responsabilidad penal y lo sancione a una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento. El uso de la prisión preventiva ha sido totalmente abusivo, por lo cual, más allá de los desarrollos dogmáticos que se puedan realizar, hay que generar prácticas o mecanismos que permitan reducir la utilización de las medidas de coerción, en especial, la prisión preventiva a lo estrictamente necesario y justificado.

La resolución en audiencia de una medida cautelar resulta ser un mecanismo eficiente si a ella no se arriba solamente con consideraciones jurídicas o destacando discusiones dogmáticas. Por el contrario, se deberá resolver previo a debatir la necesidad de cautela, sobre la base de la información que introduzcan las partes, a partir de la información concreta que se recolecte previamente.

Al día de hoy, la determinación del peligro de fuga de un imputado sólo se establece por la gravedad del hecho imputado y sus antecedentes penales. Más allá de las voluntades individuales de los operadores del sistema penal, no hay un mecanismo que permita, a todos los individuos que pueden ser privados preventivamente de su libertad, recopilar información para evaluar en un sentido integral un real peligro procesal de fuga, por parte de los operadores judiciales.

Con este objetivo, la oficina tendrá como labor inicial, ante un eventual pedido de un representante del Ministerio Público Fiscal de prisión preventiva u otra medida morigerada, la tarea de recabar información del imputado, a través de una entrevista. Para que los datos relevados se conviertan en información de alta calidad, será necesaria que sea verificada a través de los distintos mecanismos posibles. Con ella, las partes en igualdad de condiciones, podrán controvertir exhaustivamente todos los presupuestos de las medidas de coerción para luego, el juez decidir la

necesidad de la imposición de la misma, con el fin de asegurar la presencia del imputado en las diversas etapas del juicio y evitar que se perjudique el desarrollo del proceso por injerencias ilícitas del imputado.

Otra actividad que la oficina puede satisfacer, es la de controlar o supervisar todas las medidas de coerción morigeradas impuestas. En el presente, esa labor está a cargo del propio juez que dictó la medida pero no cuenta con capacidad operativa para controlar en forma activa las medidas que impuso, a excepción de la carga del imputado de presentarse periódicamente en la sede del tribunal. Cabe agregar que, a pesar de que existen otros organismos diseñados para asistir a los liberados luego de cumplir condena privativa de la libertad, reglamentariamente esa labor tampoco resulta ser cubierta por ellos. Es inevitable, que esta ausencia de control, incide de modo negativo para la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva.

En forma paralela, esta oficina podrá asumir la función de controlar el cumplimiento de todas las reglas y/o acuerdos que se fijen en el marco de salidas alternativas al proceso.

2. Objetivos

Toda persona imputada de un delito a la que se le pueda imponer una medida cautelar, podrá voluntariamente someterse a la asistencia que preste el servicio cautelar.

Las actividades centrales del servicio cautelar son las siguientes:

2.1 Relevar y corroborar información de alta calidad para que las partes puedan debatir en audiencia la procedencia o no de medidas de coerción y el juez resolver sobre la base de la prueba y las consideraciones jurídicas introducidas por las partes.

2.2. Supervisar las medidas de coerción morigeradas.

2.3. Comprobar el cumplimiento de las reglas de conducta y/o acuerdos realizados en el marco de medidas alternativa al proceso.

3. Principios

Los servicios de esta institución se regirán bajo los siguientes principios rectores:

3.1. Principio de inocencia: durante toda la duración del régimen cautelar, todos los individuos que intervengan en aquel revisten la calidad de inocentes.

3.2. Universal: sin excepción, todos los imputados podrán tener acceso a los servicios de la oficina.

3.3. Gratuito: los servicios de esta oficina son de carácter gratuito; incluso, si con posterioridad recayere sentencia condenatoria firme.

3.4. Objetividad: todos los que presten servicio en OMAS deberán regirse bajo los protocolos de actuación que se realicen al respecto.

3.5. Expedito: se debe actuar con extrema celeridad para

que la actividad de las oficinas no dilate la definición de la situación procesal de los imputados.

3.6. Desformalizado: todas las intervenciones que se practiquen deberán ser realizadas sin ritualismos más allá de lo estrictamente necesario para cumplir con los fines del servicio.

3.7. Confidencialidad: se debe proteger la información provista por el imputado, que no podrá ser empleada o suministrada con una finalidad distinta para la que fuera generada.

3.8. Protección del imputado y de su grupo familiar: se debe extremar los cuidados para que las actividades del servicio no afecten la vida privada del imputado y de su grupo familiar.

3.9. No discriminatorio: se deberá evitar todo tipo de conductas o decisiones que pueda generar situaciones de desigualdades económicas, raciales, políticas, sociales, religiosas, de nacionalidad u otro factor que pueda tener contenido discriminatorio.

4. Organización

La Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos (OMAS.) estará conformada por una dirección ejecutiva y las funciones que se desarrollaran se centrarán en dos: 1. Recolección, verificación y suministro de información y 2. Seguimiento y control de reglas y/o acuerdos de medidas alternativas del proceso.

4.1 Valores organizacionales:

Todos los miembros de la Oficina deberán regirse bajo los siguientes valores:

4.1.1 La interacción con los imputados debe ser justa, flexible y consistente.

4.1.2 Enfoque proactivo e innovador de los servicios administrativos.

4.1.3 Brindar los estándares profesionales y éticos más elevados.

4.2 Director Ejecutivo:

Las funciones del Director Ejecutivo serán las siguientes:

4.2.1 Funciones administrativas

4.2.1.1 Administrar y supervisar el funcionamiento de la Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos.

4.2.1.2 Modificar la organización del servicio y la distribución del personal de acuerdo a los requerimientos operativos.

4.2.1.3 Seleccionar y nombrar a todo el personal, así como contratar los servicios técnicos y profesionales que fueren necesarios para llevar a cabo los propósitos de la institución.

4.2.1.4 Realizar las gestiones necesarias y elevar propuestas para celebrar convenios con organismos públicos estatales y no estatales a fin de coordinar acciones comunes

¹¹⁶ En el marco de esta investigación, se comenzó a trabajar junto al Poder Judicial y el Ministerio de Justicia de la Provincia de Santa Fe, para poner en funcionamiento esta oficina a través de un plan piloto, en la Ciudad de Rosario.

para la obtención de la información de las personas sometidas a proceso.

4.2.1.5 Colaborar en la elaboración del presupuesto anual de la oficina y someterlos a los organismos correspondientes.

4.2.1.6 Adoptar y aprobar los protocolos de actuación.

4.2.1.7 Celebrar convenios con universidades a fin de instrumentar sistemas de pasantías para cubrir los cargos de oficiales de supervisión, entrevistadores y otras funciones con que deberá contar la oficina, de acuerdo a las necesidades operativas.

4.2.1.8 Diseñar y coordinar las estrategias de comunicación del organismo.

4.2.1.9 Realizar informes anuales sobre los servicios que brinda la oficina.

4.2.2 Función informativa:

4.2.2.1 Recopilar información a través de una entrevista con el imputado a fin de recabar datos de índole personal, para luego ser verificada con terceras personas, registros oficiales, etc.

4.2.2.2 Proveer a las partes la información recopilada para que pueda ser utilizadas y les permita debatir sobre la libertad del individuo detenido y establecer sus condiciones de libertad.

4.2.3 Función de Seguimiento y/o Control:

La función de seguimiento y/o Control, implicará las siguientes tareas:

4.2.3.1 Supervisar el cumplimiento de las medidas alternativas y de las reglas de conducta impuestas en el marco de la suspensión del juicio a prueba, acuerdos reparatorios o conciliación que le fueran impuestas al individuo por los jueces, debiendo informar periódicamente a todas las partes interviniente el acatamiento de las mismas.

4.2.3.2 Solicitar la asistencia de cualquier agente o agencia pública o privada para dar cumplimiento a las medidas morigeradas y reglas de conducta.

4.2.3.3 Informar a las partes en forma mensual, o durante el período que el juez estime adecuado, el grado de cumplimiento de las reglas de conducta impuestas, sobre la conveniencia de modificar de las mismas o su modalidad de cumplimiento.

4.2.3.4 Tomar contacto con las personas a quienes se les impusieron medidas morigeradas o se fijó reglas de conducta.

4.2.3.5 Atender a los requerimientos que le formulen los jueces que impusieron las medidas de coerción morigeradas.

4.2.3.6 Propender a la asistencia social, psicológica, psiquiátrica de las personas que se encuentren cumpliendo medidas restrictivas alternativas a la prisión preventiva, en los casos que se aconseje su intervención y medie consentimiento del imputado.

4.2.3.7 Fomentar la asistencia laboral y social de las personas asistidas por la Oficina, celebrando acuerdos interinstitucionales con organismos públicos o privados.

4.2.3.8 Colaborar con la reinserción socioeconómica y familiar del imputado dentro de la sociedad y de su grupo familiar primario.

4.2.3.9 Operar como nexo de coordinación con las distintas instituciones públicas y/o privadas con fines sociales que pueden colaborar con la reinserción social del imputado.

4.2.4 Personal:

El personal de la Oficina de Información y Seguimiento deberá contar preferentemente con el siguiente perfil:

4.2.4.1 Conocimientos: El personal de las oficinas de información y seguimientos deberán tener conocimientos en psicología y/o asistencia social y contar con el manejo fluido de sistemas informáticos, técnicas de investigación y de derecho penal y procesal penal.

4.2.4.1 Habilidades: Excelente comunicación, adaptabilidad y vocación de servicio.

5. Recopilación y manejo de información

5.1. Pautas de recopilación de información:

Los oficiales de información deberán:

5.1.1 Recopilar información sobre el historial socioeconómico, educación, empleo, residencia, lazos familiares y con la comunidad y cualquier otra información que permita evaluar el riesgo procesal de una persona detenida imputada de la comisión de un delito.

5.1.2 Recabar información y datos adicionales de relevancia a través de registros públicos.

5.1.3 Determinar los antecedentes penales del individuo: causa pendiente de resolución; declaración de rebeldía; orden de captura, dictado de prisión preventiva y/o otras medidas coercitivas morigeradas de la libertad, sentencia condenatoria, libertad condicional.

5.2. Metodología de recopilación de información:

La recopilación de información se llevará a cabo del siguiente modo:

5.2.1 Entrevista al imputado: previo a llevar a cabo la entrevista con el imputado, el oficial deberá hacerle saber los derechos que le asisten, la función de la Oficina de Medios Alternativos y Sustitutivos, explicar el propósito del acto y su contenido, su naturaleza voluntaria, cómo se utilizará la misma, las potenciales consecuencias negativas de entregar información falsa y de así solicitarlo, podrá mantener una entrevista personal o por cualquier medio de telecomunicación idóneo, con su defensor de confianza o con defensor oficial que por turno corresponda.

5.2.2 Lugar de realización de la entrevista: Se deberá procurar realizar en un ambiente que aliente al individuo a brindar información al entrevistador ni genere un riesgo para su integridad y su integridad personal. Las mismas se deberán realizar sin la presencia de oficiales de custodia, policías, fiscales u otros funcionarios de seguridad. También debe realizarse sin que otros imputados y/o terceras personas.

5.2.3 La información recopilada se centrará en las siguientes cuestiones: tiempo de residencia actual y anteriores; vínculos familiares y relaciones con la comunidad; situación laboral actual y antecedentes laborales; situación patrimonial y medios de subsistencia; condición física y mental; identidad o referencias de quienes pueden verificar la información y/o asistir al individuo en el cumplimiento de las condiciones de permanencia en libertad; antecedentes penales y grado de cumplimiento con las condiciones para la libertad bajo caución que en el pasado se le hubieran impuesto.

5.2.4 Requerir informes de antecedentes, con fichas dactiloscópicas, a la Policía Federal y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.

5.2.5 Los plazos de recopilación se deberán regir dentro de los parámetros de celeridad suficiente para que puedan ser constatados y el informe ser provisto con antelación suficiente para que las partes puedan brindar su opinión sobre la imposición de una medida cautelar y el tribunal resolver.

5.2.6 Sin perjuicio de la prueba que las partes puedan acercar a la audiencia, podrán proponer qué tipo de información específica se pretende relevar y verificar del imputado.

5.3. Constatación de información y elaboración de informe:

5.3.1 Realizada la entrevista, se deberá corroborar por cualquier medio la veracidad de algunos de los datos provistos por el imputado. A tal fin, se podrá por cualquier medio tomar contacto (personal, telefónico, etc.) con: a) familiares y/o convivientes; b) empleado-

res; c) vecinos; d) registros y e) cualquier otra persona, preferentemente, independiente que permita cumplir con tales fines.

5.3.2 La verificación a dichas fuentes quedará supeeditada a las siguientes pautas: a) tiempo y recursos disponibles de la oficina; b) la gravedad de la imputación y c) la naturaleza de la información. De todos modos, mínimamente, se deberá verificar su lugar de residencia y los demás lugares donde podría ser localizado después de su liberación bajo caución.

5.3.3 Para seleccionar a las personas que van a ser contactadas, debe considerarse la importancia de la fuente de verificación, el potencial daño en las relaciones personales del individuo, si la persona a contactar se entera de su detención y sus motivos.

5.3.4 Si de los informes de la Policía y/o el Registro Nacional de Reincidencia surge la existencia de causa pendiente de resolución, declaración de rebeldía, orden de captura, dictado de prisión preventiva y/o otras medidas de coerción morigeradas, sentencia condenatoria, se deberá actualizar el estado de las mismas a través de la certificación con el órgano judicial que emitió el auto y/o sentencia. Se deberá precisar el grado de cumplimiento del individuo a las convocatorias practicadas en procesos anteriores y el detalle de las circunstancias que motivaron el dictado de una medida de coerción personal.

5.3.5 Una vez recopilada y constatada la información se deberá elaborar el informe que deberá ser puesto inmediatamente a disposición de las partes intervinientes en el proceso, por cualquier medio de comunicación.

5.4. Confidencialidad:

5.4.1 A excepción de los datos identificatorios, será estrictamente confidencial toda la información provista por el imputado durante su entrevista inicial o contactos subsiguientes con el servicio cautelar y todo su personal, así como toda referencia que se derive de aquella.

5.4.2 Dicha información no será divulgada sin el consentimiento escrito del imputado, excepto cuando se elabore y se comunique a las partes el correspondiente informe.

5.4.3 Nunca podrá utilizarse esta información en contra del imputado durante su proceso.

5.4.4 En caso de incomparecencia cuando un imputado haya sido debidamente citado y lo solicite el Tribunal o el Ministerio Público Fiscal, proveerá la última dirección conocida del imputado o cualquier otra información que ayude a la localización del mismo.

INECIP

6. Supervisión de medidas cautelares morigeradas

Los oficiales de supervisión deberán:

6.1 Realizar seguimientos con relación al cumplimiento de las condiciones impuestas a los imputados a quienes se les aplicó medidas de coerción alternativas a la prisión preventiva: en forma personal, por conducto telefónico, supervisión electrónica o a través de otro mecanismo idóneo.

6.2 Se deberá actualizar periódicamente si hubo cambios de dirección de residencia, trabajo o lugar donde el individuo puede ser localizado.

6.3 En cada contacto con el imputado, se le recordará sus cargas procesales.

6.4 Informar a las partes mensualmente, o durante el periodo que se determine, el grado de cumplimiento de las reglas impuestas a las personas que se le responda, sobre la necesidad de modificar la modalidad de cumplimiento o la regla de conducta a fin de asegurar el cumplimiento de las mismas.

6.5. Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, ante la violación de de las condiciones impuestas al imputado, se deberá informar a las partes en forma rápida. En forma previa o simultánea, se deberá buscar la forma de subsanar el incumplimiento y determinar sus razones.

7. Supervisión de las reglas de conductas de las salidas alternativas al proceso penal

Funciones:

7.1 Realizar el control formal de las reglas de conducta y la asistencia social del supervisado.

7.2 Informar a las partes sobre la necesidad de modificar la modalidad de cumplimiento de la regla de conducta a fin de asegurar el cumplimiento de las mismas.

7.3 Releva las instituciones públicas y/o privadas y sus actividades específicas, que estén en condiciones de incorporar a personas para que puedan realizar las reglas de conductas impuestas.

7.4 Mantener contacto permanente con las entidades seleccionadas y evaluar si cumplen con los objetivos propuestos.

8. Inicio y finalización de la intervención de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas

8.1 Inicio:

La oficina deberá intervenir a partir:

8.1.1 De la detención del imputado.

8.1.2 A instancia de parte, aún cuando se encuentre en prisión preventiva y no haya intervenido previamente la oficina.

8.1.3 Cuando se le fije al imputado reglas de conducta en el marco de las salidas alternativas al proceso penal.

8.2 Finalización:

El servicio cautelar concluirá sus funciones en los siguientes casos:

8.2.1 Sentencia condenatoria firme.

8.2.2 Archivo, sobreseimiento y/o absolución del imputado.

