

PRISIÓN PREVENTIVA Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN – PANTEO DEL PROBLEMA

El objetivo de este trabajo es elaborar un proyecto de ley que permita reformar el régimen de prisión preventiva contenido en nuestro Código Procesal Penal. Como paso previo e indispensable para dicha construcción consideramos necesario realizar un análisis crítico, riguroso y exhaustivo del régimen vigente, el que nos servirá de sustento a la hora de abordar nuestra propuesta. Dicho análisis será guiado por los principios que según la doctrina, unánime en este punto, gobierna en la materia, a saber: carácter excepcional de la prisión preventiva, del cual se deriva su interpretación restrictiva y su aplicación como *última ratio*, lo que se explica por ser una excepción al principio constitucional que consagra la presunción de inocencia, y por el gravamen irreparable que causa al imputado el instituto en cuestión.

La doctrina también es coincidente en lo que se refiere a la finalidad de la aplicación de la prisión preventiva, señalando que esta responde a la protección del proceso judicial penal teniendo como fin impedir que el imputado pueda eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación, ya sea ocultando material probatorio, destruyéndolo o tergiversándolo.

DESARROLLO - CRÍTICA AL RÉGIMEN VIGENTE

Nuestro Código Procesal Penal regula la prisión preventiva desde el **artículo 284** hasta el **artículo 303**. El primero de los artículos citados prevé los distintos supuestos y circunstancias que son susceptibles de dar lugar al dictado de la prisión preventiva disponiendo: *"Siempre que existan elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, el Juez de Instrucción o el Tribunal dispondrá su prisión preventiva, de oficio o a requerimiento del Ministerio Fiscal, según corresponda, cuando se verifique cualquiera de las siguientes circunstancias [...]".*

En primer lugar interesa indagar si esta es una norma imperativa para el juez o simplemente le acuerda una facultad; y en lo pertinente cabe entender, de acuerdo a lo establecido anteriormente sobre el carácter excepcional de la institución, que la aludida norma solo acuerda una facultad al juez de la cual este hará uso según lo que le indiquen los principios de la sana crítica racional, los que también han de ser aplicados a la hora de determinar si existen o no elementos de convicción suficientes para establecer como probable la participación del imputado en el hecho punible.

Este artículo sienta la base sobre la que se erige todo el sistema vigente de prisión preventiva en nuestra provincia, y a continuación abordaremos el análisis crítico de cada uno de sus incisos.

El **inciso 1** establece: *"Si se tratase de delitos de acción pública y no apareciese procedente, 'prima facie', la condena de ejecución condicional (Código Penal, artículo 26)".*

Una lectura atenta nos permite notar la textura abierta de esta norma, lo cual no se condice con lo establecido previamente en lo relativo al carácter excepcional de la institución. Dentro de esta causal se encuentran incluidos una gran variedad de supuestos, es decir, todos aquellos delitos de acción pública y respecto de los cuales, a una primera apreciación de los hechos, no fuera susceptible de aplicación la condena

condicional. Tampoco este inciso responde a la finalidad de asegurar la realización del proceso, ya que nada indica que de las características del delito realizado pueda inferirse el propósito de entorpecer el proceso o de eludir la acción de la justicia por parte del imputado.

El **inciso 2** del **artículo 284** establece: *"Cuando procediendo la condena condicional, haya vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. La eventual existencia de estos peligros podrá inferirse de:*

- a) La falta de residencia fija o estable y/o que cuente con facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.*
- b) Declaración de rebeldía o cese de prisión preventiva anterior.*
- c) La condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50, última parte, del Código Penal".*

Este inciso, además de incluir los pocos supuestos que no quedaron contemplados en el inciso que le precede, entra en franca contradicción con el artículo 26 del Código Penal, que regula el régimen de la condena condicional. Dicho régimen ha sido instituido prestando especial atención a las circunstancias e historia del imputado y la escasa cuantía del delito perpetrado, de lo que se desprende que no sería conducente para la rehabilitación del individuo el encarcelamiento. Tal es así que mal podría la norma procesal imponer la prisión preventiva cuando el imputado cumpliera con los requisitos para la aplicación del régimen condicional.

Por otro lado, el mismo inciso establece *"cuando fuera aplicable la condena condicional"*, cuando debería expresar *"cuando fuera dable suponer que es aplicable la condena condicional"*, ya que la aplicación de esta última supone la sustanciación del debido proceso.

El **inciso 3** señala: *"Cuando se trate del delito de abigeato"*.

La inclusión de esta causal responde a intereses económicos sectoriales, siendo un claro ejemplo de lo que se denomina *selectividad penal*, en donde los grupos o sectores de poder plasman en las leyes sus propias concepciones, tendientes a mantener su orden y proteger sus intereses. De ello se desprende que la inclusión de este delito como una de las causales que habilitan la aplicación de la prisión preventiva no da respuesta racional ni eficaz alguna a los objetivos que propone el discurso jurídico que justifica la existencia de esta institución. Creemos conveniente en este punto poner de manifiesto que no es una técnica legislativa adecuada prever para el régimen de prisión preventiva un catálogo de delitos que hagan procedente su aplicación, ya que nada indica que de las características del tipo penal se pueda inferir que su presunto autor habrá de causar un gravamen procesal.

El **inciso 4** determina: "*Cuando se trate de imputación de delitos cometidos:*

- a) *Por pluralidad de intervinientes y en forma organizada.*
- b) *Con utilización de uno (1) o más menores de dieciocho (18) años de edad.*
- c) *En forma reiterada, cuando las circunstancias del hecho y las características y antecedentes personales del procesado, presumiblemente, obstan a la aplicación de una pena de ejecución condicional.*
- d) *Con uso de armas de fuego, sin que sea necesaria la acreditación de aptitud de disparo del arma o de su munición, o con cualquier tipo de arma, propia o impropia.*
- e) *Cuando se considere que existen razones fundadas para entender que el detenido representa un peligro cierto de nueva lesión de bienes jurídicos o de reiteración delictiva. Este peligro podrá presumirse cuando se trate de delitos cometidos mediante la disposición de medios económicos, humanos o materiales en forma organizada, o en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado".*

Por su parte, el **inciso 5** reza: "*En caso de flagrancia, cuando se trate de los delitos de robo, hurto o de los tipificados en el artículo 186, inciso 2, apartados a), b), e) y f) del Código Penal*".

La misma crítica desarrollada precedentemente es aplicable a los dos incisos anteriores y a cada uno de sus subtipos. No es la índole del delito la que debería dar lugar a la aplicación de la prisión preventiva, ya que de la mayor o menor gravedad del mismo o de sus modalidades no se puede inferir, o presumir siquiera, que el imputado vaya a entorpecer el accionar de la justicia. Y siendo que el régimen de prisión preventiva tiene como causa fin el dar una respuesta a esta hipótesis, cabe desechar la inclusión de incisos que, como los anteriores, no son conducentes a la consecución de dicho fin.

El **inciso 6** determina: *"Cuando se trate de delito de portación ilegal de armas, propias o impropias, excepto el caso en que, de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del autor, resulte evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos. Asimismo, se dispondrá la prisión preventiva del que entregue un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario"*.

Sin perjuicio de que no parece posible, a primera vista, la portación *ilegal* de armas impropias, ya que no son registrables como tales (ello porque todas las cosas llevadas a su uso extremo pueden ser utilizadas como elementos destinados al ataque o defensa activa), las armas de fuego tienen un régimen legal específico (ley 25.886, B.O. 5/5/2004) que sanciona con penas de multa o prisión de hasta 90 días a quien las portare sin autorización. En este supuesto, el régimen de prisión preventiva actualmente vigente en nuestra provincia –y a pesar de su pretendido carácter cautelar–, impone sanciones que resultan más graves que las dispuestas por las leyes de fondo; y a su vez se hace alarde de una inocultable selectividad al establecer que se tendrán en cuenta circunstancias de carácter personal del autor para poder inferir de ellas el propósito de la portación del arma. A ello se le puede añadir que va en desmedro de toda seguridad jurídica que alguien pueda ser pasible de una medida de esta envergadura por una causal que no tiene recepción en la legislación de fondo y que no se explica a sí misma desde una perspectiva lógica ni jurídica, puesto que nadie puede explicar racionalmente qué se pretende con la portación ilegal de armas

impropias. La magnitud del error es tal que habilita a una discrecionalidad prácticamente ilimitada.

PROPUESTA

Es claro que el régimen de prisión preventiva, del modo en que se encuentra regulado en nuestra provincia, otorga condiciones favorables a la selectividad penal, al dar un amplio margen de discrecionalidad al juez para la aplicación de una institución que, por las características que presenta, debe ser de excepción a un gran número de supuestos, sin que haya fundamentos suficientes que sustenten su aplicación. La vigencia de un régimen de estas características permite al sistema penal, y dentro de él a los jueces, saltarse todas las barreras que significan las garantías constitucionales, e imponer una pena previa al debido proceso que se les antoja demasiado riguroso y arduo.

No proponemos una derogación total de la institución objeto de este trabajo, sino que el propósito central es acotar su ámbito de aplicación, de manera tal de hacerlo compatible con nuestra Constitución Nacional. El **artículo 28** de la Carta Magna consagra el principio de racionalidad, el que exige que los medios arbitrados para la consecución de un fin guarden aptitud y proporcionalidad suficientes con ese fin, y entre los distintos medios disponibles debe seleccionarse el menos lesivo para los derechos. Como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia local, "(...) *fundamentalmente, la razonabilidad exige que el 'medio' escogido para alcanzar un 'fin' válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin: o que haya 'razón' valedera para fundar tal o cual acto de poder*". Por lo tanto, este ajuste de medio a fin debe ser un ajuste *constitucional*. La finalidad del régimen de excepción de la prisión preventiva es evitar la concreción de los denominados *peligros procesales*. No obstante ello, en nuestro Código su regulación es tan amplia que parece haberse olvidado su carácter

excepcional, lesionando a lo largo de sus numerosos supuestos diversos derechos y garantías, careciendo por ello de la razón valedera y el ajuste requerido por el mandato constitucional para fundar su existencia.

Todo lo expuesto precedentemente nos motiva a proponer el siguiente tratamiento legislativo de la prisión preventiva.

Artículo 1: *"La prisión preventiva solo será procedente cuando las demás medidas de coerción fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento.*

Se podrá aplicar prisión preventiva siempre que el fiscal o el querellante acrediten la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1. Que existan elementos de convicción suficientes para sostener que el delito se cometió.*
- 2. Que existan elementos de convicción suficientes para considerar razonablemente que el imputado es autor o partícipe del mismo delito.*
- 3. Que se demuestre que la medida resulta indispensable para asegurar el procedimiento por tenerse el convencimiento fehaciente de que el imputado no se someterá al mismo u obstaculizará la investigación".*

Artículo 2: *"Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:*

- 1. Arraigo, determinado por el domicilio del imputado, su residencia habitual, el asiento de su familia y de sus negocios o trabajos, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.*
- 2. La actitud que el imputado adopte voluntariamente frente al daño y la víctima del mismo.*
- 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal".*

Artículo 3: *"Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad deberá acreditarse que el imputado dispone de los medios adecuados o se encuentra en condiciones que le permitiesen:*

- 1. Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar de manera sustancial elementos probatorios, o hubiere realizado actividades tendientes a ello.*
- 2. Influir para que coimputados, testigos, peritos o terceros informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o hubiere realizado actividades tendientes a ello".*

Artículo 4: *"Siempre que el juez considere procedente la prisión preventiva la dictaminará mediante resolución debidamente fundada, bajo pena de nulidad. Dicha resolución será apelable, con efecto suspensivo, por el defensor del imputado dentro del plazo de 5 (cinco) días desde su notificación".*

Artículo 5: *"La prisión preventiva regirá mientras persistan los presupuestos que dieron lugar a su aplicación. En ningún caso excederá de 2 años".*

Es evidente el gravamen que causa la privación de la libertad en el sujeto a quien se le impone, obstaculizando su reinserción en la sociedad y estigmatizándolo socialmente.

A manera de evitar llegar a la instancia de imponerle este tipo de pena, existe una tendencia actual en los códigos procesales penales modernos de buscar ampliar las posibilidades de aplicación de medidas alternativas.

La Organización de las Naciones Unidas aprobó el 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, también llamadas "Reglas de Tokio". Se pretende con ello impulsar la imposición de medidas

alternativas, entendiéndose que las mismas incluyen la denuncia del acto e imponen apremiantes exigencias al imputado.

Acogiendo estas medidas sustitutivas en nuestro código procesal penal, se aproximaría a alcanzar un equilibrio entre los derechos de las víctimas, de los delincuentes y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención de hechos ilícitos.

Según un informe realizado en el año 2012 por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) las personas privadas de la libertad en la República Argentina se dividen en:



Las medidas sustitutivas o medidas alternativas, son medios jurídicos procesales de los que dispone el órgano jurisdiccional, limitando todo tipo de medida coercitiva que restrinja de modo absoluto la libertad del imputado, respetando los derechos y garantías constitucionales. El propósito es el de impedir el aislamiento producido en la prisión, permitiéndole al presunto infractor continuar en la sociedad realizando las tareas normales a las cuales está acostumbrado, permanecer con su familia, no perder su trabajo y reparar el daño.

Algunos códigos procesales penales modernos ofrecen medidas alternativas a la prisión preventiva, manteniendo el carácter excepcional de esta medida para que no sea contraria al principio de inocencia, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el acusado.

En Latinoamérica, países como Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay, entre otros, contienen en sus normas medidas alternativas diferentes a la prisión preventiva.

En nuestro país, códigos procesales penales adoptaron esta modalidad. Como ser, los de las provincias de Salta, Santa Fe, Córdoba.

Como medidas sustitutivas se pueden nombrar:

- Arresto domiciliario, sin vigilancia o con la que el juez disponga.
- Presentación periódica ante autoridad, obligándose al imputado a presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe.
- Prohibición de concurrir a determinados lugares, obligándose al imputado a no concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- Prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine y la retención de documentos de viaje.
- Prohibición de comunicación, con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
- Vigilancia por autoridad cuando el juez lo determine.
- Orden de restricción, manteniendo el imputado la distancia que el juez determine respecto a lugares o personas determinadas.
- Monitoreo electrónico, Incorporando nuevas tecnologías, para la vigilancia del imputado mediante dispositivos electrónicos de rastreo.

De esta manera, la institución de la prisión preventiva se limitaría a ser una medida de última ratio.

Estas medidas alternativas, facultarían al juez a hacer uso de ellas, individual o conjuntamente, determinando este en cada caso concreto su aplicación. La inclusión

de estas medidas alternativas implicaría brindar al Juez un mayor número de herramientas o medios que, resultando menos gravosas al imputado, concurren a la consecución del mismo fin.

Otro de los beneficios de utilizar estas medidas alternativas, es que se evitarían gastos al Estado para el mantenimiento del imputado en las instalaciones penitenciarias, reduciendo la superpoblación carcelaria, otro problema al cual se enfrenta el sistema punitivo actual.

FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

Toda modificación en el ámbito jurídico requiere un análisis multidisciplinario previo, que se abarcativo de los ámbitos jurídicos, sociológicos, económicos y estructurales que le den sustento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- Superar errores de técnica legislativa.
- Respeto de los derechos y garantías constitucionales en lo que se refiere al debido proceso.
- Lograr un régimen de prisión preventiva que tenga armonía sistemática con el resto del ordenamiento jurídico, y fundamentalmente con la Constitución Nacional.
- Definir el ámbito de aplicación de la institución reduciéndola a los límites impuestos por los principios que gobiernan la materia.
- Lograr una mayor economía procesal evitando incrementar el número de internos procesados, con la finalidad de omitir poner en marcha ciertos mecanismos que resultan innecesariamente costosos para el Estado.

FUNDAMENTOS SOCIOLÓGICOS

- Delimitar las facultades punitivas del estado fomentando su responsabilidad en lo que se refiere a aquellos individuos que se encuentran excluidos social y culturalmente.
- Evitar la indebida estigmatización que implica para el imputado el ingreso en el ambiente carcelario.
- Adopción de medidas que resulten más benignas para el individuo y que propendan a los fines que inspiran la prisión preventiva.

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES

- Evitar una innecesaria superpoblación carcelaria, reduciendo costos económicos que no generan utilidad alguna para el resto del cuerpo social ni para el imputado.
- Teniendo en cuenta las condiciones de vida dentro del penal de Villa Urquiza que están lejos de asegurar la educación, la reinserción social pacífica o siquiera una vida digna para el interno, parece conveniente restringir en la mayor medida posible toda otra puerta de acceso al mismo que no sea la que abre la sentencia condenatoria.

FUNDAMENTO POLÍTICO

- Impulsar al Estado a dejar de lado una política de castigos, fomentando en su lugar una política de inclusión social que le lleve a asumir la responsabilidad que implica para él el ingreso de los individuos al Penal. Esto último pone de manifiesto el incumplimiento de su deber de brindar a los ciudadanos la posibilidad de asumir un rol socialmente útil, fomentando el desarrollo de las potencialidades humanas.

SUSTENTO FÁCTICO

La provincia de Tucumán posee en su cárcel de Villa Urquiza un número aproximado de 1100 internos varones de los cuales un 75% se encuentran en calidad de procesados. Ello da como resultado un número de 825 internos en prisión preventiva frente a sólo 215 condenados. La envergadura de la cifra se debe fundamentalmente a la deficiente regulación del actual Código Procesal Penal en lo referente a la materia de la prisión preventiva. Cabe aclarar en este punto que no se reguló la situación del procesado dentro del penal, por lo que no se le aplica el régimen progresivo diagramado por la ley de ejecución penal. Esto no obsta a que igualmente el procesado se encuentre alojado en las mismas instalaciones que las personas ya condenadas, lo que resulta totalmente contrario a lo previsto por la legislación (artículo 179, ley 24.660).

En lo que se refiere a los costos se estima que por cada preso el gasto diario en concepto de manutención y alojamiento es de \$120 lo que asciende a \$2.800.000 mensuales solo computando los internos procesados. Suma ésta que, teniendo en cuenta los desarrollos anteriores, se considera prescindible y se vería hartamente reducida si el régimen de prisión preventiva sólo fuera aplicable en aquellos casos en los que sea estrictamente conducente dicha medida.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- "EL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA ARGENTINA" - Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Febrero de 2012.
- "Derechos Humanos en Argentina" – Informe 2008. Centro de Estudios Legales y Sociales.

- CSJN in re "Flores, María Leonor y otros vs. Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A.", del 01/01/1985, t. 307, p. 906.
- CSJT in re "C.M.F. vs. Provincia de Tucumán s/ Amparo".
- Lascano, C. (h) (Director). Derecho Penal Parte General. Editorial Advocatus, Córdoba. 2002.
- Prieto, M. Manual de Criminología. Ediar. 2004.
- Zaffaroni, E. La Palabra de los Muertos. Ediar. 2011.
- Mir Puig, S. Derecho Penal. Parte general. Editorial Tecfoto, Barcelona, 1999.
- Clariá Olmedo, J. A. Derecho Procesal Penal. RubinzalCulzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- Justicia vs. Poder. Chomsky, N. y Foucault, M. Editorial Katz, Buenos Aires, 1974.
- Zaffaroni, E. (1993). Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina. Criminología Crítica y Control Social, 1.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, ley provincial nº 2617.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Salta, ley provincial nº 7690.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, ley provincial nº 3155.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, ley provincial nº 2107.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, ley provincial nº 8123.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán, ley provincial nº 6203.

