

UNIVERSIDAD DE BELGRANO. BUENOS AIRES
ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL.

TESINA:

***PRISION PREVENTIVA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DERECHO: BUSCANDO UN USO RACIONAL ACORDE A LOS
PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO.-***

Alumno: MATIAS DANIEL KURAY
Matrícula: 1324-744

.....

INTRODUCCION:

ELECCION DEL TEMA. MOTIVACION

Si bien es innegable que mucho se ha escrito ya acerca de esta medida de coerción personal, no es menos cierto que ello obedece a que la misma, como dijera un doctrinario, constituye junto al tiempo del proceso y la publicidad de los procedimientos judiciales, uno de tres de los mayores fantasmas de nuestro enjuiciamiento penal y sin duda, la más gravosa medida desde que afecta la libertad ambulatoria de la persona sometida a proceso, que por estarlo, expresa el Dr Chiara Diaz "no pierde su condición de sujeto de derecho, el respeto a su dignidad personal y un estado jurídico de inocencia que recién caducará cuando por sentencia firme y, en su caso, legitimada por control de una instancia jurisdiccional superior, se reconozca su culpabilidad por un hecho delictivo y se le imponga una pena privativa de libertad" ¹.-

El tenso equilibrio entre el derecho a la libertad ambulatoria reconocido por las explícitas disposiciones de la Constitución Nacional (arts. 14 y 18), la CADH (art. 7°), la DUDH (art. 9°), la DADH (art. XXV) el PICDP (art. 9°) y las Constituciones provinciales, derivado del principio de inocencia y la necesidad de asegurar los fines del proceso, parece romperse frente a la demanda social y al clamor público de mayor seguridad y castigo.- Observamos entonces, como peligrosamente, el encarcelamiento cautelar tiende en la práctica, a responder a fines distintos de aquellos únicos que lo justifican y legitiman.- Responde así a restablecer la tranquilidad social, readaptar al imputado o evitar que este cometa nuevos delitos ² y de ese modo, se otorga a la ciudadanía expectante la sensación de que al imponerlo, se soluciona o se reduce el problema.-

Se declaman, por el derecho fundamental en juego, distintos criterios a considerar en forma insoslayable, así la presunción de inocencia, la idea de prisión preventiva como última ratio, la garantía del plazo razonable, el principio pro homine, la libertad como regla, la operatividad del favor libertatis, el principio de proporcionalidad, la subsidiariedad, la excepcionalidad, la provisoriedad, la interpretación restrictiva.- Sin embargo, tales premisas no se concretan en la realidad, advirtiéndose un sistema penal "inflacionado" que no cumple su función de mínima intervención, un alto grado de burocratización y lentitud en el trámite aún de las causas con detenidos, la falta de un acabado o por lo menos, más completo listado de medidas cautelares distintas del encarcelamiento, la aplicación -por largo e indeterminado plazo- de tan gravosa medida apelando al maquillaje de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación cuando el suceso delictivo impacta fuertemente a la sociedad, convirtiendo de tal modo a esta medida de naturaleza cautelar en una verdadera pena anticipada .

¹ CHIARA DIAZ, Carlos "El Proceso penal y la coerción personal", trabajo publicado en Revista de Derecho Procesal penal, "Excarcelación", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.-

² CAFFERATA NORES, José I., "La excarcelación", T. I, 2° Ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 33.-

Todo ello sin dejar de reconocer la evolución de la jurisprudencia de nuestro país, - principalmente de las instancias superiores-, en punto a los requisitos de admisibilidad de esta medida de coerción, antes sujeta a un criterio de equivalencia entre la gravedad del hecho y la necesidad de encarcelamiento preventivo, modificado a partir del caso "Barbará" por una doctrina jurídicamente más saludable que requiere para la procedencia de tal medida cautelar la existencia comprobada del peligro de fuga o de oscurecimiento de la investigación, **con independencia del hecho endilgado**, o en otras palabras **"no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver solo con las escalas penales"**(del voto del Dr Donna)³, En igual dirección, los fallos dictados en los casos "Macchieraldo"⁴ Chabán"⁵ y más recientemente en el fallo plenario "Díaz Bessone"⁶.-Asimismo, en este orden de ideas, resulta sumamente ilustrativo el fallo del STJ de Entre Ríos en el caso "Carrizo"⁷.- En rigor, como señala Nicolás D' Albora⁸., antes de "Barbará", la imposibilidad de justificar el encierro preventivo solo por la escala penal del delito atribuido ya había sido sostenida por la CSJN en el caso "Estévez"⁹, no obstante este precedente no provocó ningún cambio trascendente en la jurisprudencia de los tribunales inferiores.

Parece sumamente gráfica, para resumir el por qué de insistir sobre este tema, la expresión de Pastor¹⁰, al indicar que "en la prisión preventiva se juega el Estado de derecho".-

³ "Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión". CNCCorrecc. Sala I, Jueces Bruzzone, Donna y Elbert, 10-11-2003

⁴ "Macchieraldo Graciela María", Cám. Nac. Cas. Pen., Sala III, 22/12/04

⁵ "Chabán Omar Emir, Cám. Nac. en lo Crim. Y Correc, Sala V, 13-05-05

⁶ "Díaz Bessone s/ recurso de inaplicabilidad de ley" Acuerdo 1/08. Plenario N° 13, Cám. Nac. Cas. Pen. En pleno, 30/10/08

⁷ "Carrizo Marcelo A. y otros s / Homicidio Calificado- Incid. de excarcelación- Recurso de Casación, S.T.J. de Entre Ríos, por mayoría, votos de los Dres Chiara Díaz y Carubia, 25-03-09.-

⁸ D'ALBORA, Nicolás, "Fallo Barbará, ¿leading case o ola palicación de conocida jurisprudencia a un caso común?", publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, ed. Rubinza Culzoni, Santa Fe, 2005, p.321.-

⁹ "Estévez", CSJN, Fallos 320:2105, del 3-10-97

¹⁰ PASTOR, Daniel R., "Las funciones de la prisión preventiva", publicado en Revista de derecho Procesal Penal, 2006, Ed Rubinza Culzoni, p. 114 y "Escollos a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo", Tensiones, Bs As, 2004, p. 182 y sigs.-

CAPITULO I

LA CUESTION DE LA EXISTENCIA MISMA DE LA PRISION PREVENTIVA: DISTINTAS POSICIONES

La visión de un proceso con prisión preventiva, aparece como una inversión del recorrido en un sistema donde la pena solo puede ser aplicada después del juicio (arts 14 y 18 C.N.), ya que con su imposición, la privación de la libertad se produce al comenzar el proceso.- Explicar y adoptar posición en esa tensión entre la necesidad del juicio previo a la afectación de la libertad y el encarcelamiento cautelar, es el necesario paso inicial para entender los demás problemas que giran en torno a este instituto.-He de exponer sintéticamente, entonces, algunas de las posturas en relación a esta cuestión.-

a) Posiciones extremas.

Respecto a este tema, se dieron dos posiciones totalmente opuestas, así las concepciones más autoritarias del sistema penal pregonaron la abolición de la presunción de inocencia, tildándosela de vicio del razonamiento y perversión de la realidad de las cosas, tal el pensamiento de los criminólogos positivistas en Italia (Garófalo y Ferri) del fascismo italiano (Vincenzo Manzini) y del Código Rocco de 1930 y del nacionalsocialismo alemán.- En el lado opuesto, la doctrina abolicionista de la prisión preventiva.- En este andarivel, -pero desvinculado de los que preconizan además, la abolición de la pena-, Gustavo Vitale, quien refiere que la presunción de inocencia de raigambre constitucional, es “directamente incompatible con el uso de la pena de prisión o cárcel con anterioridad a la sentencia firme de condena” Como así que “todo encarcelamiento tiene, ónticamente, naturaleza punitiva, importando (en todos los casos) un trato como culpable” “y si no, -continúa- ¿alguien puede realmente entender que a quien se lo mantiene encerrado, tras las rejas, perdiendo su libertad ambulatoria –y con ello el trabajo, los vínculos familiares y todo contacto con la vida en sociedad- se lo está tratando como inocente?-" concluyendo en que “la prisión durante el proceso no puede funcionar nunca como una mera medida cautelar, porque ella misma es la pena cuyo aseguramiento se pretende”¹¹

b) Posiciones compatibilistas

En general, la idea rectora de quienes sostienen esta posición, es reconocer en distinta medida, la necesidad de un medio cautelar como el encarcelamiento preventivo en el proceso penal pero asumiendo que ello se contrapone con el juicio previo como garantía de libertad, por lo que limitan de un modo marcadamente drástico la admisibilidad de ese instrumento.-

¹¹ VITALE, Gustavo, “Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes”, en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 95

Se inscribe en esta postura, Maier, quien expresa que el postulado que impide la aplicación de pena sin sentencia firme previa, “no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado durante el procedimiento”¹², basando su aserto en que la presunción de inocencia “no ha tenido como fin excluir la coerción personal de modo absoluto”¹³. Aclarando que el hecho de reconocer esto “no significa afirmar que la autorización para utilizar la fuerza pública durante el procedimiento, conculcando las facultades de las que gozan quienes intervienen en él, en especial, las del imputado, sea irrestricta o carezca de límites”¹⁴.. Indica como patrón rector que impone límites a la prisión preventiva, al principio de inocencia, la que en consecuencia, solo puede aplicarse por orden judicial cuando se cumplan los presupuestos de mérito sustantivo, peligrosidad procesal, excepcionalidad, proporcionalidad, tratamiento especial y limitación temporal.- En esta posición también, Llobet Rodríguez, quien propone como principio de solución, el siguiente: “ la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de prisión preventiva, pero es reconocido que este principio desempeña una influencia con respecto a la regulación de la prisión preventiva. La solución solamente puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión preventiva es prohibida como pena anticipada y que debe diferenciarse entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad”¹⁵. Ello se concreta impidiendo o neutralizando toda posibilidad de que la prisión preventiva termine siendo una pena anticipada y con su restricción al cumplimiento de sus fines exclusivamente procesales¹⁶. Curioso resulta ver que Pastor ubica a Ferrajoli dentro de esta posición compatibilizadora¹⁷ y a su vez, Vitale¹⁸ lo sumaría a su posición, al afirmar que sobre la inconstitucionalidad de la prisión preventiva puede consultarse al referido autor.- Pastor, por su parte señala que Ferrajoli puede ser considerado un exponente de la posición restrictiva más extrema que conscientemente no puede llegar a la abolición de la prisión provisional¹⁹, agregando que en realidad aquél se alza sobre todo, contra la utilización patológica de la prisión preventiva, contra su transformación “de instrumento exclusivamente procesal dirigido a estrictas necesidades sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos” Agrega que “Ferrajoli solo de modo **aparente parece inclinarse**, por un momento por la abolición de la prisión preventiva con el argumento de que únicamente si se prohíbe su uso se excluirá su abuso” pero que si bien descarta los fines materiales del encarcelamiento sin condena previa, termina por

¹² MAIER, DPP (“Derecho Procesal Penal”, Bs As, t. I, 1993, t II, 2003) t. I p. 510

¹³ Vid, ídem, p. 511

¹⁴ Vid, ídem, p. 512

¹⁵ LLOBET RODRIGUEZ, “La prisión preventiva”, San José, 1997, ps. 164 y sigs

¹⁶ Vid, ídem, p. 176 y ss

¹⁷ Vid, ídem p. 119

¹⁸ Vid, ídem p. 96

¹⁹ Vid, ídem, p. 119

conceder brevísimas privaciones de la libertad del imputado para neutralizar riesgos procesales²⁰

c) Opinión personal

Creo humildemente, que estas teorías compatibilistas son indudablemente más realistas. La tensión entre prisión preventiva y necesario juicio previo no puede resolverse simplemente aboliendo la primera argumentando su contrariedad con la Constitución o en virtud de las malas prácticas que convirtieron su uso en abuso.

Pienso que mientras exista el Derecho Penal y el proceso sea su medio de realización, si bien la prisión preventiva deberá ser siempre la última ratio, aplicable solo excepcional y subsidiariamente, cuando no exista ninguna otra medida que pueda asegurar eficazmente los fines del proceso, no puede a la vez, no existir, dado que sin ella, en casos extremos, el Derecho Procesal Penal no podría cumplir sus objetivos -.

Como indican Cafferata Nores y Tarditti, citando el precedente “Aguirre Domínguez” del TSJ de Córdoba en pleno, fallo N° 76, “la finalidad de “afianzar la justicia”, contenida en el preámbulo de la Ley Suprema de la Nación, hacia la que se orienta el juicio previo requiere que no se impida su realización, que sus conclusiones se asienten sobre la verdad y que se cumpla realmente lo que en él se resuelva”²¹ .-Evidentemente, si el imputado de obtener su libertad, abusando de ella pudiera obstaculizar la reunión de elementos probatorios durante los primeros momentos de la investigación o impedir la realización del juicio no presentándose o fugándose luego de la sentencia, el fin de afianzar la justicia sería lisa y llanamente burlado.-Todo ello sin desmedro de lo que expresara en oportunidad de comentar el fallo “Carrizo” ya citado del STJ de Entre Ríos, donde sostuviera compartir lo decidido por la mayoría “por resultar compatible y ajustado a las explícitas disposiciones de la Constitución Nacional (arts. 14 y 18), la CADH (art. 7°), la DUDH (art 9°), la DADH (art XXV), el PICDP (art. 9°) que reconocen el derecho de la persona imputada de un delito de permanecer en libertad durante el proceso y hasta la eventual imposición de una pena, lo que es consecuencia del principio de inocencia, tolerándose solo excepcionalmente el encarcelamiento preventivo, en caso de existir peligro para la consecución de los fines del proceso.- Es que el derecho constitucional de permanecer en libertad durante el proceso penal, sólo puede ceder en situaciones excepcionales y ante la demostración de la existencia de causas ciertas, claras y concretas, en orden a que el imputado entorpecerá las investigaciones o eludirá la acción de la justicia.-”

Concluyendo, creo que mientras la principal reacción del sistema penal siga siendo la privación de libertad como pena, no será posible asegurar su realización a través del proceso si no se da a los actores encargados de la persecución, en los casos extremos de total rebeldía y hostilidad del imputado frente a la investigación y el juicio, la posibilidad de privarlo de su libertad

²⁰ Vid, ídem, p. 120

²¹ CAFFERATA NORES, José I. y TARDITTI, Aída , “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba Comentado”, T. I, p. 633)

dado que en esas hipótesis, no se podrá renunciar a la prisión preventiva sin renunciar al proceso mismo, ya que el proceso penal no se caracteriza por ser justamente voluntario- Ello sin perjuicio, reitero, de que la regla de inocencia revele su máxima capacidad de rendimiento como “garantía de libertad” .

CAPITULO II

UNA MIRADA A LA REGION: LA PRISION PREVENTIVA EN AMERICA LATINA

En América Latina se ha dado en las tres últimas décadas, un amplio debate acerca de la cuestión de la prisión preventiva. Con gran probabilidad, es de pensar que el inicio de ese debate tuvo lugar -como precisa Cristian Riego-²²con la publicación de los estudios del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas (ILANUD)²³ del que se desprendía que en todos los países latinoamericanos la mayoría de las personas privadas de libertad se encontraban en tal situación sin que mediara condena alguna.

La segunda etapa clave de la discusión la constituye el proceso de reforma al sistema de justicia penal que tuvo ocurrencia en las dos últimas décadas, donde casi todos los países de habla hispana abandonaron el sistema inquisitivo pasando al modelo acusatorio. Los códigos nuevos vinieron así a reemplazar -al menos en el discurso- los viejos regímenes de prisión preventiva basados en diversos casos de inexcusabilidad, esto es, con alguna regulación en que la ley establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad debían por regla general permanecer privados de libertad en el tiempo necesario para terminar el proceso o de automatismo de la prisión preventiva. Los nuevos códigos, decía, vinieron a cambiar esa lógica inquisitiva introduciendo la lógica cautelar, esto es sistemas cautelares donde la prisión preventiva sólo puede imponerse cuando existen peligros procesales. Como luego se verá, la implementación de estas nuevas legislaciones ha sido problemática y ha sido variado el impacto que han generado sobre la realidad de la prisión preventiva en cada uno de los países. Refiere Riego en el trabajo citado, que en general, las reformas normativas han tenido efectos más importantes en la racionalización del uso de la prisión preventiva en la medida en que han ido acompañadas de procesos de implementación más vigorosos, en especial, vinculados a una efectiva reducción de los tiempos de los procesos.

El tercer momento esencial en la discusión está dado por el proceso de contrarreforma normativa. Vale decir que, en muchos de los países que introdujeron nuevos códigos procesales penales, se han producido con posterioridad reformas legales dirigidas a aumentar las posibilidades del uso de la prisión preventiva. Esto encuentra su explicación en la percepción pública en lo que hace a la sensación de inseguridad ciudadana y a la exigencia de más “mano dura” encubierta bajo la demanda de una represión más eficaz contra el delito.

²² RIEGO, Cristian R., en su art. “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina” obrante en la publicación semestral “Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia” N° 14 año 7 del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

²³ Carranza Elías, Houed Mario, Mora, Luis Paulino y Zaffaroni Eugenio R., “El preso sin condena en América Latina y en el Caribe, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José de Costa Rica, 1983).-

a) Situación anterior al proceso de reforma.

Es de destacar que el uso generalizado de la prisión preventiva y su carácter ilimitado en el tiempo fue, probablemente, la principal crítica que se dirigió a los sistemas inquisitivos y una de las razones más poderosas para el cambio. En efecto, el modelo inquisitivo en la región favorecía un uso irracional y desmedido de esta medida ya que tal sistema funcionaba en base a la idea que el proceso penal era un instrumento para presionar al imputado para que este confesara; tal sistema -como señalan Mauricio Duce J., Claudio Fuentes Maureira y Cristian Riego R.-²⁴ "provocaba que a medida que el imputado se adentraba en él, este iba perdiendo sus derechos y libertades y el sistema establecía mayores estructuras de presión a efectos de que este confesara.... Es así que la prisión preventiva operaba como una pena anticipada, quedando su eventual revocación a la mera posibilidad de que el juicio, al permitir una mayor participación del imputado, cambiase la convicción del tribunal...." En dicho trabajo se plasma un cuadro que aquí ha de reproducirse respecto al estudio ya citado supra, elaborado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), el que es ilustrativo del hecho referido en cuanto a que en la mayoría de los países de América Latina el porcentaje de presos sin condena superaba al de presos con condena.

Tabla 1
PORCENTAJE PROMEDIO DE PERSONAS PRESAS SIN CONDENA EN PAÍSES DE
AMÉRICA LATINA ENTRE 1978 Y 1992

<i>País</i>	<i>1978-1992</i>
ARGENTINA	51
BOLIVIA	90
BRASIL	N/D
COLOMBIA	74
COSTA RICA	47
CHILE	52
ECUADOR	64
EL SALVADOR	83
GUATEMALA	54
HAITI	N/D

²⁴ DUCE . J, Mauricio, FUENTES MAUREIRA, Claudio y RIEGO R., Cristian, en su art “La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la Prisión Preventiva”, que encabeza la publicación del CEJA “Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas”, Directores Duce y Riego. Abril 2009.-

HONDURAS	58
MEXICO	74
NICARAGUA	N/D
PANAMA	67
PARAGUAY	94
PERU	71
R. DOMINICANA	80
URUGUAY	77
VENEZUELA	74

Fuente: ILANUD, “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”, CARRANZA Elías, en Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. 2001.

Como se observa, conforme tales resultados, el porcentaje promedio de las personas privadas de libertad sin condena, con la sola excepción de Costa Rica, presentaba una proporción respecto del total de la población penitenciaria superior al 50% y en diez de estos países un promedio por sobre el 70% . Evidentemente, la prisión preventiva era la regla general.

b) La Reforma : Hacia una lógica cautelar.

Como se dijera antes, durante los últimos veinte años se inició en América Latina un significativo proceso de reforma a la justicia criminal, existiendo varios motivos que la impulsaron pero de modo general, puede atribuirse a los abusos a los derechos fundamentales en el marco del proceso penal inquisitivo y la poca eficiencia que tuvo ese modelo en la persecución penal. Se implementó así en la mayoría de los países el modelo acusatorio. Tal cambio implicó una profunda alteración en los procesos, se diferenciaron netamente los roles separándose las funciones de juzgar y acusar, apareció la figura del juez de control de la investigación o juez de garantía, otorgaron al juicio oral, público y contradictorio un rol protagónico y central en el proceso penal, disminuyendo la importancia a la etapa de instrucción.- Esos cambios pretendían dar vigencia real al debido proceso, derecho consagrado por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Desde luego, la reforma procesal penal también se tradujo en una reforma al régimen de las medidas cautelares personales ya que como se dijera, uno de los principales cuestionamientos al sistema anterior era la regulación y el uso práctico que se daba a la prisión preventiva, la que funcionaba como una pena anticipada. De este modo, el nuevo paradigma legal trasladó esa

lógica de la pena anticipada a una lógica cautelar, compatible con la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos.²⁵

1- Expresiones de la lógica cautelar:

1.1. Peligro procesal

Esa lógica cautelar reposa en dos ideas: la primera es que el fin de estas medidas es asegurar que el proceso penal pueda desarrollarse y estar en condiciones de dar una respuesta de alta calidad, esto es, de dictar una sentencia -de absolución o de condena- que resuelva una contienda, un conflicto de la sociedad. La segunda idea resulta del avance de los derechos humanos, que llevan a rechazar un sistema que no los respete. En otras palabras, el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo, obligan al legislador a producir un sistema totalmente contrario a aquél que convierte la prisión preventiva en pena anticipada. -

De manera tal que, acorde con ello, las diversas regulaciones en los códigos procesales penales reformados, establecieron un procedimiento para la imposición de la prisión preventiva coherente con la lógica cautelar puntualizada. Así, los códigos reformados exigieron para imponerla, el supuesto material *fumus bonis iure* (humo de buen derecho)²⁶ esto es, que existieran pruebas de cargo que indicaran la comisión de un delito y la participación del imputado en él. Esto se compadece con el objetivo de cautelar la realización del juicio. Por otro lado, era también fundamental que existiera un peligro procesal digno de ser protegido.

Como de lo que se trata es de asegurar los fines del proceso (lógica cautelar), el peligro procesal solo podía estar constituido por dos causales: el peligro de fuga y el peligro para la investigación. La forma en que fueron regulados estos dos peligros fue similar en todos los códigos. Así, por ejemplo en los códigos de Bolivia (2000), Chile (2000) y Paraguay (1998), en cuanto al peligro de fuga otorgaron diversas pautas al juez (comportamiento procesal previo, familia, residencia habitual, trabajo, etc). En el supuesto de peligro para la investigación, el Juez debía ver las condiciones personales del imputado, en atención a sus posibilidades de intimidar testigos o de hacer desaparecer o destruir pruebas. A su vez, el Juez era libre de ponderar estas razones según su experiencia y criterio, la normativa establecida otorgaba la misma importancia a todos los criterios legales, por lo que el juez no tenía límites legales que lo obligasen a dar más valor a uno u otro, constituyendo sí un límite la presunción de inocencia.-

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sent. Del 21/11/07, caso López Alvarez vs. Honduras, sent. del 01/02/06, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sent. del 12/11/97.-

²⁶ BOVINO, Alberto, “Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco”, Fundación Myrna Mack, 1996, págs. 47 y 48.-

Sin embargo, conforme refiere Claudio Fuentes Maureira²⁷ estas causales no eran las únicas que se contemplaban. Habían por lo menos otras tres: el peligro para la víctima, el peligro para la sociedad (de contenido vago pero en algunos casos se refiere a reincidencia) y la alarma pública. De las tres, solo el peligro para la víctima guarda consistencia con la lógica cautelar en razón del papel preponderante que hoy se le otorga en el proceso penal. Pero las otras dos responden a fines totalmente diferentes a tal lógica, ya que atienden al fenómeno de la seguridad ciudadana, que en todo el continente ha introducido fuertes demandas de seguridad y dureza contra la delincuencia, pero no aseguran de manera alguna los fines del proceso.

Es fácilmente perceptible que causales como estas que escapan a la lógica estricta de asegurar el proceso penal, hacen que se torne posible que se produzca una regresión a las lógicas asociadas a la pena anticipada o a consideraciones peligrosistas, la prisión preventiva se desnaturaliza en su funcionamiento y propósitos y esto tiene consecuencias prácticas importantes.

De todos modos, estas causales, no eran comunes a todos los países, encontrándose presentes en la minoría de ellos. De hecho, la causal de alarma pública solo estaba prevista en el Código de El Salvador (art. 292 N° 2 Decreto Legislativo N° 904 de 1996). A su vez, la causal de peligro para la sociedad (de contenido vago) estaba regulada solo en Chile (art.140 del C.P.P. del año 2000) y Colombia (art. 310 y 311 de la Ley 906 del año 2004) y en su versión de reincidencia solo en Costa Rica (art 239 - letra b), Nicaragua (art 173 del CPP) y Honduras.-

1.2 Duración de la prisión preventiva

Como antes se dijera, la crítica que se hacía a la prisión preventiva antes de la reforma no solo se dirigía a su uso como regla general, sino también a su excesiva duración en el tiempo. En orden a ello, el nuevo régimen estableció como primera medida, que la prisión preventiva en los procesos acusatorios sería la excepción, debiendo justificarse la necesidad de su aplicación, la que además debía ser fundada sólidamente por el órgano judicial. El carácter excepcional fue establecido en todos los códigos. En segundo lugar, se fijaron explícitamente en la mayoría de las legislaciones límites temporales máximos a la duración de la prisión preventiva. No obstante, la lectura de los distintos códigos permite constatar que tales plazos resultaban de una extensión demasiado larga en relación a los fines que se pretende cautelar y a la gravedad de la medida (son comunes los plazos de 12, 18 o incluso 24 meses), lo que, entiendo, afecta el principio de proporcionalidad de la medida al otorgar un tiempo

²⁷FUENTES MAUREIRA, Claudio, en su art "Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica y la contrarreforma" en la publicación semestral N° 14 del Centro de Estudios de Justicia de las Américas" "Sistemas Judiciales".-

demasiado amplio para la investigación de un delito con un imputado privado de su libertad. Algunas legislaciones reformadas establecieron también sistemas de control automático en ciertos períodos de tiempo de la prisión preventiva, tendiente a obligar al órgano judicial a efectuar una constante revisión de oficio respecto a la necesidad de continuar extendiéndose en el tiempo.

1.3 Medidas alternativas o sustitutivas

La segunda cuestión relevante de la lógica cautelar que consagraron los nuevos códigos fue el establecimiento de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva menos rigurosas que esta. Constituyen un punto intermedio entre la prisión preventiva y la inexistencia de medidas para asegurar los fines del proceso. Se corresponden con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la prisión preventiva. De la compulsa de los distintos códigos, se desprende que muchas de estas medidas se repiten, siendo las más comunes el arresto domiciliario, la prohibición de acercamiento a la víctima, la prohibición de concurrencia a determinados lugares, la presentación periódica ante autoridad, arraigo y fianza. Con todo, se observan algunas diferencias, por ejemplo entre países como Ecuador (el más restrictivo ya que solo prevé el arresto domiciliario, la presentación periódica ante autoridad, arraigo y fianza) y otros como Nicaragua, por ejemplo (que cuenta con mayor número de opciones) Así, aparte de las comunes a los demás códigos, Nicaragua prevee: Someterse al cuidado de otra persona, abandono del domicilio en caso de violencia intrafamiliar, prohibición de despedir o de cualquier otra represalia en contra del denunciante de un delito de acoso sexual y la suspensión del ejercicio del cargo cuando el delito haya significado abuso de este.-

También respecto a estas medidas, tal cual lo regulado en relación a las causales de peligro procesal, el legislador dejó a criterio de los Jueces la elección de la o las medidas más convenientes a aplicar en el caso concreto. Asimismo, estas medidas pueden decretarse ya al inicio del proceso o bien sustituyendo una prisión preventiva ya decretada cuando el avance del proceso o situaciones vinculadas al imputado mostraran la pertinencia de cautelar menos intensamente los objetivos del proceso.

2. Incidencia de los nuevos códigos en el funcionamiento práctico de la prisión preventiva

El objetivo principal de los nuevos códigos acusatorios en relación a la prisión preventiva, era -como se indicara supra- cambiar el funcionamiento práctico de la misma, imponiéndola solo con carácter excepcional y proporcional, ajustada solo a las necesidades de la consecución de los fines del proceso.

Para conocer si tal objetivo se ha cumplido, útil resulta acudir a las tablas obrantes en el artículo de Riego, Maureira Fuentes y Duce ya citado. En este aspecto, los mismos -habida cuenta de que los nuevos sistemas comenzaron con el funcionamiento del de Guatemala en 1994, lo que abarca un periodo superior a quince años- consideraron conveniente dividir el

análisis en dos momentos diversos de funcionamiento de los sistemas reformados: Por una parte, analizaron el impacto de la reforma en sus primeros años de funcionamiento en materia de prisión preventiva y luego revisaron lo ocurrido en aquellos casos en donde la reforma lleva más años de funcionamiento, con la idea de comprobar si los resultados iniciales de la reforma se mantienen en el tiempo o existe una evolución significativa ya sea favorable o desfavorable en relación a eventuales logros.

2.1. El uso de la prisión preventiva en los primeros años de la reforma

Se consigna en la tabla los resultados obtenidos pasados dos o tres años de vigencia de los nuevos códigos, tomándose trece países.

Tabla 2

PORCENTAJE DE POBLACION EN PRISION PREVENTIVA ANTES Y DESPUES (DOS O TRES AÑOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LOS PAISES DE AMERICA LATINA)

Pais	Antes de la entrada en vigencia de la reforma	Porcentaje	2 o 3 años después de la entrada en vigencia de la reforma	Porcentaje
Provincia de Buenos Aires	1997	84,2	2001	87,1
Bolivia	1999	64	2002	70
Chile	1999	51	2007	24,6
Colombia	2004	42,9	2007	32,2
Costa Rica	1995	28	2000	30
Ecuador	1999	69,4	2003	65,2
El Salvador	1998	72	2002	48,9
Guatemala	1993	N/D	1996	64,2
Honduras	1999	98	2005	63,5
Nicaragua	1999	30,8	2004	17
Paraguay	1996	95	2002	75
República Dominicana	2002	67,4	2006	57,5
Venezuela	1997	69	2000	57,5

A partir de estos datos es posible arribar a la conclusión que en este primer momento posterior a la reforma, se dió una tendencia hacia la disminución de la proporción de presos sin

condena dentro de la población carcelaria en la mayoría de los países. A excepción de la provincia de Buenos Aires (no se toma todo nuestro país sino solo esa provincia), Bolivia y Costa Rica, el resto de los procesos de reformas lograron en este corto plazo, una disminución de la proporción de personas privadas de libertad sin condena en relación al total de la población penitenciaria de sus países. Se destacan países que tenían una elevadísima proporción de presos sin condena antes de la entrada en vigencia de la reforma. Así, por ejemplo en Honduras se produce una disminución de 24,5%, el caso de Paraguay una de 20% y el de Venezuela de 11,5%.

Digno de destacar el emblemático caso chileno ya que a los dos años de funcionamiento pleno de la reforma se observa una disminución de más de la mitad de la población en prisión preventiva en términos porcentuales.-

De todas formas los casos en que aumentó, salvo el de provincia de Buenos Aires y Costa Rica, se trata de aumentos relativamente bajos, inferiores al 10% .

En síntesis, este primer repaso da cuenta que la reforma efectivamente habría producido un impacto en el sentido de un uso más racional de la prisión preventiva.

2.2. La prisión preventiva en el mediano y largo plazo en los procesos reformados:

El proceso de reformas tendiente a la instauración de un procedimiento acusatorio comienza a partir de la primera reforma que se inicia en el año 1994 en Guatemala, siguiendo con la peruana, iniciada en 2006 y que ha de finalizar en el 2012; la mexicana de 2008, que tiene un plazo de 8 años para su instauración y la puesta en marcha del nuevo sistema acusatorio panameño. Si se revisa la situación en el continente, se comprobará que los procesos de reforma se inspiran en iguales principios, no obstante su implementación en el tiempo es diferente y esa circunstancia puede conducir a significativas diferencias en los resultados obtenidos.

Antes mirábamos el impacto en el uso de la prisión preventiva a un plazo breve de la entrada de los procesos de reforma, ahora hemos de analizar y comparar los procesos de cambios iniciados en la década de los noventa del siglo pasado y aquellos iniciados en este siglo, todo esto con el objeto de verificar si el impacto es solo eventual o se mantiene y, en definitiva, que es lo que aquí importa, si han logrado los fines propuestos.

2.2.1. Procesos de reforma de los años noventa

En los años noventa del siglo pasado se inició a un proceso muy fuerte de cambios en distintos países a los sistemas de justicia penal. Entre ellos, Argentina (provincia de Buenos Aires, provincia de Córdoba, entre otras) Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Venezuela.. Estas reformas se basaban fundamentalmente solo en el cambio normativo y tenían como problema común la falta de una planificación concreta.

Tabla 3

EVOLUCION PORCENTAJE PRESOS SIN CONDENA DESDE INICIO DE LA REFORMA
HASTA LOS ULTIMOS AÑOS EN PROCESOS INICIADOS EN LOS NOVENTA²⁸

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Año 8	Año 10	Ultimo dato disponible
Provincia de Bs As	1998	86,4	87,1	83,9	72,7	N/A	72,8
Costa Rica	1998	30	N/D	20,7	19,2	N/A	23,2
El Salvador	1998	76	N/D	48,97	39	36	39
Guatemala	1994	64,2	63,2	47,4	55,5	51,5	49,4
Venezuela	1999	57,5	26	N/D	N/A	N/A	33,4

Como se advierte, en los cinco casos el impacto inicial de la reforma se ha mantenido y consolidado en el tiempo; aunque existen variaciones en el lapso intermedio. Se percibe incluso en la provincia de Buenos Aires un retroceso importante del porcentaje de presos sin condenas.

2.2.2. Procesos de reforma del siglo XXI

Las reformas que comenzaron a funcionar en la década de los noventa del siglo pasado dejaron como enseñanza fundamental que los procesos basados solo en las reformas legales eran insuficientes para obtener cambios radicales en las lógicas anteriores y alcanzar los fines propuestos, por lo que era imprescindible que el proceso que las implementara involucrara otros aspectos y también que fuera acompañado por un significativo cambio en el pensamiento de los operadores judiciales.

Era de suponer entonces que los procesos iniciados en este siglo partiendo de la experiencia de los anteriores, tendrían mejores posibilidades de alcanzar los fines que los anteriores

Sin embargo parecería que el impacto positivo del inicio tiende a mantenerse estático en el tiempo.

El siguiente cuadro muestra el porcentaje de los detenidos sin condena en estos procesos de reforma.

²⁸ Fuente DUCE . J, Mauricio, FUENTES MAUREIRA, Claudio y RIEGO R., Cristian, art citado P.47

Tabla 4

EVOLUCION DEL PORCENTAJE DE PRESOS SIN CONDENA DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN EL SIGLO XXI²⁹

País	Inicio de la Reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Ultimo dato disponible
Bolivia	2000	70	77	74	75,7
Chile	2000	44,3	38,5	29,9	24,6
Colombia	2005	34,9	N/A	N/A	34,5
Ecuador	2001	63,3	63,8	62,4	60,5
Honduras	2002	63,5	N/A	N/A	50,76
Nicaragua	2002	17	17	N/A	19,3
República Dominicana	2004	57	N/A	N/A	61,2
Paraguay	2000	75	77	N/A	75,7

Se advierte que en casos como los de Bolivia, Nicaragua y República Dominicana la tendencia con el tiempo de la reforma ha sido la de aumentar el porcentaje de los presos en prisión preventiva. Mientras que en los casos de Ecuador, Paraguay y Nicaragua se observa una tendencia a disminuir tales porcentajes. en los casos de Honduras y Chile es posible observar una tendencia estable en cuanto a disminuciones pronunciadas en el porcentaje de los presos sin condena.

c) Una vuelta atrás : La contrarreforma en la Prisión Preventiva

Conforme se adelantara supra, los nuevos digestos procesales han ido sufriendo reformas tendientes a aumentar el uso de la prisión preventiva, inspiradas paradójicamente desde fuera del ámbito legal. En efecto, la mayoría de las legislaciones han acogido los postulados de la llamada lógica cautelar, la mayoría de los operadores del sistema judicial los han incorporado –al menos en el discurso- en su bagaje profesional, en la literatura legal difícil resulta encontrar defensores de sistemas de delitos “inexcarcelables”, incluso doctrinarios – como se ha visto supra- postulan la abolición de la prisión preventiva. En efecto, el impulso tendiente a aumentar el uso de la prisión preventiva proviene desde ámbitos extraños al mundo jurídico pero se imponen a este por medio de decisiones de corte legislativo que responden a una visión intuitiva del funcionamiento de la justicia penal. Visión que surge desde actores

²⁹ Fuente DUCE . J, Mauricio, FUENTES MAUREIRA, Claudio y RIEGO R., Cristian, art citado P 51

políticos, desde los medios de comunicación, los que responden y encuentran fuerte respaldo popular

Recapitulando, el cambio, los procesos de reforma tuvieron gran consenso político porque ellos representaban no solo la idea de dar una mayor protección a los derechos fundamentales, sino también mejorar significativamente el funcionamiento y la eficiencia y eficacia del sistema penal. Ello aparejó la creación de enormes expectativas en los ciudadanos en cuanto a sus resultados.

En tal sentido, resulta claro que desde fines de los ochenta, la región se ha caracterizado por la fuerte percepción generalizada que las tasas de criminalidad han ido incrementándose sin descanso en el tiempo y que el sistema de justicia criminal no ha dado respuestas. Esta percepción sin duda, estuvo presente en los procesos de reforma a la justicia y constituyó uno de los fundamentos que avaló la transformación de los sistemas inquisitivos a acusatorios.

En este contexto, los sistemas procesales reformados se vieron expuestos a un profundo escrutinio público en relación a su capacidad para responder al aumento de los delitos, demandando al sistema lo que se ha dado en llamar una “mano dura” contra la delincuencia. De otro costado, los medios de comunicación han masificado esta percepción en cuanto a que la tasa de delitos sigue incrementándose y a la vez, que los sistemas reformados que estuvieron destinados a terminar con ese problema, han fracasado. Se dice que el reconocimiento y aumento de las garantías consagradas a favor de los imputados ha facilitado la perpetración de delitos, sumándose a ello la creación de movimiento de víctimas exigen mayores y mejores respuestas –y por ende protección- por parte del sistema de justicia criminal. Todo ello provocó que las demandas de seguridad ciudadana se mantuvieran en el tiempo y que se generaran movimientos civiles y políticos que propiciaron la reforma de los nuevos sistemas para tornarlos más rigurosos a efectos de combatir la actividad delictual.

Patentizando ello con absoluta contundencia, Duce,. Fuentes Maureira y Riego³⁰ refieren textualmente : “ En muchos países incluso la delincuencia era percibida como el principal problema social a solucionar. Hay diversas fuentes que dan cuenta de los fenómenos descriptos. Así, por ejemplo, el último informe emitido por la Corporación Latinobarómetro muestra que para el año 2008 la delincuencia era percibida por la población de diversos países como el principal problema social a enfrentar (México, Venezuela, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Honduras, Argentina y El Salvador), superando al desempleo inclusive Para el caso de Chile y República Dominicana la delincuencia es el principal problema junto con el desempleo”.

Destacan luego que la delincuencia y la eficiencia del sistema de justicia para combatirla son temas que se encuentran en permanente seguimiento por parte de los medios de comunicación y que incluso la obtención de la información se ve beneficiada por la

³⁰DUCE . J, Mauricio, FUENTES MAUREIRA, Claudio y RIEGO R., Cristian, art cit. p. 55

publicidad que conlleva la oralidad, en donde el funcionamiento y los supuestos “errores” del sistema de justicia son observados por toda la población.

Aparecen así en escena casos de alta resonancia pública donde los operadores judiciales han adoptado decisiones objetadas desde la mirada de la “mano dura” que provocaban el descontento en la población. Presidiendo así en la opinión pública, la idea de no impunidad cuando los imputados de delitos son sometidos al régimen de prisión preventiva. Agregándose a ello, el propio discurso de los actores políticos que frecuentemente critican actitudes de jueces a quienes califican de “garantistas” y les atribuyen una cuota de responsabilidad en el clima de inseguridad.

Todo ese contexto ha dado lugar a modificaciones legislativas en los sistemas reformados. En efecto, si se compulsas la historia legislativa de los códigos procesales penales acusatorios, se advertirá que en los años siguientes a su entrada en vigencia, la gran mayoría de ellos, han sido objeto de reformas, particularmente en lo que atañe a medidas cautelares y desde luego, a la prisión preventiva. Por ello es que se habla en los estudios de CEJA de procesos de contrarreforma. Tales cambios legislativos se alejan en rigor de los principios que alentaron el régimen de las medidas cautelares, tendiendo a facilitar, direccionar y en algún supuesto, a obligar al operador judicial a aplicar la prisión preventiva. Estos cambios legislativos comenzaron a notarse a partir del año 2000, dándose la mayoría de ellos a partir de 2003.

Los motivos que explican esta tendencia obviamente se vinculan a la mala percepción que existe por parte de la ciudadanía y la clase política al funcionamiento del sistema de justicia criminal. Es de reconocer que en la práctica, si bien se ha instaurado como el eje central del proceso penal la existencia de juicio oral, público y contradictorio, los sistemas reformados no han operado con celeridad, los casos tardan excesivamente en llegar a ese juicio que concluirá en una sentencia y de allí que en los hechos, se ve desde la opinión pública a la prisión preventiva como la única respuesta palpable conque el sistema penal enfrenta al actuar delictual. La otra cara de la moneda es que en casos donde los nuevos sistemas acusatorios han provocado que desde la justicia se actúe con rapidez, la población ve que una persona es detenida para obtener de inmediato la libertad por la pronta intervención de un Juez de Garantía o de control que quizás impone otra medida cautelar en sustitución de la más gravosa, sin entender el mecanismo por el que ello ocurre. Igual sucede en aquellos casos menores donde se aplican medidas alternativas, tal la suspensión del juicio a prueba. Todo ello lleva a instalar en la población la idea de ineficiencia e impunidad del sistema.

Volviendo a los cambios legislativos, revisados los proyectos, se advierte que en algunos casos el legislador ha sido explícito en señalar que las reformas pretenden satisfacer demandas de inseguridad ciudadana o por lo menos acallar el temor en la población. En este horizonte, el proyecto de ley 70 de 2006, luego Ley 1142 que introdujo cambios en la legislación colombiana, indicaba en relación al funcionamiento de las medidas cautelares respecto a determinados delitos, que “dejaban un amargo desazón y desestímulo en las

autoridades que han participado en su captura, un preocupante sentimiento de incredulidad y malquerencia de la sociedad hacia la justicia colombiana, una grave percepción de indefensión y peligro de la víctima....” En igual dirección, la reforma chilena en el mensaje de la ley 20.253 en cuanto refiere al sentimiento de temor subjetivo de la ciudadanía frente al actuar de la delincuencia . Otros se justifican en dar respuestas a demandas de penas más duras y combatir la reincidencia, aspectos claramente ligados al “temor”. Así, el caso de Honduras, que en el año 2004 promulgó el Decreto 223, que señalaba que las leyes vigentes eran muy “endebles” y de ellas se aprovechaban los delincuentes para conseguir lo más favorable, entre ello, la misma libertad. Otros buscan evitar la comisión de delitos muy lesivos desde su óptica, así Guatemala respecto a delitos tributarios, Decreto 30 de 2001.

Ahora bien, estos cambios que responden a distintos fines, acallar el temor en la población, establecer una mano dura contra la delincuencia y fortalecer la imagen del Estado como una entidad eficiente en el combate contra el delito y su persecución, aparejan el endurecimiento de la regulación de la prisión preventiva, ya que buscan facilitar la procedencia de su aplicación. Como antes se dijera, son contrarias a los ideales que inspiraron la lógica cautelar. Precisa Fuentes Maureira³¹ que una mirada general de la región permite ver que en un lapso de 9 años (1999 a 2008) y en 11 países del continente, se han presentado a los parlamentos y se han aprobado 16 reformas legales que en su mayoría van en contra de la lógica cautelar que originalmente regía en los códigos.

1) Tendencias normativas en la etapa de contrarreforma

1.1) Determinación de delitos inexcusables:

Esta era una característica común en los sistemas inquisitivos que había sido dejada de lado con los nuevos sistemas acusatorios. Consiste en nada más ni nada menos que establecer como medida cautelar obligatoria la prisión preventiva para determinados delitos. Desde luego contradice radicalmente los principios de la lógica cautelar (esencialmente los postulados de excepcionalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad) e implica un palmario retroceso legislativo. Estos fueron los casos de Colombia, Paraguay y Ecuador.

Así, Colombia introdujo modificaciones al art 314 estableciendo la prohibición de aplicar en determinados delitos alguna medida cautelar distinta a la prisión preventiva (Por ej, en delitos de tráfico de inmigrantes, violación, violencia intrafamiliar, hurto agravado, fabricación y tráfico de armas o municiones, estafa agravada, entre otros) Obviamente esta reforma fue atacada por inconstitucional y fue parcialmente anulada por el Tribunal Constitucional, pero en realidad esa declaración de inconstitucionalidad, no resolvió mucho toda vez que permitió la sustitución por otras medidas solo en incs (2 al 5) que eran de muy poca aplicación práctica. (ej el inc 3 permitía sustituir la prisión preventiva por arresto domiciliario cuando la imputada estaba por dar a luz).

³¹ FUENTES MAUREIRA, Claudio, art. Cit., p. 38

A su vez, Paraguay, por Ley 2. 493 de 2004 modificó el artículo 245 del CPP, estableciendo no solo que no eran procedentes las medidas alternativas a la prisión preventiva sino que estableció la obligatoriedad de esta medida cautelar en los delitos en los que el hecho fuera “tipificado como crimen que lleve aparejado la vulneración de la vida o la integridad de la persona como resultado de una conducta dolosa” atando así al juez, en el sentido de que si este deseaba imponer medida cautelar, debía ser necesariamente la prisión preventiva.

En el caso de Ecuador, en el año 2004 incorporó la figura de la detención en firme. Ello implicaba que una vez que era presentada la acusación por parte de la Fiscalía, el Juez debía obligatoriamente disponer la internación del imputado mientras espera el juicio. Abarcó una abrumadora cantidad de delitos y fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional de Ecuador en la Sentencia No 0002-2005-TC, resolución de 26 de septiembre de 2006, Aún así, estuvo vigente por un lapso de dos años. Válido es puntualizar que a principios del año 2009, se modificó nuevamente el Código Procesal Penal de Ecuador, incorporándose la oralidad en las etapas previas a la investigación; y se reguló la prisión preventiva de modo conteste con la lógica cautelar.

1.2) Prohibición de sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas:

Otro mecanismo legislativo para endurecer la prisión preventiva consistió en evitar que fuera sustituida por otras medidas en delitos específicos. Esta idea ha sido seguida por tres países: El Salvador, Guatemala y Honduras.

En el Salvador el artículo 294 fue modificado en cuatro ocasiones (1999, 2001, 2004 y 2007). En el año 2007 se incorporaron a la prohibición de sustitución de la prisión preventiva los ilícitos previstos en la ley de lavado de activos y delitos relacionados con drogas. Por medio de diferentes reformas se fueron incorporando más tipos penales llegando a un número de trece, fundamentalmente delitos contra la vida e integridad, probidad de funcionarios públicos y delitos contra la propiedad perpetrados de modo violento.

En Guatemala, el artículo 264 prevee una prohibición general de sustituir la prisión preventiva en casos de reincidentes o delincuentes habituales y también lo prohíbe en determinados tipos penales, aproximadamente diez.-

Respecto a Honduras, la reforma de 2004 anexó un inciso al artículo 184 por el que se determina que una vez impuesta la prisión preventiva no procede su sustitución por otras medidas cautelares, impidiendo su ocurrencia cuando se refiera a delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas.-

1.3) Inclusión de causales de procedencia de la medida basados en criterios incompatibles con la lógica cautelar:

Como antes se dijera, la prisión preventiva reformada, a fin de responder a la lógica cautelar, solo podía disponerse en caso de existir causales que implicaran peligro de fuga o de entorpecimiento para la investigación.

Con lo que se ha dado en llamar contrarreforma, los legisladores modificaron esa correspondencia entre las causales y la lógica cautelar por dos vías. Una estableciendo nuevas causales que respondían a otros valores. La otra, facilitando la aplicación de la prisión preventiva dirigiendo el criterio del juez mediante pautas que lo obligaran a dar más valor a criterios de índole peligrosistas.

La primera modalidad, se dió en los casos de Chile y Bolivia. En este último país, el Código Procesal Penal Boliviano consagró la nueva causal de reincidencia, en el artículo 234ter del CPP. En el caso chileno, si bien doctrinariamente la causal Peligro para la sociedad permitía ser interpretada como peligro de reincidencia, la última reforma al código del año 2008 fijó con claridad que esta es una hipótesis legítima y otorgó criterios de valoración para ella con una firme tendencia a considerar los antecedentes previos del imputado

No obstante, la modalidad mayoritariamente adoptada por el legislador consistió en dirigir el razonamiento judicial, en miras a facilitar la aplicación de la medida.

La más modificada ha sido la causal Peligro de fuga, principalmente dando prevalencia a la gravedad de los actos y la pena posible a imponer.- Tal el caso de la legislación de Chile, con la Ley N° 20.253, artículo 140 del CPP .

A este respecto, el caso venezolano directamente estableció presunciones de concurrencia del peligro de fuga, en aquellos delitos en donde su pena máxima a imponer sea igual o superior a 10 años

En esta dirección también el caso de la causal de Peligro para la comunidad del Código Procesal Penal colombiano, en donde la última reforma del año 2007 precisó que para la concurrencia de esta causal “será suficiente la gravedad y modalidad de la punible” y el juez “podrá” valorar otros criterios.

d) A modo de síntesis conclusiva: contexto actual del uso de la prisión preventiva en Latinoamérica.

Concluyendo, para definir el contexto actual del uso de la prisión preventiva en Latinoamérica, deviene de singular importancia lo concluido por el Foro virtual integrado por los miembros de REDEX (Red Ex alumnos del Programa Interamericano de Capacitadores en Reforma Procesal Penal) integrado por 254 miembros de 18 países relativo a la actualidad del uso de la prisión preventiva y las medidas cautelares sustitutivas. Tal foro se desarrolló entre diciembre de 2008 y marzo de 2009 y en lo que aquí interesa, respecto al contexto actual de la región, determinó que si bien una de las promesas generadoras de la reforma procesal penal en los países de América Latina fue la concerniente a la disminución del uso y duración de la prisión preventiva, la realidad actual denota que en la mayoría de los países, el número de detenidos preventivos continúa siendo superior al número de personas condenadas, y estos números van en aumento. En este sentido, significativo resulta lo acontecido recientemente en Brasil país que aquejado por la superpoblación carcelaria se vió obligado a reformar la Ley de Prisión Cautelar, que disponía comenzar su vigencia a partir del 4 de julio del cte año, lo cual

generó una controversia nacional y recibió acerbos críticas por parte de grandes sectores de la sociedad, ya que se calculaba que unos 100.000 presos por delitos menores recobrarían la libertad de manera inmediata. Tal medida debió tomarse precisamente para reducir el exceso de población carcelaria del país. El texto de la norma indica que el juez debe evaluar nueve medidas cautelares, como el monitoreo electrónico y la prisión domiciliaria, antes de enviar a la cárcel a un acusado de haber cometido un delito con una pena inferior a cuatro años, como hurto y falsificación de moneda extranjera, entre otros. Impacta realmente la expresión de un periodista que en un artículo publicado en Diario Chaco, en fecha 21/06/2011, refiere “ si la población carcelaria de Brasil fuese una ciudad, estaría entre las mayores del país y superaría a algunas capitales, como Cuiabá y Aracajú, con casi medio millón de presos “.

Continuando con las conclusiones del Foro, las mismas aluden a que prácticamente todos los países han sufrido contrarreformas en materia de medidas cautelares, mediante las cuales se han hecho más rígidos los criterios de procedencia de medidas sustitutivas, imponiéndose situaciones de inexcusabilidad para determinados delitos.

Como así que contrariamente al discurso inicial de la reforma que se orientó a buscar el respeto irrestricto a las garantías constitucionales y la implementación del debido proceso, en la actualidad la exigencia que más llega al sistema tiene que ver con la necesidad de probar su eficacia y eficiencia para la persecución y sanción del delito.

Lo que recuerda lo expresado por Fuentes Maureira³² cuando refiere en su artículo ya citado : “ Puede que hoy no sea posible afirmar que la prisión preventiva opera en todos los países como pena anticipada, paradigma anterior que las reformas pretendieron cambiar, pero hoy es claro que las medidas cautelares están siendo concebidas como mecanismos que buscan mucho más que resguardar que se haga el juicio oral, sino que se busca calmar a la población y generar la impresión de que el sistema es duro y eficiente contra la delincuencia”.

Debe entonces, señala el Foro, encararse un discurso renovado que contemple, la dimensión relativa al respeto por las garantías constitucionales, al que se adicione una dimensión que demuestre también la preocupación por generar un sistema eficiente, que brinde respuestas a la sociedad, a la que debe hacerse entender que el sistema es eficaz cuando logra condenas y no cuando por incapacidad o desinterés, sustituye a las mismas por la prisión preventiva.

³²FUENTES MAUREIRA, Claudio, art. Cit. p. 43

CAPITULO III

LA PRISION PREVENTIVA EN ARGENTINA

Tal como se consigna en el Documento N° 29 de fecha 29 de septiembre de 2009 del CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad Crecimiento)³³, en nuestro país, se ha cuestionado, fundamentalmente desde el ámbito académico, el modo de aplicación de la prisión preventiva, tanto en lo que hace a sus condiciones de procedencia como a su ejecución, duración y mecanismos de control.-En especial, las críticas estuvieron dirigidas a destacar la contradicción entre la aplicación de este instituto y las pautas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos. Se destaca en el Documento en comento, que en la Argentina más del 50% de la población carcelaria no tiene condena (57% según datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución Penal – SNEEP- del año 2006 que representa una cifra de 29.052 personas) y que en la provincia de Buenos Aires, esta cifra supera el 70% (15.529 conforme cifras reconocidas en la causa “Verbitsky”, que tramita la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fase de ejecución de sentencia, año 2007) A su turno, de la compulsa de causas radicadas en el ámbito federal como en el de las provincias, con algunas excepciones, esta gravosa medida se extiende por extensos períodos, en malas condiciones de alojamiento, traducidas en hacinamiento, violencia, discriminación, mala alimentación, falta de acceso a servicios de salud, educación y trabajo Las violaciones de derechos son en estas circunstancias frecuentes y el impacto psicológico, emocional, social y económico no recae solo sobre los detenidos sino también sobre los integrantes de sus familias. Asimismo, la práctica es demostrativa que en la mayoría de los casos, la medida recae en aquellos sectores de la población económicamente menos favorecidos, donde subyacen problemas más profundos y complejos . En este sentido, las estadísticas demuestran que en la mayoría de los casos (50%), las personas encarceladas en la Argentina son imputados o condenados por delitos contra la propiedad y no por los delitos gravísimos que la sociedad supone, por lo que el encierro en las cárceles termina profundizando las notas de violencia y desigualdad en los sectores marginados y sus familias.-

En orden a lo antelado, resulta ilustrativo el gráfico obrante en el trabajo citado cuya fuente es el SNEEP, año 2006, que da cuenta de que los delitos contra la propiedad constituyen el 58 % del total de los ilícitos (así robos o tentativa de robos alcanza a un 41 %, hurtos o sus tentativas un 5% y otros delitos contra la propiedad 12%), mientras que los homicidios dolosos llegan a un 13 %, delitos contra la integridad sexual un 9%.-

1- La prisión preventiva en la Argentina en números:

³³ CIPPEC, Documento N° 29 del 29/09/09, “El costo social y económico de la Prisión Preventiva en Argentina”, Derdoy Malena, Fernández Valle Mariano, Freedman Diego, Malajovich Laura, Roth Laura y Salinas Raúl.

1.1. Personas privadas de la libertad

En nuestro país, conforme el Documento citado supra- en el año 2006 se encontraban privadas de la libertad 54.000 personas., lo que implica una tasa de encarcelamiento de 139 personas cada 100.000 habitantes. Si a ello se agregan las personas detenidas en comisarías, los números trepaban a 60.621, lo que se traduce en una tasa de 156 personas cada 100.000 habitantes. Asimismo, en un lapso de diez años (tomado desde el año 1997 al 2006) se verifica un aumento constante de la población penitenciaria en nuestro país, llegando prácticamente al doble.

El mayor aumento se registró entre los años 2000 y 2003, desde que en tal periodo a partir de las demandas populares reclamando mayor seguridad, el gobierno respondió a las mismas con la implementación de políticas conocidas como de “mano dura”. En los últimos tiempos, las nuevas medidas en penal, estuvieron dirigidas esencialmente a incrementar la duración temporal de las penas privativas de libertad y a introducir mecanismos que provocaron un incremento del uso de la prisión preventiva. En este horizonte, los cambios en la Ley de Ejecución de la Pena, la derogación de la regla del “2x1” (esto es del antiguo art. 7 de la ley 24.390 que habilitaba computar como dos años de cumplimiento de pena por cada año cumplido en prisión preventiva) y las medidas impulsadas en la provincia de Buenos Aires durante el año 2000.

1.1.1. Personas privadas de la libertad sin condena

Es alarmante en nuestro país el número de personas privadas de libertad que se encuentran en tal estado sometidos a prisión preventiva. A este respecto, el Documento citado, consigna que en el año 2006, el total de personas encerradas sin condena era de 29.052,, lo que significaba un 57% del total de personas privadas de la libertad. Número que aumentó notablemente en 2003, comenzando luego a partir de tal año a disminuir levemente año a año.

Tabla 5

PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD SIN CONDENA EN LA ARGENTINA.

Año	Cantidad	% de personas encerradas sin condena	Tasa cada 100.000 habitantes
2002	26.477	59,0	72,3
2003	32.547	62,0	88,0
2004	32.199	59,0	86,2
2005	31.913	57,0	84,6
2006	29.052	57,0	76,3

Fuente: Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución Penal (SNEEP), 2006

Lamentablemente, en realidad, en nuestro país siempre fue elevado el porcentaje de procesados privados de la libertad. Por citar algunos periodos, en 1882 en la Penitenciaría Nacional se registraban 479 encausados y 368 condenados; en 1897 eran 708 procesados y 261 condenados (Caimari, 2004:81). En 1906, de las 8.000 personas presas, un 60% eran procesados. Caimari (2004:111-112) agrega que: “La proporción de procesados encarcelados del país fluctuaría merced a diversas leyes de excarcelación, pero se mantendría por encima del 50%, a lo largo de todo el siglo XX (con picos de hasta el 70%)”.

1.1.2. Personas privadas de la libertad sin condena en el ámbito federal

En el ámbito federal, a la época de mención eran 5.742 las personas encerradas con prisión preventiva, lo que implicaba un 55,8% del total de personas presas en el ámbito federal, las que a su vez pertenecían al sexo masculino un 90 %.-

En 2008, 59% se encuentra privado de la libertad por orden de la Justicia Nacional, 35% por decisión de la Justicia Federal y el resto por la Justicia provincial. Hay cierta diferencia en el uso de la prisión preventiva dependiendo de la Justicia interviniente. El 60% de las personas privadas de la libertad a disposición de la Justicia Federal son procesadas; porcentaje que se reduce a 56% en la Justicia Nacional y a 34% en la Justicia Provincial³⁴.-

1.1.3. Personas privadas de la libertad sin condena en el ámbito provincial

En lo atinente al uso de la prisión preventiva en las provincias argentinas, por parte de la Justicia ordinaria, al año 2006, el número de personas encerradas con prisión preventiva era de 23.026. El porcentaje es variable de acuerdo a las provincias, las que tienen distintos códigos procesales penales. Conforme el Documento del CIPPEC, el menor porcentaje es registrado por las provincias de Río Negro y Entre Ríos mientras que el más alto corresponde a la provincia de Buenos Aires. Se advierte asimismo, que provincias cercanas ostentan porcentajes muy disímiles, así en Salta el porcentaje es de un 43% mientras que en su vecina Chaco es de 33%. En igual sentido, Mendoza y Córdoba con un 46 % frente a Santa Fe con un 32%.

El promedio general es de 53,5%, un poco más bajo que en el ámbito federal. Por otra parte, la mayor tasa cada 100.000 habitantes se registra también en la provincia de Buenos Aires (147,8), a la que sigue Córdoba (76,7), siendo las más bajas las de Chubut (7,7) y Entre Ríos (18,7).

Es de precisar que en el caso de Chubut, donde se introdujo un cambio de paradigma procesal en 2006 a partir de las “audiencias de control de detención” se logró disminuir en un 30% el porcentaje de personas sometidas a prisión preventiva.-

2- Doctrina legal y jurisprudencial: Presupuestos que determinan la legitimidad de la aplicación de la Prisión Preventiva:

³⁴ CIPPEC, Documento cit., p. 15 invocando como fuente datos del Servicio Penitenciario Federal

Como se ha podido ver en los títulos anteriores y es, en realidad hartamente conocido, la mayoría de los presos en este país, se encuentran en esa situación sin que se haya dictado una sentencia condenatoria firme en su contra, vale decir, están encarcelados preventivamente sin que se haya determinado su culpabilidad. Ello demuestra que en la realidad diaria, más allá de lo que se declama, en la práctica, la prisión preventiva es una medida habitual, en especial en delitos con escalas penales altas, en delitos que provocan conmoción y alarma social, medida aplicada con un alto grado de discrecionalidad y que en muchos de los casos constituye la verdadera pena. Señala Chiara Díaz³⁵ que : “reformas en la legislación sustantiva y procesal que en esta primera década de 2000 en la práctica han querido ubicar desembozadamente a la prisión preventiva como variable de ajuste de la seguridad ciudadana o instrumento ejemplarizante y eficaz, llevaron, entre otros factores coadyuvantes -las malas prácticas menciono a título personal entre estos factores-- a incrementar significativamente las cárceles provinciales y federales, excediendo con largueza su capacidad y provocando con ello una situación favorable a la producción de hechos violentos, culminados en varios motines con pérdidas de vida y daños materiales importantes” agregando el referido autor en su trabajo, una cuestión que merece destacarse y es que, a más de todo lo que negativamente implica esta medida, la prisión preventiva cumplida, como regla no es indemnizable salvo dolo o error inexcusable, pareciéndome importante por lo significativo, transcribir el párrafo pertinente de su trabajo, el que expresa: “a quienes a través de la extensión desmesurada de la prisión preventiva entronizan criterios “defensistas” de la comunidad, incompatibles con nuestra sociedad democrática, el principio de culpabilidad y el debido proceso según la Constitución, me permito recordarles no solo las condiciones calamitosas de nuestras unidades penitenciarias donde se aloja a quienes se considera jurídicamente inocentes, la duración irrazonable de nuestros procesos –sin que se acepte como política de Estado tratar de reducirla por modificaciones urgentes y posibles-, sino también la vigencia asaz restrictiva de la posibilidad indemnizatoria admitida por la jurisprudencia acerca de su imposición, reservada a los supuestos de dolo o error inexcusable”

Sin embargo, no obstante esta realidad que desnudan los números y estadísticas en punto al excesivo uso de la prisión preventiva en nuestro país, al igual que lo puntualizado respecto al resto de los países de Latinoamérica, los postulados de presunción de inocencia, excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación por motivos cautelares, han sido recogidos por la mayoría de los Códigos Procesales de las provincias y los operadores judiciales declaman y valoran los mismos. El problema radica en que los cuestionamientos a la vigencia de estos principios se dan por fuera del debate legal y desde lugares donde el sostenimiento de estos principios no pareciera tener mayor efecto. Los retrocesos que se han hecho no provienen de una desvaloración de esos principios en la comunidad legal, ya que dentro de la literatura jurídica, aparecen claras expresiones de la lógica cautelar e incluso,

³⁵ CHIARA DIAZ, Carlos “El Proceso penal y....” cit, p. 13

como se dijera antes, miradas abolicionistas de la prisión preventiva. Así también la jurisprudencia, ha receptado tales postulados en numerosos fallos –algunos citados al inicio de este trabajo-. Sin embargo, se observa que desde fuera de la cultura legal se imponen a esta - mediante decisiones legislativas impulsadas por cuestiones que responden a conceptos de inseguridad, mano dura, clamor público, etc - cambios orientados a endurecer la aplicación de esta gravosa medida . De modo que los operadores del sistema, a pesar de compartir conceptos compatibles con los postulados referidos que otorgan a la prisión preventiva carácter excepcional, se sienten presionados por los cambios legislativos y sobre todo, por el control de la sociedad que es ejercido a través de los medios de comunicación y desde medios políticos y es así que la mayoría de ellos termina renunciando a sus convicciones jurídicas y cediendo a aquellas presiones.

Por lo que más allá de la importancia capital que reviste seguir consolidando una doctrina legal y jurisprudencial conteste con la presunción de inocencia y demás garantías fundamentales, **ha de buscarse otros caminos que conduzcan a acompañar y hacer posible la aplicación práctica de esa doctrina.-**

Previo a adentrarnos en esa búsqueda, corresponde repasar la doctrina legal y jurisprudencial a la que referimos que entiende que en el sistema constitucional la libertad desempeña un papel nuclear, constituyendo su restricción o privación una excepción³⁶ por lo que la aplicación concreta de la prisión preventiva, debe, ineludiblemente cumplir con una serie de condiciones que determinarán su legitimidad, las que pueden ser sintetizadas del modo que sigue : ³⁷

1) La prisión preventiva debe responder únicamente al resguardo de los fines del proceso. La adopción de la medida debe constatar indispensablemente que la libertad del imputado significa un riesgo comprobado para aquellos fines que, como es sabido, consisten en llegar a la sentencia y aplicar la solución dispuesta por el Derecho material, eventualmente una condenación a cumplir una pena privativa de libertad. En palabras de Cafferata Nores, “ se exige la existencia del grave peligro (por lo serio y probable) de que si no se impone coerción, el imputado frustré algunos de los fines del proceso (periculum in mora)”³⁸. Como ya se ha visto, la doctrina -así, entre otros y desde hace mucho tiempo, Cafferata Nores, Maier y Chiara Díaz-

³⁶ VALLEJO, Manuel Juen , “La presunción de inocencia” en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N°2, octubre de 2004, Lexis Nexis, Bs As, p. 356 con cita del fallo 147/2000 del Tribunal Constitucional Español

³⁷ Esta sistematización se basa en los siguientes autores: BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos”, trabajo incluido en su libro “Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo”, Editores del Puerto, Bs As, 1998, p. 136 y ss; CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos” , Editores del Puerto, Bs As, 1998, p.185 y ss.-

³⁸ Vid, ídem , p. 638

³⁹,y la jurisprudencia mayoritaria remiten ello solo a dos motivos: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.. Resultando oportuno indicar que esto se ha visto reforzado por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verbitsky”⁴⁰. En esa ocasión, el alto tribunal indicó que en el caso de prisión preventiva, el piso mínimo determinado por los estándares internacionales y a los que se debe ajustar la legislación nacional es el CPPN, que contempla –en su art. 280- esos dos supuestos.- Solo esas dos hipótesis, autorizan la imposición de la medida cautelar más gravosa para el imputado.

Es de destacar que en las tendencias más modernas –así, Bovino y Binder- ⁴¹ incluso se deshecha la primera de ellas, admitiendo solo el riesgo de fuga como supuesto legítimo de la prisión preventiva, pues se alega que el Estado cuenta con suficientes medios como para evitar el entorpecimiento de la investigación- En este sentido, refiere Binder que “es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar a la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad “ Apunta que es totalmente distinta la situación con el peligro de fuga, desde que en ese supuesto, el Estado se encuentra con un límite absoluto que es la imposibilidad de realizar los juicios en ausencia (no se pueden realizar juicios penales en rebeldía del imputado), teniendo por ello el imputado “efectivamente un poder real para obstaculizar el desarrollo del proceso e impedir la aplicación de una pena”⁴² .- Como indicara supra, Cafferata Nores en cambio, acepta esta pauta y señala que con ella se trata de evitar la manipulación o falseamiento de alguna prueba en concreto más no de la actividad probatoria abstracta y genéricamente considerada.- Igual criterio mantiene también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual a través del Informe 2/97 subrayó: “La Comisión considera que no es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación tiene que fundarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado “.- En igual sentido, Solimine, para quien la causal de peligro de entorpecimiento de la investigación debe ser real y solo puede operar en los primeros momentos de la causa ⁴³. A este respecto, el Dr Chiara Díaz, en su voto en disidencia en el fallo “Carrizo” cit., expresa

³⁹ Conforme cita de SOLIMINE, Marcelo en su trabajo “La excarcelación de Chabán, Episodio III- El fallo de la Cámara nacional de Casación Penal: una fértil oportunidad para el estudio del instituto”, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, ed. Abeledo Perrot, abril/06, ps. 667-

⁴⁰ C.S.J.N., fallo del 03/05/2005, dictado en “Verbitsky, Horacio S/ Habeas corpus”, J.A. 2005-IV-612

⁴¹ BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, 2º Ed., Ed Ad Hoc, Bs As, p. 199 y sigs, BOVINO, Alberto “El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos”, en AA VV, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos” Editores del Puerto, Bs As, 1997, ps 453 y 454.-

⁴² BINDER, ob. Cit., p. 199 y sigs)

⁴³ SOLIMINE, “Tratado sobre las causales de la excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación”, ed. Ad Hoc, Bs As 2003, p. 24

textualmente que " claro está que lo enunciado es la regla general, (refiere a la libertad en el proceso) que puede excepcionarse cuando la libertad del imputado **sea obstáculo concreto para la recolección de pruebas o cuando exista efectivo peligro de fuga**, quedando entonces los Jueces facultados a imponer medidas de coerción, entre ellas y en último término la prisión preventiva, pero repárese que su necesidad debe ser fundada en concreto, ya que las mismas **no tienen un fin propio y sólo procuran resguardar ciertos objetivos del proceso: obtener la reconstrucción genuina de los hechos del pasado y conseguir la legítima aplicación del derecho penal de fondo"**.

En este sentido, los CPP de Córdoba –art 281- del Chaco –art. 280- establecen pautas orientativas no obligatorias, determinando que la existencia de estos peligros podrá inferirse de la falta de residencia del imputado, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso cese de prisión anterior, o condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el art. 50 del C.P.

En igual sentido, el CPP de Chubut – art. 108-, fija tales pautas orientativas, para fundar el peligro de fuga:

- 1) 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.
- 2) 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 su víctima eventual.
- 4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

También señala este CPP en su art 109, las pautas a considerar para reconocer el peligro de entorpecimiento de la investigación, así la grave sospecha de que el imputado:

- 1) Destruirá, modificará , ocultará, suprimirá, o falsificará elementos de prueba;
- 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;o;
- 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Desde luego, que como señala Chiara Díaz⁴⁴, debe insistirse en la prudencia al interpretar estas pautas o presunciones, a fin de no incurrir en decisiones injustas o discriminatorias hacia algunos sectores, poniendo como ejemplo de esto, el citado autor, el valorar el peligro de fuga respecto de quienes no poseen vivienda o residen en asentamientos precarios, derivados de una política económica que los marginó, justificando solo por ello la necesidad de la prisión preventiva.

⁴⁴ Vid, ídem, p. 18

En suma, de lo que se trata con relación a este primer requisito, conviene enfatizarlo a riesgo de ser reiterativo, es que si no se quiere vulnerar el principio de inocencia, no es lícito recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena, pudiendo solo justificarse la imposición de tal medida cautelar si se dispone para aventar los peligros procesales que atentan contra los fines del proceso, los que, compartiendo, la opinión doctrinaria y jurisprudencial que los remite a ambos supuestos, deben tratarse de entorpecimiento de la investigación o peligro de fuga.-Debiendo el Juez o Tribunal, atender a las circunstancias objetivas, ciertas, comprobables en el caso concreto, emergentes de las pruebas obrantes en la causa, las que deben ser evaluadas de modo riguroso, que le permitan formular un juicio sobre la existencia real en el caso del peligro que genera la ineludible necesidad de la aplicación de la medida de coerción.-

2) La prisión preventiva debe ser excepcional. Ello emerge como lógica consecuencia del principio de que la privación de la libertad durante el proceso constituye una limitación al derecho constitucional del imputado a transitar aquél en libertad.- Así, en “Macchieraldo” fallo cit., se afirma que la libertad del imputado “solo puede ceder en situaciones excepcionales” y después “ que la privación de la libertad no debe ser la regla, constituye un principio expreso constitucionalizado (art. 9º, inc. 3º del PICDP)”.- Bovino enseña que el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (arts. 14 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 8.2 de la CADH y art. 14.2 del PIDCP) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) (arts 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 9.1 del PIDCP y art. 7º de la CADH)⁴⁵.- En igual dirección en “Barbará” , expresamente se dice que “la privación de libertad será excepcional” Este carácter ha sido también enfáticamente sostenido por la propia Convención Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 12/96, referido a nuestro país, expresándose que “...la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”.-

3) El dictado de la medida debe encontrar sustento en las constancias fácticas necesarias que permitan entender que existe mérito para limitar el derecho fundamental Conforme expresan Cafferata Nores- Tarditti⁴⁶ , tal como está diseñada en el nuevo sistema constitucional, la coerción personal del imputado presupone, primeramente, la existencia de pruebas de cargo de la comisión de un delito y que el mismo ha sido perpetrado por aquél

⁴⁵ BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, publicado en “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo” Editores del Puerto, Bs As, 1998, ps 148/9.-

⁴⁶ Vid, ídem, p. 638.-

(fumus boni iuris), porque solo la existencia y consistencia de tales pruebas, mostrará como posible la condena, cuyo justo dictado es precisamente lo que las medidas de coerción pretenden asegurar (es la aparente existencia del derecho de punir del Estado) En palabras de San Martín Castro, citado por Cesano⁴⁷ tal exigencia, da lugar al primer presupuesto material de la medida, el que consta de dos reglas: la primera referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, respecto a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de la investigación y la segunda que está en función del juicio de imputación contra el inculcado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de verosimilitud –o alto grado de probabilidad- acerca de su intervención en el delito.-

Es de indicar que para la imposición de la medida, deben concurrir simultáneamente este requisito que exige que exista prueba suficiente en punto a que se perpetró un delito y que el imputado tuvo participación en él (fumus bonis iuris) y el de peligro procesal (periculum in mora).- A este respecto, el TSJ de Córdoba en “Conesa”⁴⁸ ha indicado que “la prueba sobre la existencia del hecho y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal son condiciones que deben concurrir simultáneamente para la justificación de la coerción, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida proyectarse en forma autónoma con relación a cada una de ellas”.-

4) La posible imposición de esta medida debe estar limitada por el principio de proporcionalidad. Este principio impone como necesaria la existencia de una relación entre el rigor de la medida a aplicar y el fin procesal que se pretende asegurar, ello para impedir que el proceso le signifique al imputado una intervención más grave en su vida que la posible condena.- Como corolario de su vigencia, la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión, siendo los jueces quienes deben determinar este equilibrio⁴⁹

De esta manera, la aplicación efectiva de este principio requiere que el tribunal efectúe una comparación entre la medida de coerción y la pena eventualmente aplicable al caso y por tanto, la ecuación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto para el tipo penal de que se trate, sino la especie y medida de la pena eventualmente aplicables de acuerdo a las circunstancias del caso en particular ⁵⁰.

⁴⁷ CESANO, José Daniel, en su trabajo “La aplicación de algunos institutos de la ley 24.660 como mecanismos para atemperar o evitar la prisión preventiva”, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2005, ed. Rubinzal Culzoni, p. 285.-

⁴⁸ Tribunal Superior de Córdoba, Sala Penal, autos “Conesa”, sent. N° 97 del 20/11/02

⁴⁹ BINDER Alberto, ob.cit. p. 201 y MAIER Julio ob.cit, p. 528, citados por SOLIMINE, Marcelo en su trabajo “Exclusión del encarcelamiento preventivo y de las cauciones económicas por la probabilidad de la pena en suspens

o. Función limitadora del principio de proporcionalidad” publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2005, ed. Rubinzal Culzoni, p. 171.-

⁵⁰ BOVINO Alberto, ob. Cit. P. 155.-

Este principio opera una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida de coerción y conforme enseña González Cuellar Serrano⁵¹, importa determinar, a través de la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de los intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se pretende salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida será inadmisibile.

En relación al principio en cuestión, Abel Fleming y Pablo López Viñals⁵², refieren que si se parte de la naturaleza cautelar de toda medida restrictiva, no cabe sino aceptar que los derechos del imputado únicamente pueden ser afectados tomando en cuenta un balance concreto entre el riesgo que se pretende cubrir con la intervención del poder público sobre la libertad individual, y el grado de afectación que pueda considerarse tolerable en el marco de las expectativas de sanción que emerjan del proceso y mirando siempre el parámetro de injerencia mínima que surge de las exigencias de convivencia en una sociedad democrática.

5) La medida cautelar debe tener un plazo razonable de duración

Esta limitación se encuentra consagrada en el art. 7° inc 5° de la CADH que preceptúa “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez, u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.- En otras palabras, tal disposición otorga el derecho a ser puesto en libertad ante la falta de juzgamiento en tiempo razonable.

Refieren en este punto Cafferata Nores y Tarditti⁵³, que así como por imperio del principio de inocencia el encarcelamiento preventivo no podrá ordenarse sino solo cuando sea estrictamente indispensable para asegurar que el proceso se pueda desenvolver sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con la que culmine no se vea privada de considerar ninguna prueba ni sufra el falseamiento de alguna por obra del imputado y que se cumpla efectivamente la pena que ella imponga, por la misma razón, vale decir, por el principio de inocencia, tampoco podrá prolongarse más allá del tiempo estrictamente indispensable para que el proceso se desarrolle y concluya con una sentencia definitiva, con efectivo resguardo de aquellos objetivos mediante una actividad diligente de los órganos judiciales responsables, especialmente estimulada por la situación de privación de libertad de un inocente.- Agregando que tanto la imposición de de la privación de libertad cuando no sea imprescindible como medio de cautela del proceso como su prolongación más allá del tiempo imprescindible para

⁵¹ GONZALEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás, “ Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Colex, Madrid, 1990, p. 225.-

⁵² FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo , “Garantías del Imputado”, Rubinzal Culzoni Editores, marzo/08, p. 89, con cita al pie de pág. De SOLIMINE, en “Tratado sobre.....” cit., p. 33 y de CHIARA DIAZ, en “ El proceso penal y...” cit, ps. 14 y 15

⁵³ Vid, ídem p. 643

tramitar y concluir ese proceso, desnaturalizarán totalmente aquella medida de coerción, afectando gravemente el derecho de defensa del acusado y el principio de inocencia establecido a su favor.

Sosteniendo la doctrina que “Desde el punto de vista de los derechos humanos, un proceso penal prolongado, especialmente cuando acarrea una dilatada privación de libertad del procesado, implica una violación al principio de que nadie puede ser penado mientras no se pruebe su culpabilidad en la forma legalmente establecida” ⁵⁴

Es preocupante ver que en nuestro país, a más de la distorsión en su imposición, en muchos casos además, la prisión preventiva tiene una duración tan larga que equivale prácticamente a la condena, a punto tal que llegado el momento de dictar sentencia después del juicio, tal pronunciamiento se asemeja más a una revisión en cuanto a si debe dejarse el imputado en libertad o si debe seguir cumpliendo la pena.-

He de señalar que en relación a esta cuestión, Abel Fleming ⁵⁵ destaca al Código procesal cordobés en virtud de que el mismo al enunciar las causales de cese de prisión preventiva, establece que el imputado no puede permanecer privado de su libertad más de dos años sin haberse dictado sentencia (art 284 inc 4°) agregando que el plazo puede extenderse un año más cuando se trate de causas de evidente complejidad y difícil investigación, afirmando que en consecuencia esa normativa es categórica en cuanto a la imposibilidad de continuar extendiendo la privación de libertad.- Debo entonces, destacar que el Código Procesal Penal del Chaco –ley 4538- que en rigor, en general salvo contadas disposiciones, es idéntico a aquél, llega en este punto en cuanto a la garantía, más lejos, porque dispone igualmente como causal de cese de prisión que la duración de la medida haya excedido los dos años, pero no establece en cambio, prórroga alguna, por ningún motivo de este plazo.(Confr art.282 inc 4° CPP del Chaco).-

⁵⁴ CARRANZA Elías, HOVED, Mario, MORA, Luis Paulino, ZAFFARONI Eugenio Raúl, “El preso sin condena en América Latina y el Caribe”, ILANUD, San José de Costa Rica, 1983, p. 52

⁵⁵ Vid, ídem, p. 160

CAPITULO IV

HACIA UN USO DE LA PRISION PREVENTIVA ACORDE A LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO

De conformidad a todo lo que se viene indicando, la aplicación o el uso de la prisión preventiva en un sistema penal es el indicador más potente para señalar si aquél ostenta o no un buen funcionamiento. Durante mucho tiempo, la solución a los problemas que su uso aparejaba se sustentaba en cambios normativos, en invocación de normativa supracional y en trabajos dogmáticos de importancia destinados a construir un nuevo modelo respetuoso de los principios del debido proceso. Evidentemente, ello no alcanzó para solucionar los problemas que provocaron retrocesos en la regulación legal y un uso desmedido de la prisión preventiva. Por lo que debe complementarse y reforzarse la buena doctrina legal consistente con la presunción de inocencia y las garantías fundamentales, con otros elementos que permitan traducir en la práctica, aquella doctrina.

1) Unificación de Códigos Procesales de las distintas provincias o al menos, de las condiciones de aplicación de la Prisión Preventiva:

En principio, es de indicar que la gran diversidad de procesos penales que hoy coexisten en nuestro país a pesar del modelo acusatorio que implementa nuestra Constitución, crea incertidumbre en los ciudadanos, que ignoran que sistema se les aplicará de acuerdo a la parte del territorio donde se encuentren, cuanto más ello se agrava cuando es diferente el modo, el procedimiento, y hasta el funcionario (Juez o Fiscal) que determinará la aplicación de una medida como la aquí tratada, por lo que creo fundamental entonces, sin coartar el derecho de las provincias a decidir el diseño de proceso penal que quieren, que se respete la jerarquía de las leyes implementando el paradigma constitucional del proceso penal y que cuando menos, existan además disposiciones comunes en todo lo que hace al respeto irrestricto de los presupuestos que legitiman la aplicación, control, revisión y duración máxima de esta gravosa medida. Todo lo que obviamente amerita una profunda reforma procesal.

2) Audiencias orales para imponer y controlar la Prisión Preventiva

Desde esta óptica, creo que un eficaz método para limitar el encarcelamiento cautelar en su imposición y en su duración, es implementar audiencias orales para su imposición y control, donde las partes pueden exponer los fundamentos de sus pretensiones y contrarrestar los de su adversario frente a un Juez imparcial.-

En este horizonte, no parece exagerada la expresión de Alan lud⁵⁶ cuando refiere: “me atrevo a afirmar que la principal razón **“jurídica”** del generalizado uso del encarcelamiento

⁵⁶ Vid, ídem p. 280

preventivo es la escrituración del procedimiento penal” explicando su conclusión diciendo que. “Es que, indudablemente, el expediente es el elemento estructurante del proceso penal, que permite que el tiempo pase sin que nada suceda, así como que los jueces tomen las resoluciones más absurdas y arbitrarias sin que nadie se entere, preparadas por funcionarios y empleados que nadie conoce”. Agregando luego que las principales consecuencias del expediente resultan ser la morosidad, la delegación de funciones, la violación de la garantía de inmediación, la ausencia de publicidad, contradicción e imparcialidad.- Todo ello sin perjuicio de reconocer que si la mayoría de los Fiscales y Jueces asumieran la gravedad del dictado de la prisión preventiva (con sus implicancias no solo en pérdida de libertad, sino en lo que la misma conlleva en lo familiar, laboral, social, y hasta en su falta de indemnización salvo contadísimas excepciones, tal lo indica Chiara Díaz, a más del alojamiento de estos “presos preventivos” en iguales lugares e igual trato que los ya condenados), si asumieran esta gravedad, decía, y aplicaran la misma solo a los excepcionales casos constitucionalmente aceptados, seguramente, la aplicación de la prisión preventiva se vería considerablemente reducida, no solo en su consagración normativa, sino también en su imposición cotidiana.-

Recapitulando un poco hacia atrás, vemos que el juicio oral y público como presupuesto ineludible de toda sentencia penal, fue el gran avance, este era el modelo de enjuiciamiento previsto por la carta Magna y el que se compadece con el sistema acusatorio.- Comenzaron así Córdoba y otras provincias a implementarlo en 1939 hasta que lo hizo finalmente el Código Procesal Penal de la Nación.- Este juicio oral y público es la etapa central del sistema acusatorio, ello justamente por sus principios: debe realizarse en forma oral, pública, contradictoria, con inmediación entre todos los sujetos del proceso, ante un tribunal independiente, imparcial. Con continuidad de sus actos.- Convirtiéndose la oralidad en el instrumento limitador de la arbitrariedad de los operadores y otorga en realidad, un decisorio de superior calidad.- No obstante ello, en la mayoría de las legislaciones pervivió una etapa instructoria escrita, burocrática, excesivamente formalista,. Esto en la práctica terminó significando que esta etapa, la primera del proceso, desplazara a la central y verdaderamente importante, la del juicio, el expediente le quitó lugar a la oralidad. A este respecto, se ha señalado que “en el devenir histórico de los textos legales procesales, siempre se ha mantenido la máxima de ser oídos antes de ser afectados en sus derechos; sin embargo, el ser oído se ha interpretado como el ser leído, ya que el imputado no ha sido el protagonista del proceso, sino el expediente mismo, en ese sentido, lo que importa es enviar papeles de abogados a juzgados y de juzgados a abogados, excluyendo de esa práctica obsoleta y poco razonable a la persona que está siendo juzgada, quien a la larga no habla, pues el juicio resulta ser una discusión abstracta y repetida del ritualismo jurídico, entre abogados y no entre personas originarias del conflicto”⁵⁷

⁵⁷ JUAREZ, ERICK, “Las judicaturas gerenciales. Una perspectiva desde los derechos humanos, en www.cjoguatemala.org, p. 3

Desde luego que esto de ser “leído” antes que “oído”, si es grave en la etapa de investigación, cuanto más lo es cuando ocurre con una medida con tan gravísimas consecuencias como lo es la prisión preventiva.-

Todo ello ha llevado a pensar, en una instrucción más desformalizada, cuya función sea solo preparar el camino al debate, etapa central del proceso.- Sabido es que durante la etapa de investigación se toman decisiones trascendentes para el imputado y en cuanto a ellas, los sistemas procesales más modernos prevén la realización de audiencias preliminares. En las mismas, las partes, Defensor y Fiscal presentan sus peticiones y fundamentos oralmente, y de igual forma debe resolver el Juez de Garantía (o de Control).- En este sentido, la implementación de la oralidad ya en la etapa de investigación penal preparatoria, ha caracterizado una importantísima serie de cambios de tercera generación⁵⁸ acontecidos en varios países de América Latina (así Chile, Guatemala, Costa Rica, El Salvador) y ha perseguido fundamentalmente acabar con el sistema endémico de la delegación de funciones en los juzgados en los sistemas inquisitivos y la consecuente violación de garantías constitucionales que en forma cotidiana se verifica en los tribunales. En efecto, esta delegación de funciones se ha visto favorecida por el expediente escrito como forma de tomar decisiones judiciales, lográndose a través de la oralidad además del establecimiento de la publicidad, inmediación y contradicción en el proceso con el consiguiente aumento de la capacidad de exponer sus argumentos para la defensa del imputado, el respeto al principio de personalización de la función judicial y el avance en la consolidación de la independencia interna de los jueces con relación a la estructura burocrática de abordaje de los conflictos⁵⁹

Es de acotar que la importancia de la oralidad como eje para rescatar la independencia de los jueces y para la transformación de esa etapa (la de instrucción o de investigación) escrita, ritualista, lenta fue destacada hace tiempo por Binder, manifestando en cuanto a ello que: “...el eje central de las afectaciones a la independencia judicial pasa, en realidad, por la dependencia de los jueces respecto de la estructura burocrática en la cual están inmersos, la que a su vez, produce una rutina de trabajo en la cual los casos individuales son tratados de modo genérico, como si se tratara de distintos expedientes de un mismo reclamo. Delegación y prácticas rutinarias son, pues, afectaciones de la independencia judicial con las cuales estamos acostumbrados a convivir, ellas se han escondido en los pliegues de nuestras propias rutinas, se nutren del estado de colapso de un sistema judicial completamente atosigado, y han generado una cierta cultura judicial capaz de condicionar incluso, las propuestas de cambio y toda política judicial. La persona del Juez permanente respecto del cual la Constitución nacional ha previsto recaudos y garantías, es reemplazada en los hechos por un funcionario o empleado quien, en el mejor de los casos, merece la confianza de ese Juez y, la mayoría de

⁵⁸ LEDESMA, Angela, “La reforma procesal penal”, ed. Nova Tesis, 2005, p. 33 y ss

⁵⁹ BOERR, Jorge I., “La lucha por la oralidad en la investigación penal preparatoria. A propósito del caso “Leiva” de la sala 1° de la Cámara de Apelaciones en lo contravencional de la CABA”, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, julio/2008, p. 1196

las veces, pertenece a la planta personal permanente del tribunal. Así, el tribunal se convierte en una suerte de entidad suprapersonal que expresa criterios jurídicos, rechaza pruebas, modifica procedimientos y genera costumbres. El caso individual, el reclamo o el drama concreto de personas vivas ha sido reemplazado por un conjunto de papeles (más o menos ordenados) sometidos a patrones fijos, que genera su propia lógica y termina por reemplazar a la vida misma (recuerde el lector el adagio *quod non est in acta non est in mundo*), cuya versión vernácula y popular dice: lo que no está en el sumario no existe) “⁶⁰

En otras palabras, en síntesis, con el sistema oral en la etapa preparatoria de la investigación mediante realización de audiencias preliminares en contraposición con el expediente, se obtiene: mayor celeridad y eficacia, el fin de la delegación de funciones por parte del Juez, que sea este el que resuelva personalmente las cuestiones y la consagración de las garantías de la inmediación y de la publicidad.-Como sostiene Binder, “la utilización de las audiencias orales y públicas para resolver todos los litigios previos al juicio mismo es una de las mejores formas de introducir una práctica masiva totalmente contraria a la tradición inquisitorial, con gran beneficio para la celeridad y eficiencia del proceso penal mismo. Esta forma de organizar el litigio, hace nacer verdaderamente la función jurisdiccional durante la etapa preparatoria, alejándola del paradigma del juez instructor y llevándola hacia sus verdaderas tareas de control y resolución, sin comprometerse en la investigación del caso”⁶¹

Desde luego que esta nueva forma de gestionar el proceso, requiere ineludiblemente de un cambio cultural y de nuevos modelos de capacitación, siendo necesario introducir nuevas prácticas. Las reformas exclusivamente normativas fracasan cuando los operadores del sistema las rechazan, no las aplican, las neutralizan o las adaptan a la vieja lógica. Juega un papel importante esa capacitación a los actores del proceso, el otorgar a los mismos las herramientas útiles para su desempeño en las audiencias.-

En efecto, una de las resistencias más fuertes a los procesos de reforma es la idea de mantener el expediente como metodología de trabajo, algunos por la comodidad que les da el seguir haciendo las cosas como ya conocen, otros porque es más fácil llevarse el expediente, leerlo con tranquilidad, poder consultar a terceros, ordenar a empleados que les hagan el proyecto, evitando así las audiencias que exigen estar preparados para afrontar planteos y resolver inmediatamente, conservar el manejo de sus propios tiempos.- Desde la óptica de los abogados, muchos prefieren la escritura en razón de que en las audiencias orales, necesariamente, los expone, deben tener una preparación sólida para enfrentar la dinámica propia de la oralidad, que los obliga a planteos inmediatos, incidencias sorpresivas, etc, todo lo que les exige destreza en litigación.-

⁶⁰ BINDER, Alberto, “Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr Jekyll y Mr Hide”, publicado en el libro del mismo autor “Justicia Penal y Estado de Derecho”, Ed Ad Hoc, 2004, p. 88 y ss

⁶¹ BINDER, Alberto, “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República en Política criminal bonaerense. Revista del INECIP, Prov de Buenos Aires; también disponible en www.inecip.org., Centro de Documentación, Reforma de la Justicia Penal

Por ello es necesario recurrir a nuevos modelos de capacitación para instalar la oralidad como metodología principal en la resolución de conflictos, es decir, no va a alcanzar la capacitación tradicional que transmite conocimientos e información, sino que habrá que entrenar a los operadores del sistema (jueces, fiscales defensores) en estas nuevas prácticas, lo que no significa aprender oratoria sino la aprender la forma y estrategia de cómo analizar y preparar el caso.- Vale decir, que la capacitación tenderá a enseñar a las partes el desempeño de su rol en las audiencias, que información necesitan tener antes de ella, el objetivo para el cual se fija la misma para poder desarrollar peticiones y alegaciones, el análisis del caso con la información que exista hasta ese momento, las maneras de que llegue de la mejor manera la información al Juez. Por eso se dice que la metodología más importante de esta nueva capacitación es la simulación, mostrar en imagen como realizar la función, “teatralizar”.

Es necesario entonces, para lograr ese cambio cultural, no solo la reforma normativa, sino también una nueva organización y gestión del trabajo y un nuevo modelo de capacitación.

Vale de suyo que las bondades que se señalan a estas audiencias preliminares, entre las que se cuentan, como dijimos, el logro de la celeridad y por ende, que tal etapa sea de más corta duración, necesariamente repercute favorablemente para evitar prisiones preventivas interminables, pero además, indudablemente, discutir frente a un Juez desde el principio la propia imposición de la medida, como así el control posterior –también en audiencia oral–en caso de haberse decidido su imposición, van a conducir a una reducción del uso de esta medida cautelar como así a la menor duración de la misma cuando haya tenido ineludiblemente que ser impuesta para resguardar los fines del proceso.-

Desde luego que necesario es, que los Códigos prevean específicamente que la imposición y el control del encarcelamiento preventivo se discuta en audiencia oral. Por otra parte, el mecanismo de tal audiencia, consistirá en que la parte acusadora deberá probar el mérito sustantivo, vale decir deberá acreditar (con grado de probabilidad) que exista prueba suficiente en punto a que se perpetró un delito y que el imputado tuvo participación en él (*fumus bonis iuris*). - Luego, el fiscal habrá de estimar el tiempo que le demandará la investigación, considerando y mencionando las diligencias que practicará y el tiempo por el que peticona la aplicación de la medida (que no podrá ser superior a tres o cuatro meses según se dirá más adelante).- Deberá también explicar por que entiende imprescindible cautelar la libertad del imputado mientras se tramita el proceso, esto es, deberá probar por que presume que aquél ha de eludir la acción de la justicia u obstruir la investigación y por supuesto, deberá dar razones de por que considera necesario que la medida sea la prisión preventiva y no otra menos gravosa.- (Para esto los servicios previos al juicio y dentro de estos, específicamente el de evaluación de riesgos, a los que he de referir en el punto siguiente pueden ser útiles en cuanto a brindar información confiable) Desde luego que todos estos puntos podrán ser refutados por la defensa del imputado, siendo todos ellos objeto del contradictorio.- Pienso que también el Juez deberá resolver sobre la imposición de la medida solicitada en forma oral, y agrego, inmediata.

El otro momento es el de audiencias de control en el caso de haberse optado por la imposición de la prisión preventiva.- Entiendo que esta audiencia debe fijarse a pedido de parte o de oficio, y procederán cuando ha vencido el término por el que la medida fuera dispuesta, o cuando ha desaparecido el peligro procesal o se ha agotado el tiempo máximo de duración del encarcelamiento preventivo.-

Resulta importante referir aquí, por sus resultados positivos, a la experiencia piloto realizada en Mar del Plata en el marco del “Plan Piloto para el fortalecimiento del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires”, comenzando a implementarse en la ciudad de referencia en julio de 2005, cuya característica es la realización de estas audiencias preliminares en la etapa de Investigación Penal Preparatoria para delitos cometidos en flagrancia que tuvieran prevista una pena de prisión menor a 15 años.- Tal plan contempla la realización de dos audiencias: la primera que se fija dentro de los cinco días de la aprehensión, en la que el Juez debe resolver sobre la procedencia de la prisión preventiva o de la celebración de una suspensión del juicio a prueba, o un juicio abreviado, o sobre un pedido de sobreseimiento, nulidad, prescripción, etc y la segunda es una audiencia de finalización donde las partes tienen oportunidad de celebrar un acuerdo que ponga fin al proceso, o de requerir el sobreseimiento o la elevación a juicio o la procedencia o no de continuar la prisión preventiva hasta el juicio o cualquier otra planteada por las partes.- Los agravios de los fiscales y defensores en los recursos contra estas decisiones también se plantean en audiencia oral y contradictoria ante la Cámara de Apelaciones.- En lo que aquí interesa, esto es, en cuanto al uso de la prisión preventiva, es de señalar que menos del 31% de las audiencias celebradas terminaron con el imputado en prisión preventiva.- Igual resultado en cuanto a la reducción de la aplicación de prisión preventiva, se produjo en Chile.-

Creo sí que, a diferencia del plan piloto de Mar del Plata, estas audiencias orales deben aplicarse no solo a delitos flagrantes y con pena menor a 15 años, sino a todo tipo de delitos dados los beneficios del sistema .- En esta dirección, la ley 13.449 de la provincia de Buenos Aires faculta a los jueces a realizar esta audiencia de oficio o a pedido de parte, en cualquier tipo de delitos.-

Referí antes a que es necesario un cambio en la mentalidad de los propios operadores, aferrados a viejas prácticas, y como ejemplo de ello traigo a colación lo resuelto en el caso “Leiva”⁶² donde, los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo contravencional de la ciudad autónoma de Buenos Aires (CABA), si bien declararon desierto el recurso interpuesto por la Fiscalía, se pronunciaron igualmente por ser la primera vez que lo hacían sobre la aplicación del nuevo Código Procesal de la CABA, criticando al Juez por no haber decidido por auto escrito el rechazo a la petición de prisión preventiva donde constaran los fundamentos de

⁶² “Leiva”, Cám. De Apelaciones en lo contravencional de la Ciudad Autónoma de Bs As, Sala 1°, 31/10/07 comentado por BOERR, Jorge I., “La lucha por la oralidad.....” Cit.

su decisión, considerando que no era suficiente la grabación de audio que contenía el desarrollo completo de lo ocurrido en la audiencia.- Siendo que además las partes no objetaron la forma oral de decidir la cuestión y por otra parte constaba en acta escrita la parte dispositiva.- Esta expresión de los Jueces de la Cámara, denota que no obstante tener una normativa actual, con un código predominantemente acusatorio como es el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin embargo el apego de los operadores (los Jueces de Sala) a formas tradicionales, limita el alcance de la oralidad que el texto consagra.-

3) Mecanismos para el manejo de otras medidas cautelares:

Parece acertado también establecer mecanismos para el manejo de otras medidas cautelares infinitamente menos gravosas. Estos mecanismos constituirían servicios previos al juicio destinados a asegurar que los imputados continúen sometidos al proceso, que se le aplique la medida cautelar más apropiada teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, proteger a las víctimas y disminuir el uso excesivo de la prisión preventiva. Estos mecanismos a nivel internacional se utilizan asumiendo dos intervenciones: la primera consiste en efectuar una evaluación profunda y completa en cuanto a las condiciones de cada detenido para establecer el nivel de riesgo y recomendar a las partes la medida cautelar más adecuada al caso y la segunda intervención se da cuando el Juez o Fiscal ya ha impuesto la medida cautelar y los servicios de supervisión se encargan entonces de continuar el seguimiento de las personas sometidas a la medida a efectos de asegurar que las mismas den cumplimiento a las condiciones que les fueran impuestas. En definitiva, son servicios destinados a evaluar riesgos primero y supervisar después. La idea es que las medidas cautelares funcionen adecuadamente de acuerdo a sus fines procesales y evitar el uso indiscriminado y como regla de la prisión preventiva. Este tipo de servicios logran brindar información seria y confiable para tomar la decisión más apropiada sobre la libertad y conseguir la presencia de los imputados en los procesos seguidos en su contra. En este sentido, resulta válida la experiencia de Estados Unidos en cuanto cuenta con más de doscientos programas que brindan estos servicios que allí se conocen bajo el nombre de “petrial services” (servicios previos o con antelación al juicio). Las medidas a imponer para permitir que los encartados continúen en libertad habrían de consistir en libertad bajo promesa, dispositivos electrónicos, suspensión de algunos derechos, caución, servicios en beneficio de la comunidad, presentaciones frecuentes ante el órgano judicial o donde se determine, arresto domiciliario, limitaciones de movilidad territorial, prohibiciones de acercamientos a la víctima, prohibición de salir del país, concurrencia a aprender determinados oficios o asistir a cursos con fines relacionados a la naturaleza del ilícito, etc.

En la instancia de verificación o evaluación de riesgos la función del equipo consiste en coleccionar información sobre las condiciones de cada detenido (historial laboral, formación educativa, arraigo en la comunidad, grupo familiar, estado de salud, antecedentes, adicciones) y valorar a partir de tales datos cual es la medida adecuada a recomendar. En general se

puede utilizar un instrumento que contenga los factores específicos de riesgo para cada comunidad, incluyendo valores positivos y negativos que permitan arribar a un puntaje o a una medición que califique el riesgo en alto, medio, bajo o nulo. Con el resultado se elabora la recomendación que es entregada a las partes que presentan sus peticiones basados en tal información. El proceso de evaluación comienza con la entrevista al detenido, la que desde luego, no habrá de incluir aspectos del hecho delictivo, luego se solicitan informes de otros organismos en cuanto a antecedentes, procesos en trámites, se cotejan los datos brindados por el detenido. Creo que lo mejor es que la información sea entregada al Fiscal y al Defensor para que soliciten o contradigan la medida peticionada en una audiencia con presencia del Juez y no al Juez que a su vez dé copia a las partes como se hace en algunos países, porque entiendo que el Juez no debe -a fin de preservar garantías constitucionales- formarse un preconcepción u opinión antes de ingresar a la audiencia donde ha de debatirse la medida a aplicarse. Desde luego que un miembro del equipo debe estar dispuesto a concurrir a la audiencia en caso de ser requerido para ampliar información.

La segunda intervención consiste en supervisar que el detenido esté cumpliendo las condiciones que se le impusieron al momento de ser dejado en libertad bajo una medida cautelar y asegurar que el mismo comparezca al proceso cada vez que su presencia sea requerida. El equipo debe dar reportes al Fiscal, a la Defensa y al Juez del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones aludidas. Esta función de controlar o supervisar se integra con una entrevista con el liberado luego de ser impuesta la medida, para explicar al mismo todo lo relacionado a sus obligaciones y las consecuencias que le aparejará su incumplimiento. También el equipo debe entregar reportes sobre el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, como así de los logros conseguidos o esfuerzos realizados por el imputado en aras de cumplir lo judicialmente ordenado.

Estos servicios deberán reunir las notas de imparcialidad e independencia, vale decir ser lo suficientemente independientes como para que las partes y el Juez confíen plenamente en su valoración del riesgo y asimismo, la información debe ser neutral respecto a las partes del proceso. Creo que estos equipos deberían pertenecer al Poder Judicial aunque gozando de autonomía funcional.

Con lo dicho se está afirmando la ineludible necesidad de contar con estos mecanismos previos a la audiencia que brinden información confiable para tomar la decisión más apropiada sobre la libertad y lograr la comparecencia de los imputados al proceso porque de otro modo, el debate que surja en la misma y la propia decisión del Juez se convertirían en cuestiones abstractas, sin fundamento real y con el riesgo de aplicar medidas que no se comparezcan con fines que las inspiran o de imposible cumplimiento o no apropiadas a las particulares circunstancias que rodean a cada imputado.-

4) Limitación temporal de la prisión preventiva

En este sentido, creo que los Fiscales, en aquellos casos que deban necesariamente recurrir a la prisión preventiva para asegurar los fines del proceso, deberían tener tiempos legalmente limitados cuyo máximo no pudiera superar, por ejemplo, los tres o cuatro meses. Vencido tal término, debería tal medida ser convertida o sustituida por una medida cautelar diferente (obviamente si fuera necesario imponer alguna). Desde luego eso atempera también efectos tales como la incertidumbre para el detenido y su círculo familiar en cuanto al tiempo en que se encontrará aquél privado de su libertad. Eso hará también, por añadidura, que los operadores judiciales aceleren los tiempos de la investigación con todas las ventajas que ello implica.

5) Elaboración de estrategias comunicacionales

Creo que es indispensable dada la alta incidencia que en definitiva -conforme lo que se ha venido diciendo- tienen la sociedad y la opinión pública en el aumento del uso de la prisión preventiva, elaborar estrategias comunicacionales que permitan desarrollar vínculos entre la comunidad y los sistemas de justicia penal. En especial tendiendo a hacer comprender la complejidad de la tarea judicial y los valores que debe resguardar.

Relacionado también con el punto anterior y considerando que existiendo esa mala percepción de la sociedad en relación a los nuevos sistemas en cuanto a que las personas obtienen en forma muy rápida la libertad, la llamada “puerta giratoria”, donde los detenidos entran y salen sin intervalo de tiempo más que aquél que les demanda la sola llegada a tribunales, es fundamental una vez establecidos los mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión que aseguren una correcta implementación de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, darle a conocer a la sociedad el funcionamiento de los mismos, que la comunidad compruebe, en especial en los casos que impactan más fuertemente al público, que las personas en libertad están sometidas a condiciones para permanecer en ese estado y que están sujetos a estrictos controles de seguimiento y vigilancia, lo que hará que cambie aquella mala percepción, base y fundamento de las contramarchas en las reformas penales que vuelven a endurecer y fortalecer la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva.

Deben generarse estrategias encaminadas a que operadores del sistema expliquen al público con lenguaje comprensible y llano, el funcionamiento de la justicia penal, sus fines y desde luego, capaces de transmitir y hacer comprender las decisiones en aquellos casos en que las mismas aparezcan como sujetas o de alto interés o cuestionadas por el debate público.-

Esencialmente, desde la óptica del uso de la prisión preventiva, hacer entender que lo que se resuelve en la etapa preparatoria no es la respuesta final al injusto perpetrado, sino un método para arribar a la decisión final que en definitiva dará aquella respuesta.

Creo que, deberían designarse expertos en comunicación que guíen o asesoren a los operadores judiciales y les sirvan de nexo con los medios periodísticos

CONCLUSIONES

_a) En un Estado de Derecho también se puede ser garantista aplicando la prisión preventiva pero siempre teniendo como norte que la privación de la libertad durante el proceso es una excepción absolutamente extraordinaria a la regla de la libertad ambulatoria, por lo que el encarcelamiento preventivo siendo la medida cautelar de mayor injerencia en los derechos fundamentales del imputado, solo puede imponerse cuando no exista otra medida menos gravosa y debe fundarse en la existencia de causas ciertas, claras y concretas, en orden a que el imputado entorpecerá las investigaciones o eludirá la acción de la justicia.-

_b) Resulta necesario dada la gran diversidad de procesos penales que aún coexisten en nuestro país a pesar del modelo acusatorio indicado por nuestra Carta Magna, proceder a la unificación de los Códigos Procesales de las distintas provincias o cuando menos, de las condiciones de aplicación de la Prisión Preventiva.-

_c) La prisión preventiva solo puede imponerse legítimamente en una audiencia oral donde primen criterios de celeridad, sencillez, informalidad y se apliquen en forma efectiva los principios de publicidad, concentración, contradictorio e inmediación, poniendo de tal modo nuevamente a la persona en el centro de la escena, desechando para siempre la nefasta delegación de funciones que implica el no contacto entre la persona cuyas garantías se ponen en juego y el Juez que decide sobre las mismas obligando asimismo al Juez a tener frente a él a una persona de carne y hueso por contraposición al frío escrito atendido por terceros por delegación.- Audiencia donde las partes han podido exponer sus argumentos y refutar los de su adversario, lo que evita el dictado de oficio de medidas de coerción y la arbitrariedad de los operadores judiciales.-

_d) Obliga además, al Fiscal a acreditar de un modo concreto de acuerdo a las circunstancias del caso en particular, por qué y en qué afectará la libertad del imputado los fines del proceso, porque frente a él estará la Defensa del inculcado rebatiendo sus argumentos.-En igual sentido, obliga al acusador público a determinar y justificar el tiempo que estima necesario se mantenga la medida, lo que, sin duda, no solo va a acelerar los tiempos de la investigación penal, sino que las prisiones preventivas ya no serán por tiempo indeterminado y además, serán de más corta duración.-

_e) De ser impuesto luego de la audiencia, el encarcelamiento preventivo, el mismo debe ser provisorio, **con un término máximo de duración de no más de tres o cuatro meses**, sujeto a permanente revisión, lo que se materializa en la realización de audiencias de control, fijadas a pedido de partes o de oficio, donde se verifique si el término por el que fue

impuesta la prisión preventiva se encuentra vencido, si han desaparecido o subsisten los supuestos que habilitaron su aplicación, si puede, en su caso, ser sustituida por otra medida de menor gravedad .-

-f) Las decisiones que adopte el Juez tanto en la audiencia donde se decide imponer o no la medida, como en la o las de control en su caso, deberán ser orales y materializadas dentro de la misma audiencia –Ello es importante porque aleja toda posibilidad de delegar en otros funcionarios o empleados la decisión, porque ello hace a la publicidad que está en la base de nuestro sistema republicano de gobierno, se garantiza una decisión rápida y no sometida a quien sabe que tiempo de espera, abarca el derecho a ser oído la circunstancia que el juez escuche y en el mismo acto responda.- Ello sin perjuicio de que resulta pertinente la grabación de todo lo ocurrido en las audiencias y asentar en el acta una breve constancia de lo decidido por el Juez

_g) Igual metodología corresponde, de mediar recurso de apelación contra lo decidido por el Juez, es decir, las partes deberán expresar en forma oral sus agravios y la Cámara expresar inmediata y oralmente su resolución.-

_h) Esta metodología de resolver en audiencias preliminares cuestiones suscitadas en la etapa de investigación, y específicamente en lo aquí tratado, respecto a la prisión preventiva, debe aplicarse para todo tipo de delitos (y no solo para delitos flagrantes de menos de 15 años de prisión como ocurriría con la implementación del plan piloto en Mar del Plata).-

_i) Deben crearse políticas públicas orientadas a establecer programas para el manejo de las medidas cautelares. Estos mecanismos constituirían servicios previos al juicio que cumplirían la finalidad de asegurar que los imputados continúen sometidos al proceso, que se les aplique la medida cautelar más adecuada, proteger a las víctimas y reducir el uso excesivo de la prisión preventiva. Estos equipos que integrarían el Poder Judicial con autonomía funcional, deberán efectuar en una primera etapa una evaluación en cuanto a las condiciones de cada detenido para establecer el nivel de riesgo y recomendar a las partes la medida cautelar más adecuada al caso y en la segunda etapa, una vez impuesta por el Juez la medida cautelar, los servicios de supervisión se encargarían de controlar que las personas sujetas a la medida den cumplimiento a las condiciones impuestas.

_j) Deben crearse instancias especializadas que elaboren estrategias comunicacionales que habiliten el diálogo entre la comunidad y los sistemas de justicia penal, fundamentalmente a fin de lograr que aquella comprenda el funcionamiento del sistema y los valores que debe resguardar. Dándole a conocer que las personas en libertad están sometidas a condiciones para permanecer en ese estado y que están sujetos a estrictos controles de

seguimiento y vigilancia , como así, deberán serles explicadas las decisiones judiciales, en especial las adoptadas en aquellos casos de gran conmoción social o aquellas que aparezcan como cuestionadas por el debate público.-

_k) Todo ello requiere indudablemente no solo reformas normativas sino también esta nueva forma de gestionar el proceso, lo que torna imperioso un cambio cultural y la introducción de nuevas prácticas. Resultando esencial para el logro de este objetivo, capacitar a los actores del sistema (fiscales, defensores, jueces) con nuevos modelos de capacitación. otorgándoles así las herramientas útiles para su desempeño. Como se expresara supra,. las reformas exclusivamente normativas fracasan cuando los operadores del sistema las rechazan, no las aplican, las neutralizan o las adaptan a la vieja lógica.

_g) A riesgo de ser reiterativo, insisto también en que se impone un cambio cultural también en orden de abandonar la vieja hipocresía de declamar la regla general de libertad durante el proceso y no aplicarlo en la práctica, sobre todo en aquellos casos de delitos graves, en los que existe conmoción pública y alarma social, donde gran parte de la opinión pública reclama castigos inmediatos, debiendo interpretarse al encarcelamiento cautelar como remedio extraordinariamente excepcional que solo proceda para resguardar los fines del proceso y con una limitación temporal acotada.- No puede jamás perderse de vista que estamos frente a una persona jurídicamente inocente y que, como afirmara Bacigalupo "...es preciso alertar respecto de soluciones emocionales que postulan un desmantelamiento del proceso penal liberal para garantizar una mejor persecución del delito, pues llevadas a sus últimas consecuencias suelen olvidar que la función primordial del Estado es la protección de la libertad. La protección de la libertad poniendo en grave riesgo la libertad es difícilmente compatible con nuestra idea de un Estado democrático de Derecho"⁶³ .-

⁶³ BACIGALUPO, Enrique, "La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal", publicado en "Revista de Derecho Penal, 2001-1, "Garantías Constitucionales y nulidades procesales -I", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.-

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BACIGALUPO, Enrique, "La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal", publicado en "Revista de Derecho Penal, 2001-1, "Garantías constitucionales y nulidades procesales -I", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

BINDER, Alberto, "Introducción al Derecho Procesal Penal", 2° Ed., Ed Ad Hoc, Bs As.-

BINDER, Alberto, " Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr Jekyll y Mr Hide", publicado en el libro del mismo autor "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ed Ad Hoc, 2004.-

BINDER, Alberto, " Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr Jekyll y Mr Hide", publicado en el libro del mismo autor "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ed Ad Hoc, 2004.-

BINDER, Alberto, "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República en Política criminal bonaerense". Revista del INECIP, Prov de Buenos Aires.-

BOERR, Jorge I., "La lucha por la oralidad en la investigación penal preparatoria. A propósito del caso "Leiva" de la sala 1° de la Cámara de Apelaciones en lo contravencional de la CABA", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal , Lexis Nexis, julio/2008

BOVINO, Alberto, "El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos", trabajo incluido en su libro "Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo", Editores del Puerto, Bs As, 1998

BOVINO, Alberto, "Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco", Fundación Myrna Mack, 1996, págs. 47 y 48.-

CAFFERATA NORES, José I., "La excarcelación", T. I, 2° Ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.-.

CAFFERATA NORES, José I. y TARDITTI, Aída , "Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba Comentado", T. I.-

CAFFERATA NORES, José I., "Proceso Penal y Derechos Humanos" , Editores del Puerto, Bs As, 1998.-.

CARRANZA Elías, HOVED, Mario, MORA, Luis Paulino, ZAFFARONI Eugenio Raúl, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", ILANUD, San José de Costa Rica, 1983.-

CESANO, José Daniel, en su trabajo "La aplicación de algunos institutos de la ley 24.660 como mecanismos para atemperar o evitar la prisión preventiva", publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2005, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe

CHIARA DIAZ, Carlos "El Proceso penal y la coerción personal", trabajo publicado en Revista de Derecho Procesal penal, "Excarcelación", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.-

CLARIA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal, Tomo II, actualizado por CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ, Rubinzal Culzoni Editores, junio de 1998.-

D'ALBORA, Nicolás , "Fallo Barbará, ¿leading case o ola palicación de conocida jurisprudencia a un caso común?", publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni. Editores, Santa Fe, 2005-

DELLUTRI, Rodrigo Carlos, "Nuevos lineamientos en materia de medidas cautelares", art. publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.-

DUCE . J, Mauricio, FUENTES MAUREIRA, Claudio y RIEGO R., Cristian, en su art "La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la Prisión Preventiva", que encabeza la publicación del CEJA "Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas", Directores Duce y Riego. Abril 2009

FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo , "Garantías del Imputado", Rubinzal Culzoni Editores, marzo/08, con cita al pie de pág. De SOLIMINE, en "Tratado sobre....." cit. y de CHIARA DIAZ, en " El proceso penal y..." cit.

GONZALEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás, " Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Colex, Madrid, 1990,-

IUD ALAN, "El impacto de la oralidad en la reducción del uso de la prisión preventiva", trabajo publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, T I, junio 2008.-

LLOBET RODRIGUEZ, "La prisión preventiva", San José, 1997.-

MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal", Bs As, t. I, 1993, t II, 2003.-

PASTOR, Daniel R., "Las funciones de la prisión preventiva", publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006 y "Escollos a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo", Tensiones, Bs As, 2004

RIEGO, Cristian R., en su art. "Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina" obrante en la publicación semestral "Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia" N° 14 año 7 del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

SOLIMINE, Marcelo en su trabajo "La excarcelación de Chabán, Episodio III- El fallo de la Cámara nacional de Casación Penal: una fértil oportunidad para el estudio del instituto", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, ed. Abeledo Perrot, abril/06.-

SOLIMINE, "Tratado sobre las causales de la excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación", ed. Ad Hoc, Bs As 2003.-

SOLIMINE, Marcelo en su trabajo "Exclusión del encarcelamiento preventivo y de las cauciones económicas por la probabilidad de la pena en suspenso. Función limitadora del principio de proporcionalidad" publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.-.

VALLEJO, Manuel Juen , "La presunción de inocencia" en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N°2, Lexis Nexis, Bs As, octubre de 2004, con cita del fallo 147/2000 del Tribunal Constitucional Español.-

VITALE, Gustavo, "Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes", en Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.-

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo 1/08. Plenario N° 13, 30/10/08 en "Díaz Bessone s/ recurso de inaplicabilidad de ley"

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, fallo del 22/12/04 en autos " Macchieraldo Graciela María".-

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, Jueces Bruzzone, Donna y Elbert, fallo del 10-11-2003 en autos: "Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión".-

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala V, 13-05-05 , en autos "Chabán Omar Emir..."

Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sent. Del 21/11/07, caso López Alvarez vs. Honduras, sent. del 01/02/06, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sent. del 12/11/97.-

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 320:2105, fallo del 3-10-97 dictado en "Estévez",.-

Corte Suprema de Justicia de la Nación, , fallo del 03/05/2005, dictado en "Verbitsky, Horacio S/ Habeas corpus", J.A. 2005-IV-612

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, por mayoría, votos de los Dres Chiara Díaz y Carubia, 25/03/09 en "Carrizo Marcelo A. y otros s / Homicidio Calificado- Incid. de excarcelación- Recurso de Casación,-

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, sent. N° 97 del 20/11/02, en autos "Conesa",-

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

JUAREZ, ERICK, "Las judicaturas gerenciales. Una perspectiva desde los derechos humanos, en www.cjoguatemala.orghttp://www.cjoguatemala, org,-

BINDER, Alberto, "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República en Política criminal bonaerense" en www.inecip.orghttp://www.inecip.org., Centro de Documentación, Reforma de la Justicia Penal.-

CIPPEC, Documento N° 29 del 29/09/09, "El costo social y económico de la Prisión Preventiva en Argentina" , Derdoy Malena, Fernández Valle Mariano, Freedman Diego, Malajovich Laura, Roth Laura y Salinas Raúl.

Publicación Semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA- Año 7- N° 14: SISTEMAS JUDICIALES. Una perspectiva integral sobre la Administración de Justicia. Prisión Preventiva. Autores de los artículos: RIEGO, Cristian, CARRASCO SOLIS, Javier, PODESTA, Tobías J., VILLADIEGO BURBANO, Carolina, ROSENBERG, Marc, FUENTES MAUREIRA, Claudio.-

INDICE:

INTRODUCCION:

ELECCION DEL TEMA. MOTIVACION	1
-------------------------------------	---

CAPITULO I

LA CUESTION DE LA EXISTENCIA MISMA DE LA PRISION PREVENTIVA:DISTINTAS

POSICIONES:

a) Posiciones extremas	3
b) Posiciones compatibilistas	3
c) Opinión Personal	5

CAPITULO II

UNA MIRADA A LA REGION: LA PRISION PREVENTIVA EN AMERICA LATINA

a) Situación anterior al proceso de reforma	8
<i>Tabla 1-</i> PORCENTAJE PROMEDIO DE PERSONAS PRESAS EN AMERICA LATINA ENTRE 1978-1992	9
b) La Reforma : Hacia una lógica cautelar.....	9
1- Expresiones de la lógica cautelar:	
1.1. Peligro procesal	10
1.2. Duración de la prisión preventiva	11
1.3. Medidas alternativas o sustitutivas	12
2. Incidencia de los nuevos códigos en el funcionamiento práctico de la prisión preventiva	12
2.1. El uso de la prisión preventiva en los primeros años de la reforma	13
<i>Tabla 2-</i> PORCENTAJE DE POBLACION ANTES Y DESPUES DE LA REFORMA PROCESAL EN AMERICA LATINA	13
2.2. La prisión preventiva en el mediano y largo plazo en los procesos reformados	14
2.2.1. Procesos de reforma de los años noventa	14
<i>Tabla 3-</i> EVOLUCION PORCENTAJE DE PRESOS SIN CONDENA DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LOS ULTIMOS AÑOS EN PROCESOS INICIADOS EN LOS NOVENTA	15
2.2.3. Procesos de reforma del siglo XXI	15
<i>Tabla 4-</i> EVOLUCION DEL PORCENTAJE DE PRESOS SIN CONDENA DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMA INICIADOS EN EL SIGLO XXI	16

c) Una vuelta atrás : La contrarreforma en la Prisión Preventiva -----	16
1) Tendencias normativas en la etapa de contrarreforma	
1.1) Determinación de delitos inexcusables -----	19
1.2) Prohibición de sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas -----	20
1.3) Inclusión de causales de procedencia de la medida basados en criterios incompatibles con la lógica cautelar -----	20
d) A modo de síntesis conclusiva: contexto actual del uso de la prisión preventiva en Latinoamérica -----	21

CAPITULO III

LA PRISION PREVENTIVA EN ARGENTINA

1- La prisión preventiva en la Argentina en números:	
1.1. Personas privadas de la libertad -----	24
1.1.1. Personas privadas de la libertad sin condena -----	24
<i>Tabla 5- PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD SIN CONDENAS EN LA ARGENTINA -----</i>	<i>24</i>
1.1.2. Personas privadas de la libertad sin condena en el ámbito federal -----	25
1.1.3. Personas privadas de la libertad sin condena en el ámbito provincial ----	25
2- Doctrina legal y jurisprudencial: Presupuestos que determinan la legitimidad de la aplicación de la Prisión Preventiva:	
1) La prisión preventiva debe responder únicamente al resguardo de los fines del proceso -----	27
2) La prisión preventiva debe ser excepcional.-----	30
3) El dictado de la medida debe encontrar sustento en las constancias fácticas necesarias que permitan entender que existe mérito para limitar el derecho fundamental -	30
4) La posible imposición de esta medida debe estar limitada por el principio de proporcionalidad -----	31
5) La medida cautelar debe tener un plazo razonable de duración -----	32

CAPITULO IV

HACIA UN USO DE LA PRISION PREVENTIVA ACORDE A LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO

1) Unificación de Códigos Procesales de las distintas provincias o al menos, de las condiciones de aplicación de la Prisión Preventiva -----	34
2) Audiencias orales para imponer y controlar la Prisión Preventiva -----	34

3) Mecanismos para el manejo de otras medidas cautelares -----	40
4) Limitación temporal de la prisión preventiva -----	41
5) Elaboración de estrategias comunicacionales -----	42
 CONCLUSIONES -----	 43
 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA -----	 46
 JURISPRUDENCIA CONSULTADA -----	 48
 OTRAS FUENTES CONSULTADAS -----	 49

