



PRISIÓN PREVENTIVA Y LA APLICACIÓN ACTUAL EN ARGENTINA

¿CÓMO IMPACTA LA PANDEMIA?

Tutor: María Laura Adamoli.

Alumno: Leandro Nicolás Amuy.
Carrera: Abogacía.
Nº de matrícula: 31142

Resumen

En el presente trabajo se demostrará que a pesar de dictar la “Emergencia carcelaria” en el territorio argentino en 2019, la situación aún continúa siendo crítica tanto para condenados como para los presos preventivos y que dicha situación se agrava con la emergencia sanitaria a causa de la Pandemia por COVID-19.

Se investigó y analizó fuentes del derecho de orden internacional como interno, para determinar que al día de la fecha el Instituto de prisión preventiva no ha sido utilizado conforme a los estándares mínimos proporcionado por Organismos Internacionales de Derechos Humanos.

A los mismos fines se consultaron fuentes de Organizaciones no gubernamentales, para conocer cómo impacta el uso indiscriminado de prisión preventiva en el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y el trato inhumano y degradante que implica para los internos, más aún, el riesgo que corren con un virus que se propaga sin límites en esas especiales condiciones de vulnerabilidad por falta de higiene y salubridad.

Es urgente un cambio de idiosincrasia sobre la prisión preventiva, tanto para ciudadanos como para operadores jurídicos, entendiendo que el derecho penal no es preventivo, y que no es la solución al problema de inseguridad por lo que no puede ser utilizado como herramienta de control social. Por ello se rescata la importancia de la modificación procesal que introdujo el Código Procesal Penal Federal al manifestar expresamente el carácter excepcional y de *última ratio* de la prisión preventiva.

La Pandemia vino a desnudar una realidad que era conocida por todos pero que estaba relegada y a la fecha ya no admite más dilaciones para su tratamiento por verse afectada la salud (y en definitiva, la vida), tanto de los internos de las cárceles, como de los trabajadores penitenciarios y en consecuencia del resto de la población.

Palabras claves: Prisión Preventiva, cárceles, Pandemia COVID-19, Emergencia Carcelaria, Emergencia sanitaria, Tratados Internacionales, Estándares mínimos de Derechos Humanos.

ÍNDICE

Resumen	1
Introducción	3
Objetivos.....	3
Marco de referencia	3
Sección I.....	4
Medidas de coerción procesal. Nociones básicas.....	4
La prisión preventiva	4
Modelos teóricos y estándares internacionales de DDHH de la Prisión Preventiva	4
□ Modelo de “MANO DURA”:	5
□ Modelo de “incompatibilidad de la prisión preventiva con el principio de inocencia”	6
□ Modelo de estándares de intolerabilidad	8
□ Modelo de “límites a la imposición de la prisión preventiva”	9
□ Modelo de prisión preventiva como “medida cautelar”	19
“Prisión Preventiva en la Provincia de Buenos Aires”	21
□ Fallo “Verbitsky”	23
“Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”	24
“Código Procesal Penal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires”	27
Límites temporales del encarcelamiento preventivo	28
El tratamiento de la “Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal Federal”	29
Sección II.....	32
Pandemia por COVID-2019.....	32
Situación carcelaria previa a la pandemia.....	33
Prisión Preventiva en tiempos de Pandemia.....	33
Sección III.....	37
Conclusión.....	37
Bibliografía.....	39

Introducción

El presente trabajo versa sobre el instituto de derecho procesal penal de “Prisión Preventiva”. Si bien hay mucha doctrina al respecto, no es un tema sobre el que exista consenso a la fecha, de hecho, se comenzará desarrollando los distintos modelos teóricos que se proponen y que actualmente son debatidos. Además, por el “*Principio de Progresividad de los Derechos Humanos*” son temas que seguirán discutiéndose, no sólo porque en la teoría las posiciones en torno a la prisión preventiva llegan a ser antagónicas (nótese las teorías abolicionistas), sino que la realidad dista mucho de los parámetros internacionales que se tienen sobre este instituto. En relación a esto último, el World Prison Brief en el año 2020 posicionó a Argentina en el puesto 52 con casi la mitad de la población carcelaria conformada por prisioneros preventivos, ya con ese número puede adelantarse que el principio de excepcionalidad sobre el que se apoya la Prisión Preventiva es casi una ficción y no puede explicarse, sin caer en responsabilidad internacional, la alta tasa de detenidos por medidas de coerción, cuando el sistema interamericano sólo recepta riesgo de fuga y entorpecimiento procesal como elementos legitimantes.

Atento a lo indicado, el trabajo no sólo desarrollará la parte teórica del instituto, sino que se relacionará éste instituto con la actualidad argentina en base a distintos informes que hacen referencia a la situación carcelaria, superpoblación y condiciones indignas en las que se encuentran los presos, que gran parte de ellos son inocentes hasta que se determine lo contrario. Incluso se hará una mención especial sobre la Pandemia por Covid-19 y cómo impacta en el instituto, y la situación descripta.

Objetivos

Este trabajo pretende investigar distintas fuentes y determinar si la realidad Argentina en materia de prisión preventiva se condice con los parámetros internacionales del instituto. En este marco, establecer si afecta la Pandemia por Covid -19 y cómo lo hace.

Marco de referencia

No es noticia que en varias ocasiones organismos internacionales de Derechos Humanos hizo llamados de atención a Argentina por las condiciones infrahumanas en la que se encuentran las personas alojadas en establecimientos penitenciarios, sí a esto se suma que la mitad de la población no ha recibido un juicio y son individuos que gozan del status de inocencia, la situación se torna más grave. Entonces parece prudente analizar cómo afecta la Pandemia que sufre el mundo desde fines de 2019, a una situación que de antemano era compleja. La hipótesis que maneja este trabajo es que la situación sanitaria general agravó el incumplimiento de la manda constitucional de “cárceles sanas y limpias” del art. 18 y que es necesario operativizar de manera urgente el criterio de excepcionalidad al decretar la prisión preventiva y hacer lugar a un examen a las ya decretadas.

Medidas de coerción procesal. Nociones básicas

Se entiende por coerción procesal a toda restricción en el “ejercicio de derechos de personales o patrimoniales”, ya sea del imputado o un tercero, en el marco de un proceso penal a los fines conseguir el descubrimiento de la verdad. La nota distintiva de la coerción es el permiso de emplear la fuerza pública para restringir esos derechos. El uso de la fuerza puede ser utilizada directamente y se efectiviza en una detención por ejemplo o un secuestro, o puede ser bajo amenaza de su uso, como en una citación bajo amenaza de ser conducido por la fuerza pública por incomparecencia.

La medida coercitiva no tiene un fin en sí misma, sino es que es el medio para conseguir los fines del proceso. Su naturaleza no es sancionatoria sino instrumental, es concebida como cautelar y necesaria para neutralizar los riesgos procesales o la efectiva aplicación de la ley de fondo.

En general las medidas coercitivas son aplicadas al imputado, ya sea en la restricción de derechos personales o patrimoniales con medidas que van desde la detención o allanamiento del domicilio al embargo o secuestro. Pero puede afectar a tercero, ya sea la propia víctima del delito como a un testigo.

En resumidas cuentas, la coerción procesal es el uso legítimo de la fuerza, por parte del Estado, para cercenar las libertades acordadas por el sistema jurídico a una persona, con el fin de garantizar el proceso penal, imposibilitando que se borren o alteren las huellas del delito o que se abstraiga su autor, etc. La prisión preventiva es una de las formas de coerción procesal personal que recae sobre el imputado.

La prisión preventiva.

Modelos teóricos y estándares internacionales de DDHH de la Prisión Preventiva

Puede categorizarse distintos modelos doctrinarios que se construyeron sobre la prisión preventiva, el primero es el modelo de “mano dura” delineado por un modelo político criminal autoritario y que no reconoce límites, el segundo modelo es antitético y plantea la incompatibilidad de la prisión preventiva con el principio de inocencia, por lo tanto plantea la inconstitucionalidad del instituto y por consiguiente su abolición, el tercer modelo es el de estándares de intolerabilidad de la prisión preventiva, un cuarto modelo plantea límites en la aplicación de prisión preventiva apoyado en Constituciones y Pactos Internacionales (constituye una verdadera teoría general de las medidas de coerción) y por último se puede plantear el modelo de prisión preventiva como medida cautelar no punitiva. Los últimos dos modelos son los que siguen las sistemas internacionales.

- **Modelo de “MANO DURA”:**

En el libro “El preso sin condena en América Latina y el Caribe” de 1983 se denunciaba que los Estados autoritarios utilizaban la prisión preventiva como herramienta de política criminal “directa” para luchar contra la criminalidad. El proceso de reforma procesal Latinoamericana se daba en el sentido de reducir los índices de prisión preventiva en la región, lograda según CEJA¹ en la década de los '90, pero en el año 2000 aparece un movimiento de contrarreforma que generó más prisión preventiva. Esto se dio por el aumento de la delincuencia como problemática social, poniendo en la agenda política un tema de sensibilidad social. Pero el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas” de la Comisión Interamericana del año 2013, manifiesta que la violencia y el delito son fenómenos con raíces en problemáticas sociales complejas, citando a la opinión de Elías Carranza a través de ILANUD², de que aquellos países que fortalecen los sistemas de justicia penal pero no logran desarrollar equidad social, lo que en verdad construyen son sociedades violentas que no reducen su tasa de delito. Esa inequidad es medida por el coeficiente de Gini³, donde el Banco Mundial estima a América Latina como la región más desigual con el 20% de ricos que acumulan ingresos 20 veces superior al 20% más pobre.

Frente a la inseguridad un Estado Autoritario acude a la mano dura y la creencia popular, por falta de educación, de que los delincuentes “entran por una puerta y salen por otra”, esa idea de “puerta giratoria” de la justicia, fomenta la reacción del Estado en aumentar el índice de prisión preventiva. Surge así el dilema entre 2 fines procesales: eficiencia y garantía, como plantea Roxin, un estado autoritario pone su interés en realizar de manera más eficaz el procedimiento penal, mientras que un Estado de Derecho se obliga por igual a ambos fines, asegura el orden a través de la persecución penal y a su vez protege la esfera de libertad de los ciudadanos (protección de garantías), Maier llama a esto doctrina de la “doble eficacia”.

El estándar interamericano, plasmado en el informe de la Comisión Interamericana antes mencionado, se manifiesta a través de recomendaciones, ellas son reorientar las políticas públicas con el uso excepcional de la prisión preventiva como política criminal y evitar el endurecimiento de medidas coercitivas durante el proceso frente al reclamo ciudadano de seguridad. Además, se debe erradicar la prisión preventiva como herramienta de control social, esto fue ratificado por la Rec B-1 del “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, de 2017. La Recomendación A-3 del “informe sobre el uso de prisión preventiva en las Américas” insta al cambio de paradigma en la concepción de procedencia y necesidad de la prisión preventiva. Esto es ratificado en la Rec D-4 del

¹ (Lorenzo, Riego, & Duce, 2011)

² ILANUD: “*Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente*”

³ “Medida de la desigualdad ideada por el estadístico italiano Corrado Gini. Normalmente se utiliza para medir la desigualdad en los ingresos, dentro de un país, pero puede utilizarse para medir cualquier forma de distribución desigual”.

“Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en América Latina” con el agregado de que el Estado debe crear incentivos institucionales, capacitaciones y sensibilización en los operadores de justicia para que aplique la prisión preventiva de manera excepcional y se promueva el uso de medidas alternativas.

El “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, establece cuales son las causas por las que se sigue utilizando la prisión preventiva, mencionando a la política criminal de encarcelamiento para solucionar la inseguridad, el uso de discursos políticos de mano dura como consecuencia de la presión de los medios de comunicación y opinión pública, y el uso de mecanismos de control disciplinario sobre funcionarios judiciales que aplican medidas alternativas. Y por último se menciona la falta de coordinación interinstitucional.

El párrafo 106 del mismo cuerpo manifiesta que es abiertamente contrario al régimen de la Convención Americana y los Principios de la Carta de la OEA, implementar políticas criminales que legalicen el uso de la prisión preventiva como una forma de justicia expedita, además de ser políticamente irresponsable un Estado que eluda su deber de adoptar medidas integrales en seguridad ciudadana, acudiendo a medidas populistas de corto plazo y fiscalmente insostenibles.

La Corte Interamericana en la sentencia de “Norín Catrimán” del 29/5/14, en el párrafo 361, estimó que el Estado Parte puede adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia, eso no está en discusión, pero debe aclararse que esa no es la función de la prisión preventiva.

Por otra parte, el Comité de DD.HH. en el marco de la ONU, realizó la observación nº 35 sobre el art. 9 del PIDCP, aprobado el 31/10/14 y que establece en el párrafo 38 que la reclusión previa al juicio no debe ser la práctica general y la ley que la habilite no debe incluir criterios vagos, sino que se deben especificar factores pertinentes de aplicación.

Además, si se analiza el sistema penitenciario en Argentina, se verá que los DDHH humanos de condenados y encausados están bastardeados y que las cárceles aparte de denigrarlos y aumentar la exclusión social, también funciona como escuela del delito, está visto que no se cumple ni con la eficacia ni las garantías de un procedimiento penal.

- **Modelo de “incompatibilidad de la prisión preventiva con el principio de inocencia”**

Este modelo plantea que el principio de inocencia está fuertemente sostenido por el boque de constitucionalidad y que por lo tanto la prisión preventiva debería estar prohibida, pero atento a que los mismos tratados internacionales hacen referencia a la medida de coerción e imponen ciertos límites a la prisión preventiva, lo que hace este modelo es amparar 3 corrientes: “Tesis compatibilista” por un lado y en la vereda opuesta, dos posiciones

extremistas y opuestas entre ellas, la “tesis abolicionista del principio de inocencia” y la “tesis abolicionista de la prisión preventiva”.

La “tesis compatibilista” está sostenida por Roxin, Cafferata Nores, Pastor, Bovino, mientras que la “tesis abolicionista del principio de inocencia” está sostenida por criminólogos positivistas, y que era receptada por el Código italiano en 1930, pero que hoy no tiene asidero por los diversos tratados de DD.HH; En contraposición, la “tesis abolicionista de la prisión preventiva” sostenida por Zaffaroni, Vitale y Ferrajoni, plantean la inconstitucionalidad del instituto, ya que se transgrede el derecho a la libertad, al juicio previo y a la presunción de inocencia, también se viola el “debido proceso” y el “derecho de defensa” (porque en prisión preventiva el sujeto no tiene la misma posibilidad de defenderse como lo haría en libertad), además genera una desigualdad ante la ley entre los mismos imputados, algunos en libertad y otros no, y también entre parte acusadora y acusado. Manifiestan que se violan los principios de razonabilidad y racionalidad de los actos de gobierno y que se impone una pena sin culpabilidad, afectando el principio de proporcionalidad de las reacciones estatales vinculadas con la criminalidad. Por último, manifiestan que la prisión preventiva es una manera de tormento. El problema de esta tesis es que a pesar de sus argumentos carece de fuerza para modificar la realidad. Lo interesante del planteo de Vitale es que enuncia los argumentos que apoyan la prisión preventiva y los contrarresta, por ejemplo, utiliza el argumento que apoya la prisión preventiva en el art. 18 CN que habilita el arresto por orden escrita de autoridad competente y lo contrarresta manifestando que no se puede comparar un arresto que es una medida muy breve con duración de días a un a prisión preventiva que se extiende a meses o años. Un segundo argumento utilizado es el que manifiesta Cafferata Nores que abala la prisión preventiva para afianzar la justicia, como se proclama en el Preámbulo de la CN y lo contrarresta diciendo que el Preámbulo también contiene la libertad personal y que no se podrían sopesar. El tercer argumento es que si bien los tratados internacionales mencionan a la prisión preventiva, lo que hacer es reconocer un dato de la realidad que no significa que lo legitimen sino que sólo le imponen límites. Utilizan el argumento de Maier, que ya fue mencionado en este trabajo previamente, y es que la prisión preventiva garantiza el derecho de defensa dado que no se puede juzgar en ausencia, y la respuesta es que si el fundamento es garantizar el derecho de defensa no es lógico que se cercene la libertad para conseguirlo. Otro argumento que utiliza es el de finalidad, ya se dijo que “la prisión preventiva es una medida cautelar” y que no tiene carácter de pena, ante esto Vitale manifiesta que es un eufemismo, decir que son cosas distintas cuando ambas se cumplen de igual manera, preso en una cárcel.

- **Modelo de estándares de intolerabilidad⁴**

Es el modelo propuesto por el Binder y toma la tesis abolicionista, pero le da un ajuste. Rescata la idea de Carrara, que la prisión preventiva es injusta, inmoral y que en un sistema democrático no debería aplicarse, pero que en la realidad existe y debe regularse, porque en la actualidad, y en ciertos casos, la sociedad no está dispuesta a aceptar la libertad.

Lo que Binder añade es la tolerabilidad temporal, es decir que hoy la sociedad tolera la medida injusta pero que el día de mañana podría dejar de tolerarlo. Propone establecer estándares de intolerabilidad, casos en los que se tolera y casos en los que no se admite la prisión preventiva. De alguna manera ésta tesis es receptada en por la Comisión Interamericana en el “informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas” del 30/12/13 en la Recomendación C.5 cuando manifiesta la alternativa de ampliar los números de figuras delictivas respecto de las que no se puede aplicar prisión preventiva. La Recomendación C.12, establece que no debe usarse ese mecanismo infracciones penales menores. La Recomendación C.13 establece la derogación de normas que ordene la prisión preventiva obligatoria en un tipo de delito (delitos inexcarcelables). La Rec B-4 del “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” recepta lo anterior pero además le añade que los Estados deben AUMENTAR el número de figuras a las que no se les aplique prisión preventiva y además no deben establecer mayores restricciones a los mecanismos de excarcelación. También manifiesta que la ley no puede excluir a un tipo penal de la posibilidad de excarcelación, o que determinados delitos tengan tratamiento distinto a otros durante el proceso sin que tenga un fundamento objetivo y legítimo, no puede recurrirse a la “peligrosidad”, por ejemplo, para vulnerar el principio de igualdad. Esos estándares fueron receptados en el CPPF (vigente actualmente para Salta y Jujuy) en el art. 218 inc. a: *“No procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos: a) Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar la aplicación de una condena condicional.”* Aunque por el principio de proporcionalidad, que dice que la medida de coerción no puede ser superior a la pena probable, se llegaría la misma conclusión sin necesidad de que este plasmado en una norma, pero no significa que esta esté de más, por el contrario, a pesar de comprender el instituto en la práctica hay muchos casos con prisión preventiva decretada pero la pena que le espera es de condena en suspenso, porque no tiene domicilio, mintió en el nombre, entre otros.

Además los incs. b) y c) incluyen otras dos posibilidades que no estaban prevista antes, imposibilidad de aplicar encarcelamiento preventivo en delitos de acción privada y en la protesta social. Es decir que este modelo, si bien parte del cuestionamiento a la prisión

⁴ (Binder A. , La intolerabilidad de la prisión preventiva, 2011)

preventiva por vulnerar el principio de inocencia, tiene impacto en la modificación de la realidad como no lo tiene la tesis abolicionista.

- **Modelo de “límites a la imposición de la prisión preventiva”**

Este modelo, como ya se mencionó, es una verdadera “teoría general de las medidas de coerción” y se construye a partir de la derivación del principio de inocencia.

Esta teoría se fundamenta con tres ejes de los que derivan una serie de principios cada uno. El primer eje los constituye el la garantía de Libertad Personal y el principio de inocencia, el segundo eje está conformado por la prohibición de detenciones e injerencias arbitrarias y el último eje está compuesto por una tríada: integridad y seguridad personal, trato digno y humanitario, y la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Debido al principio de progresión de los derechos humanos esta es una teoría en construcción que se modifica permanentemente.

1. La derivación del primer eje, es el análisis de la relación que existe entre la “presunción de inocencia” y la “prisión preventiva”. Las ideas centrales son: por una lado, la previsión normativa de la prisión preventiva lleva la idea abolicionista al plano axiológico, por otro lado que si el principio de inocencia no es idóneo para abolir la prisión preventiva, debe servir para reducirla, es decir que . Entonces se plantea la idea de utilizar al principio de inocencia como regla de interpretación de normas (hermenéutica) o puede ser utilizado como regla de tratamiento (no ser tratado como culpable), cómo lo hace Binder.

Al ser utilizado el principio de inocencia como regla de interpretación, surgen una serie de principios que se explican a continuación:

- La excepcionalidad: surge del art 9.3 del PIDCP, la prisión preventiva no es la regla. La Observación Gral. Nº35, del 16/12/14 párr. 38 manifiesta que es una excepción. La Corte Interamericana manifiesta que debe imponerse excepcionalmente ya que es la medida más severa que se puede imponer⁵. El World Prisión Brief (base de datos en línea que proporciona acceso gratuito a información sobre sistemas penitenciarios en todo el mundo) pone a Argentina en el puesto 52 del ranking, con el 45,9% de presos preventivos, pareciera entonces que en la realidad la excepcionalidad es una ficción.
- La interpretación restrictiva como regla general y la interpretación extensiva y analógica *in bonam partem*: establece cómo interpretar la norma y cómo aplicarla en el caso concreto. Se puede ver receptada en el art. 2 del CPPN y el art. 14 del CPPF (Ley 27.063). En general, una interpretación de la norma dentro del texto de ley puede ser de manera restrictiva (ajustada al texto) o extensiva, mientras que si se interpreta por fuera de la ley para aplicar en un caso distinto al previsto, se habla de una interpretación analógica. La permitida, según este principio, es la interpretación restrictiva mientras que

⁵ (Caso Tibi Vs. Ecuador, 2004) (Caso Romero Vs. Argentina, 2019)

interpretación extensiva y analógica están prohibidas, salvo que sea en favor del imputado.

- *in dubio pro libertatis*: cómo interpretar la duda en materia de medidas de coerción, la doctrina mayoritaria (Binder, Cafferata Nores, otros) dice que se aplica para las cuestiones de hecho y no de derecho, mientras que la otra parte de la doctrina entre ellos, Zaffaroni, plantea que también puede aplicarse en cuestiones de derecho por ejemplo cuando hay dudas sobre la calificación legal y se aplica la menos gravosa. Por supuesto que este tipo de interpretación es de segundo orden, cuando las reglas de interpretación como la gramatical, histórica y teleológica hayan fallado.
- *Onus probando*: quién tiene la carga de la prueba para cumplir con las exigencias que habilitan la prisión preventiva. Sin importar si es un modelo mixto o acusatorio, es el órgano acusador quien tiene la carga de la prueba y la CorteIDH así lo manifiesta en “Romero Feris” en el párr. 101, cuando manifiesta que el riesgo de fuga y riesgo de entorpecimiento no se presumen sino que el juez debe motivar la decisión en criterios objetivos en el caso concreto y es el titular de la persecución penal quien debe acreditar y no el acusado. Además impone el modelo de indicadores para acreditar elementos legitimantes, que se desarrollaran más adelante en este trabajo.
- Un nuevo principio es el de mínima intervención, subsidiariedad o *última ratio*: esto significa que existe un abanico de posibilidades entre la medida de coerción menos gravosa (libertad pajo palabra) a la medida más gravosa (prisión preventiva), incluso en el medio puede haber medidas innominadas siempre que sean menos gravosas que las legisladas, son medidas de distinta intensidad. La Rec. B-3 Y Rec. B-1 del “Informe sobre el uso de la PP en las Américas”, brindan una nómina de medidas y además le dan mandato al legislador para que las diseñe por ley y también al juez, para que elija de ese menú, la idónea pero la menos grave. El art. 210 del CPPF, incluye una nómina de medidas graduales. La CorteIDH en “Romero Feris”, 15/10/19 párr. 109 menciona que las autoridades deben inclinarse a imponer medidas alternativas a la PP. Y en el párr. 106, manifiesta que se debe exigir al tribunal que imponga la PP sólo cuando los demás mecanismos que prevé la ley no son suficientes para satisfacer el fin procesal. La CIDH ingreso al gradualismo como otra expresión de la subsidiariedad en el Informe sobre el uso de PP en las Américas y en el Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la PP, en las Rec. C.7 y Rec. E.2 respectivamente. El objetivo es reducir el uso de PP a través del uso de medidas de alternativas, sin que estas últimas se apliquen de forma desmesurada para control social. Es necesario para su efectividad que el órgano judicial cuente con información de calidad sobre el imputado para poder aplicarlas y además se requiere un efectivo control de las medidas aplicadas, para que no se genere en la sociedad una sensación de impunidad y deslegitimación de las mismas. Esto está a cargo de las OMAS (“Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas”), quien recauda la

información para discutir la aplicación de PP en una audiencia y quien también tendrá tarea de control cuando sean aplicadas. El CPPF las prevé y resta hacerlas operativas.

- el principio de prioridad de juzgamiento: lo menos que se puede hacer con un inocente preso es juzgarlo rápido. El Comité de DD.HH. de la ONU en la Observación General 35, Pár. 37, plantea la necesidad de juzgar lo más rápido posible a los sujetos que no sean puestos en libertad durante el proceso, mientras sea compatible con su derecho de defensa, es decir, que no se cercene un derecho para juzgarlo rápidamente. En el ámbito interamericano la CIDH se expide en la Rec. C-2. Del Informe sobre el uso de la PP en las Américas, sobre que el Estado debería otorgar prioridad a la celeridad de trámites donde las personas están privadas de libertad.
- Reparación y compensación por la prisión preventiva sufrida: la compensación hace referencia a computar el tiempo transcurrido de prisión preventiva, como parte de la pena a cumplir, lo cual está previsto en el art. 24 del CP en el 1x1, y que por el fallo de la CSJN “Méndez, Nancy Noemí”, no se aplica el 2x1 en pena de reclusión. La reparación surge cuando se analiza que sucede con la persona que fue absuelta o sobreseía y que sufrió PP, ¿correspondería una indemnización? Los instrumentos internacionales no la decretan a prima face, sino que implican que la prisión preventiva se haya dictado en ciertos términos, que haya sido ilegal, arbitraria o contraria a otros DD.HH (seguridad personal, trato digno y humanitario, etc.) menciona la Rec. C-18 del Informe sobre el uso de la PP en las Américas. Añade que esa reparación de daño antijurídico debe ser integral. Además la sola liberación no puede ser tomada como reparación integral, debe haber un plus.

Ahora bien, si se toma la tesis de Binder de utilizar el principio de inocencia como regla de tratamiento en la Prisión Preventiva, esto se traduce en la diferenciación entre condenados y procesados, estos últimos conservan sus derechos (ej. Derechos políticos) y en tanto al derecho de defensa debe concedérsele tiempo y medios para preparar una defensa, el derecho de ser visitado por su abogado, entre otras derivaciones.

2. El segundo eje de la “teoría general de las medidas de coerción” está conformado por la prohibición de detenciones e injerencias arbitrarias.

Ya habiendo desarrollado el primer eje de la teoría general de las medidas de coerción, compuesto por el principio de inocencia tratado como regla de interpretación y tratamiento, llega este segundo eje contenido en distintos instrumentos internacionales (Arts. 9 y 12 DUDH, Arts. 9.1 y 17.1 PIDCP, Arts. 7.3 y 11.2 CADH, Art. XXV Decl. Americana) que dan protección contra las medidas de coerción arbitrarias.

La Corte Interamericana en “Romero Feris” de 15/10/19 en el párr. 91 establece el alcance de la “arbitrariedad” y establece que no es equiparable con el concepto de “contrario a la ley”, sino que es más amplio e incluye elementos como la incorrección, injusticia e imprevisibilidad. El Comité de DDHH de la ONU, se expidió en el mismo

sentido, pero fue más allá en la Observación General nº35 16/12/14 incluyendo otros supuestos, en el párr. 12 agrega la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad como criterios de arbitrariedad.

Es decir, para que una prisión preventiva no sea arbitraria es necesario que:

- Se exhiban presupuestos materiales relacionados tanto a la existencia de un hecho delictivo como a la participación de la persona imputada con tal hecho.
- Esas medidas deben cumplir con un “test de proporcionalidad” que propone la Corte, y está compuesto por 4 elementos: el fin de la medida debe ser legítimo (evitar la fuga y el entorpecimiento), la medida debe ser capaz de cumplir con ese fin perseguido, debe ser necesaria y estrictamente proporcional.
- Y esa decisión que la determine debe tener motivación suficiente.

Este planteo también se dio en los fallos “Hernández” 22/11/19, párr.103 y en “Jenkins” 26/11/19, párr. 74.

Puede sistematizarse éste criterio en una serie de principios.

- Principio de legalidad “*nulla coactio sine lege*”: la medida de coerción debe estar tipificada en la ley, está receptado en PIDCP, art. 9.1, y abarca tanto la causa como el procedimiento. El Comité de DDHH hizo su interpretación en la Obs. General nº35, párr. 22: “(...) *Todas las razones sustantivas para la detención o la reclusión deberán estar prescritas por la ley y definidas con suficiente precisión a fin de evitar una interpretación o aplicación excesivamente amplias o arbitrarias. La privación de libertad sin esa autorización legal es ilícita (...)*”. Por otra parte el sistema interamericano también se expidió al respecto en el art. 7.2 CADH y en la DADDH art. XXV. La Corte Interamericana en “Romero Feris”, 15/10/19 párr. 77 reconoce la garantía primaria de “reserva de ley”, esto es, que el derecho a la libertad solo puede verse afectado por una ley y esa garantía debe estar acompañada *forzosamente* del “principio de tipicidad”, obligando a los Estados a legislar tan concretamente como sea posible y de antemano, los motivos y las condiciones del encarcelamiento, así como también ajustarse a los procedimientos, igualmente regulados.
- Requisito de fundamentación: la Corte Interamericana en “Romero Feris” 15/10/19, párr. 110 menciona la “motivación suficiente”. El Estado debe fundamentar y acreditar de forma clara y fundamentada, en el “caso concreto”, la existencia de los requisitos requeridos por CADH. El párr. 92 menciona los presupuestos materiales que deben darse para que proceda la prisión preventiva: “*indicios suficientes de la existencia del hecho*” y de la “*participación del imputado*” en él. Mientras que la Comisión Interamericana en “Principios y Buenas Prácticas para las personas privadas de la libertad en las América”, del 13/8/08. Ppio. III.2 tiene el mismo estándar. Pero la fundamentación no se acaba en la verosimilitud del hecho y la participación (requisito necesario pero no suficiente), sino que debe tener una finalidad como menciona el fallo “Hernández” 22/11/19 párr. 116 y que implica la existencia de riesgo procesal, “*periculum*

in mora” (riesgo de fuga y riesgo de entorpecimiento). Este es el modelo de medida cautelar que adopta el sistema interamericano, pero no así el sistema de la ONU, que añade a el riesgo de reiteración delictiva como otro fundamento legitimante.

El “Código Procesal Penal de la Nación” (Ley 239874) satisface el requisito de verosimilitud del hecho y de participación en el art 306 cuando se dicta el “auto de procesamiento” y el fundamento legitimante (*periculum in mora*) lo satisface el art 312. Frente a la falta de verosimilitud procede la “libertad por falta de mérito” del art. 309. Para la excarcelación se analiza el riesgo procesal (fuga y entorpecimiento), que se puede negar aun sin haberse dictado el procesamiento pero debe ser dentro de los 10 días que establece el código, pasado esos 10 días sin dictar procesamiento o poner en libertad, no importa si hay riesgo de fuga o entorpecimiento, debe darse la libertad por no cumplir con el plazo procesal.

En los Códigos más nuevos, por ejemplo el de Provincia de Buenos Aires, no tienen autos de procesamiento por lo que al decretar la prisión preventiva deben satisfacer los dos requisitos, tener “indicios suficientes” de la existencia del hecho y la intervención del ciudadano y fundamento legitimante de riesgo procesal. Lo mismo sucede con el nuevo CPPF en el art. 220, el Fiscal o el querellante deben acreditar por un lado el hecho y la participación y por el otro justificar suficientemente el riesgo procesal.

- Principio de judicialidad: intervención de un Juez de manera obligatoria, debe haber un control judicial de la medida coercitiva, incluso en el caso de la prisión preventiva debería ser impuesta por un juez, según la posición de Maier y Cafferta Nores, esto no sucede en los códigos de Córdoba y Chaco que la prisión preventiva puede ser impuesta por el fiscal aunque debe ser homologada por el juez. Además se debería exigir que ese juez sea imparcial, es decir que no sea aquel que no esté comprometido con el éxito de la investigación sino el juez de garantías o el juez del sistema acusatorio. Pero el estándar interamericano sólo exige el control judicial, aunque por el principio de progresividad podría modificarse a futuro. El estándar se ve con claridad en el “art. 9.3 PIDCP”: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)”. Lo mismo señala DADDH Art. XXV Y 7.5 CADH. Mientras que el Comité de DDHH Obs. General 35 Párr. 32 establece: “(...) La finalidad de este derecho es que la reclusión de una persona en el marco de una investigación o proceso penal sea sometida a control judicial (...). Es inherente al correcto desempeño de la función judicial que la autoridad que la ejerza sea independiente, objetiva e imparcial en relación con las cuestiones de que se trate. En consecuencia, los fiscales no podrán ser considerados funcionarios que ejercen funciones judiciales en el sentido del párrafo 3”. El Fiscal como se ve, no puede ejercer el control judicial pero no veda que pueda imponer la medida siempre y cuando sea controlable. El párr. 36 reafirma lo anterior mencionando que el juez deberá decidir sí la personas debe ser puesta en libertad o permanece con reclusión preventiva

mientras aguarda el juicio. Otra norma que hace referencia a esto son las previsiones del habeas corpus, el “art. 9.4 del PIDCP” agrega que “toda persona detenida” tiene el derecho a acudir a un Juez para que controle la legalidad de su prisión. En este sentido la Observación General nº 35 Párr. 47 manifiesta que no solo tiene derecho a recurrir ante un juez con el habeas corpus, sino que tiene derecho a que se resuelva y sea sin demora. El párr. 48 agrega que el Pato no exige que sea recurrible la decisión judicial que determine la legalidad de la detención, pero si el Esto parte recoge la posibilidad de recurrir, se acepta demora en el procedimiento pero que no deberá ser excesiva.

- Principio de doble conforme: Derecho a que otro juez revise la medida, está contenido en el art. 14.5 PIDCP y menciona que sólo son recurribles las sentencia definitiva y la pena, por ello el párr. 48 de la Obs. Gral nº 35 que interpreta el Pacto, manifiesta que la resolución de Prisión Preventiva no es exigible. Pero sí se analiza el art.8.2h. CADH que remarca que todas las personas tienen derecho a recurrir un fallo, habría que preguntarse si la garantía del doble conforme incluye autos interlocutorios importantes, abarcando auto de prisión preventiva y negatoria de excarcelación. Por la respuesta afirmativa se encuentra la Comisión Interamericana en los Informes 17/94 y 55/97, pero la Corte en el fallo Norín Catrimán 29/05/14, si bien no dijo que los autos procesales no estaban alcanzados por el doble conforme, si enfoca que son las sentencias condenatorias las recurribles. Analizar esto último sería a los fines de determinar la raigambre del doble conforme de la prisión preventiva, que no afecta en la práctica porque la legislación local la prevé.
- Principio de necesidad: el fallo “Romero Feris” del 15/10/19 en el párr. 98 establece que la prisión preventiva (medidas de coerción en general) debe ser necesaria en el sentido de ser absolutamente indispensables. Por otra parte, la Comisión Internacional establece en la Recomendación C. 14 del “Informe sobre el uso de Prisión Preventiva en las Américas”, que cuando no haya necesidad de mantener esta medida la misma debe ser levantada inmediatamente. Aquí se ve la relación que hay con el principio de provisionalidad, pues la medida durará en tanto la necesidad exista, cuando cese esa necesidad, cesará la medida.
- Principio de provisionalidad: aparece proclamada por la Comisión Interamericana en “Principios y Buenas Prácticas para las personas privadas de libertad en las Américas”. Ppio III.1, 2º párr. y establece la generalidad de que la privación de libertad es aplicable durante el tiempo mínimo necesario. El “Informe sobre el uso de prisión preventiva en las Américas” en las Rec. C.7 y C.8 se expide en el mismo sentido, solicitando que el órgano acusador cuando solicita la medida y el juez cuando la aplica, deben en ambos caso expedirse sobre el tiempo por el que se extenderá la prisión preventiva.
- Controles periódicos: conjugados los principios de necesidad y provisionalidad aparece este principio, mencionado en la Obs. Gral nº35 del Comité de DD.HH, párr. 38. “(...) Una vez se haya hecho una determinación inicial de que la reclusión previa al juicio es

necesaria, esa decisión debe revisarse periódicamente para establecer si sigue siendo razonable y necesaria a la luz de las posibles alternativas (...). El sistema de la Corte Interamericana exigió el control periódico en distintos fallos, uno de ellos “Romero Feris” párr.111, reconociendo un estándar que ya se venía aplicando. La Comisión también establece el control periódico en los “Informes sobre el uso de prisión preventiva” (Rec C-14) y el “Informe de medidas dirigidas a reducir el uso de prisión preventiva” (Rec I-2).

- Requisito de idoneidad: Las medidas que se adopten deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido y así lo estableció la Corte en “Romero Feris” párr. 98. Es decir, que la medida debe impedir el riesgo de fuga y el entorpecimiento de la investigación. En este sentido podría preguntarse cuál es la idoneidad de la inhabilitación preventiva que autoriza el art. 310 del CPPN (inhabilitación de médico y parteras). Pareciera que lo que se busca es evitar la reiteración delictiva que no es una causa legitimante en el sistema interamericano.
- Principio de proporcionalidad: aparece definido este principio en “Romero Feris” 15/10/19, párr. 98, como la proporcionalidad entre el sacrificio innato de la restricción del derecho de libertad y las ventajas obtenidas con esa restricción y el cumplimiento del fin perseguido. Es decir que debe ponderarse las ventajas y desventajas de la prisión preventiva. En este sentido, la situación pandémica que se vive debe tenerse en especial consideración como una desventaja. La Corte en “Barreto Leiva” 17/11/09 párr. 122, fue más concreta al definir el principio de proporcionalidad y su aplicación. Allí estableció que una persona imputada (con status de inocencia) no puede ser tratada igual o peor que un condenado y que el Estado debe velar porque la “medida de coerción” no sea igual o más gravosa que la que le espera al sujeto en caso de condena. En términos de Alberto Bovino, la proporcionalidad no sólo hace referencia a que la medida de coerción no puede ser más gravosa que la pena, sino que tampoco puede haber equivalencia entre ellas⁶, y como límite orientador se establece que habrá equivalencia cuando la prisión preventiva sea superior a los 2/3 del mínimo de la escala penal, se acuerdo al Informe 86/09 de la Comisión Interamericana, párr. 109. En la definición clásica de este principio, que establece que una medida no puede ser más grave que la pena, hay una prohibición de exceso en la determinación de la medida, mientras que la inequivalencia tiene otro alcance y es que la imposición de una medida no sea igual, sino menor (incluso sensiblemente menor para la Corte de acuerdo a los 2/3). Para Cafferata Nores este principio rige, aun cuando no haya una norma expresa al respecto.

En la práctica los efectos de este principio son dos, por un lado la provisión de dictar prisión preventiva, por el otro, limitar el tiempo de la encarcelación preventiva. Hay prohibición de dictar la medida, cuando la pena no es privativa de libertad, esto es “multa o inhabilitación”, y también, cuando la pena privativa de libertad es de cumplimiento en

⁶ (Sergi, Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo, 2005)

suspense. Aquí surge un inconveniente con el art. 312 inc. 2 del CPPN, porque admite la prisión preventiva aun siendo la pena en suspenso, cuando hay riesgo de fuga o de entorpecimiento. Mientras que el CPPF art. 218 adoptó la solución correcta, eliminando tal inconveniente.

Como ya se mencionó, hay casos en los que se limita el tiempo de encarcelamiento preventivo, es decir que no estaba prohibida su aplicación pero a partir de cierto momento pasa a estarlo, porque se superaría a la pena que se espera. Esto son todos los supuestos de excarcelación o cese de prisión preventiva (art. 317, inc. 2 a 5 CPPN y 224 CPPF), son supuestos en los que de haber condena firme ya se habría obtenido la libertad y que de continuar en prisión preventiva se estaría violando proporcionalidad.

- Principio de limitación temporal: los instrumentos internacionales hablan de este principio que impone la duración de la “prisión preventiva por un plazo razonable” sujeto a apreciación judicial. Las pautas de apreciación contenida en esos instrumentos, son la complejidad del caso, la actividad procesal del imputado y la gestión de las autoridades judiciales⁷. Ese plazo razonable sujeto a apreciación judicial de acuerdo a las pautas dadas no puede ser mensurable en número preestablecido de día, meses o años, Pastor la denomina “Doctrina del No Plazo” y la crítica porque es incoherente llamar plazo razonable a algo que no tiene plazo, pero es el estándar que da el sistema interamericano, lo que no impide que los Estados Parte superen ese estándar fijando un plazo, como lo hizo Argentina con la Ley nacional 24.390, imponiendo una duración máxima de 2 año de prisión preventiva con posibilidad de prorrogar 1 año para las causas “difíciles o complejas”. De acuerdo con la misma Comisión Interamericana, el Estado que se autolimita subiendo el estándar con una ampliación de garantías, convierte ese plazo en el plazo razonable y debe cumplirlo.

3. El tercer eje de la “teoría general de las medidas de coerción” (modelo de “límites a la imposición de la prisión preventiva”) está conformado por la tríada de derechos de la integridad y seguridad personal, trato digno y humanitario, y la “prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Es el Estado quien se posiciona como garante de los derechos antes mencionados, porque las personas encarceladas se encuentran en sujeción total a él y así lo estableció la Comisión Interamericana en “Principios y buenas prácticas para las personas privadas de la libertad en las Américas”, del 2008, en el principio Iº: “(...) tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad”. La Corte Interamericana sostuvo lo mismo en el fallo “Hernández” del 22/11/19, párr.56 cuando menciona que la posición de garante del Estado surge del fuerte control o dominio que ejercen las autoridades penitenciarias sobre las personas bajo su custodia.

⁷ (CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad, 2008)

En esta posición de garante el Estado debe “respetar y garantizar” la vida e integridad física de los detenidos y se asegurará condiciones mínimas de detención, conformes con la dignidad. Se les debe proteger contra todo tipos de amenazas y actos de tortura,” tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En 1955 las Naciones Unidas establecieron las condiciones de ejecución de la prisión preventiva en el documento “Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos” y la “Corte Suprema de Justicia de la Nación” lo hizo efectivo en el derecho interno en el fallo “Verbitsky s/habeas corpus colectivo” del 3/5/05, en el punto dispositivo número 2. Allí se menciona que las Reglas contenidas en el documento internacional de Naciones Unidas fueron recogidas por la ley 24.660 y configura las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención. Por lo tanto una norma de derecho blando no obligatorio para los Estados Partes terminó siendo operativo para el Estado Argentino por sentencia de la CSJN. Por otra parte la deficiencia en las condiciones de detención no puede ser justificada por razones presupuestadas según el fallo de Corte Interamericana “Pacheco Teruel” del 27/4/12. El párr. 67 de esa sentencia contiene una amplia serie de estándares respecto a la detención pero el inc. j) menciona la imposibilidad del Estado en alegar la dificultad económica para justificar condiciones de detención que no cumpla con los estándares internacionales en la materia y que sean violatorios de la dignidad humana. Mientras que el párr. 60 del fallo “Hernández” 22/11/19 de la Corte Interamericana menciona que en los establecimientos penitenciarios no debe haber hacinamiento, falta de luz y ventilación, falta de camas y condiciones inadecuadas de higiene o restricciones indebidas al régimen de visitas, y en el caso de que así sea, se constituye una vulneración a la integridad personal.

La Corte Interamericana comenzó a utilizar medidas provisionales en sus fallos, verdaderas medidas cautelares, que son vinculantes para los Estados Partes, así sucedió en “Asunto del Instituto Penal Plácido se SÁ Carvalho” del 22/11/18, donde frente a la verosimilitud de violaciones a los DDHH, en concreto, infracción al art. 5.2 (prohibición de torturas) ocasionados por la superpoblación se establecen 2 soluciones posibles (párr. 93), por un lado establece la directa libertad y por otro la disminución de la población penal mediante un cálculo de tiempo de pena o privación de libertad que abrevie el tiempo real, atendiendo al mayor contenido aflictivo. Esta última solución es la que toma y hace operativa imponiendo al Estado brasilero que imponga el cómputo de 2x1 a los detenidos en dicho establecimiento.

Los documentos de “Informe sobre el uso de prisión preventiva en las Américas” (Rec. D-6) e “Informe sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva” (Rec. A-8), establecen que los Estados miembros de la OEA (es decir, que no hace falta que hayan ratificado la Convención) deberán tomar las medidas ineludibles para poder alojar detenidos en condiciones compatibles con la dignidad humana y en el caso de que no

puedan garantizarlo deben tomar medidas cautelares distintas al encarcelamiento preventivo y disponer la libertad del imputado durante el juicio.

Es importante recalcar que el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas” (Rec. A-10) establece una serie de pautas para no tener superpoblación carcelaria:

- La autoridad competente, por ley, debe establecer la capacidad de alojamiento.
- Por ley se debe prohibir la ocupación por encima de la capacidad.
- Habilitar medidas judiciales cuando se exceda la capacidad.

La Rec. A-9 del mismo Informe, recomienda líneas de acción para reducir el hacinamiento carcelario:

- La tramitación del proceso penal debe ser en un tiempo razonable
- Adoptar medidas concretas para que el uso de la prisión preventiva sea excepcional y racional
- Aumentar el uso de medidas no privativas de libertad, para ello debe aplicarse el principio de encarcelamiento como último recurso y el principio de proporcionalidad
- Garantizar el principio de trato humano a las personas privadas de libertad
- Aumentar la capacidad carcelaria solo si es absolutamente necesario.
- Desarrollar programas de capacitación para los operadores judiciales en torno al carácter excepcional de la prisión preventiva.

Por último cabe señalar que está prohibida la confesión por tormento, esto es privar de la libertad para obtener la confesión del imputado y para ello no se puede obligar a declarar contra sí mismo, limitar el uso a la incomunicación y aislamiento como medio idóneo para “quebrar” al imputado y todo lo que se obtenga por estos medios se excluye como prueba. Y el Estado está obligado a investigar y castigar estos tormentos llevados a cabo por sus dependientes.

Como se mencionó al iniciar el apartado la “teoría general de las medidas de coerción” está en construcción y pleno desarrollo para aumentar los estándares de derecho y en ese sentido Maier ya adelantaba la buena práctica de exigir audiencia oral para decidir la aplicación y/o continuidad de las medidas de coerción y así lo recepto el CPPF art. 223. En el mismo sentido se expide el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas” en la Rec. C-9, donde manifiesta que la prisión preventiva debe decidirse en audiencia oral, con la intervención de todas las partes, incluyendo la víctima y “*garantizando los principios de inmediación, publicidad y celeridad*”. Incluso prevé que en determinadas circunstancias este requisito puede satisfacerse con el uso de sistemas de videos. Esto debe ser así sin importar el sistema procesal que se tenga, inquisitivo o mixto, puesto que sugiere que para estas decisiones se tome las reglas del acusatorio

en resolución adversarial. Esto se ratifica en el “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de prisión preventiva”, en la Rec. J-1 pero le añade un “plus”, en la “audiencia debe estar presente el imputado” y debe ser escuchado. La Rec. J-2 añade un “plus” más, ya que menciona que la autoridad judicial no sólo debe examinar el cumplimiento de los requisitos de procedimiento de la legislación nacional sino que además analizar la razonabilidad de la sospechas en la que se sustenta la detención, la legitimidad de sus fines (que en el sistema interamericano ya se dijo que sólo son riesgo de fuga y entorpecimiento) y por último estudiar la posibilidad de aplicar medidas alternativas al encarcelamiento preventivo. La audiencia debe garantizar el contradictorio y asegurar la paridad de armas entre las partes, el fiscal y la persona detenida.

Es importante señalar, para finalizar este apartado que el sistema de Naciones Unidas este modelo de límites a la imposición de la prisión preventiva es exclusivo, mientras que el sistema Interamericano también suscribe al modelo teórico de “medida cautelar” que se desarrollará a continuación.

- **Modelo de prisión preventiva como “medida cautelar”**

El sistema interamericano, como ya se dijo, adopta este modelo. Tanto la Corte como la Comisión mantienen la tesis de que la “prisión preventiva es una medida cautelar NO punitiva”.

La Corte Interamericana inició con este modelo en la sentencia “Suarez Rosero”, del 12/11/97 párr. 77 y con posterioridad hubo varios precedentes en la misma línea (“Acosta Calderón” del 24/6/05 párr. 75 y 111- “Barreto Leiva” del 7/11/09 párr. 121- “Norín Catrimán” del 29/5/14, párr.311 a, entre otros) el último fallo es el de “Hernández” del 22/11/19 párr. 106.

Por su parte la Comisión Interamericana recoge el mismo criterio y lo publicita en “Principios Y Buenas Prácticas para las Personas Privadas De La Libertad” Principio III.2 y en el “Informe sobre el Uso de Prisión Preventiva en las Américas” párrs. 135 y 143.

Habría que preguntarse entonces cuales son las consecuencias de adoptar este modelo. En principio se descarta el modelo teórico de abolición de prisión preventiva por violar el principio de inocencia, sostenido por algunos doctrinarios entre ellos Zaffaroni, mientras que otros sostienen que es un eufemismo plantear que no es una pena sino una medida cautelar, porque se cumplen de la misma manera, privando de la libertad a un sujeto.

La segunda consecuencia es que se debe transpolar los requisitos de la medida cautelar del proceso civil al proceso penal. En este sentido la medida cautelar debe cumplir con los requisitos de “*fumus bonis iuris*” y “*periculum in mora*”, ambos deben satisfacerse simultáneamente. El *comissi delicti*, como se llama en este ámbito al *fumus bonis iuris*, consiste en la “prueba suficiente” sobre la “existencia del hecho” y la “responsabilidad

del imputado”, mientras que el periculum in mora en las medidas de coerción consiste en la existencia del riesgo procesal, y también se mencionó que el sistema interamericano sólo reconoce al riesgo de fuga y al riesgo de entorpecimiento.

Estos requisitos deben ser simultáneos, ya que ambos son necesarios pero no suficientes de manera independiente, y así lo remarcó la Corte Interamericana en la sentencia “Hernández” del 22/11/2019 párr. 116. El sistema de la ONU agrega la reiteración delictiva como una finalidad legítima más, además del riesgo de fuga y de entorpecimiento.

El requisito de prueba suficiente sobre ambos extremos (existencia y responsabilidad), fue sostenido por la Comisión Interamericana en los “Principios y Buenas Prácticas para las personas privadas de la Libertad” del 2008 en el Principio III.2 y en el “Informe sobre el uso de Prisión Preventiva” Rec. C.6. La Corte Interamericana, por su parte, en el fallo “Romero Feris” del 15/10/19 lo llamo PRESUPUESTOS MATERIALES en el párr. 92 y en el párr. 93 sostuvo: “(...) para (...) la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito.”

Desde la CIDH, hubo un cambio de postura, ya que el Informe 2/97 del 11/3/97 mencionaba como requisitos de existencia de riesgo procesal cuatro supuestos: riesgo de fuga, riesgo de entorpecimiento, riesgo de reiteración delictiva y repercusión social del hecho, pero al poco tiempo, el 12/11/97 el fallo de la Corte Interamericana “Suarez Rosero” sólo admite riesgo de fuga y riesgo de entorpecimiento, perdiendo virtualidad los otros dos supuestos. Lo cierto es que para el 2008 la Comisión Interamericana consolida tal criterio en los “Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas”, y en el Ppio. III.2, párr. 3 dice: “(...) sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia (...)”. En 2017 lo vuelve a decir en el “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” Rec. B.2 “(...) La privación de libertad de la persona imputada debe tener un carácter procesal, y en consecuencia, sólo puede fundamentarse en sus fines legítimos, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. Incluso en el informe 86/09 de “Peirano Basso” del 6/8/09 fue más allá y en el párr. 84 mencionó que se deben desechar los criterios de peligrosidad del imputado, reiteración delictiva o repercusión social del hecho para fundamentar la prisión preventiva. Se ve cómo la Comisión abandonó la doctrina del Informe 2/97.

El fallo “Suarez Rosero” en el párr.77 establece el criterio de riesgo procesal, sólo respecto de la fuga y el entorpecimiento y declara que la “prisión preventiva” es una

medida cautelar no punitiva. Pero en el fallo “Canese” del 31/08/04, párr. 129 incluye la reiteración delictiva como criterio legitimante. Habiéndose salido del criterio que mantenía, a los pocos días -el 7/9/04- se rectifica en el fallo “Tibi”, y en el párr. 180 reproduce el párr. 77 de “Suárez Rosero”. Este es el criterio que mantiene hasta la fecha. Es interesante la sentencia “Norín Catrimán” del 29/5/14 porque menciona que la legislación chilena utilizaba la fórmula “peligro para la seguridad de la sociedad” para legitimar la prisión preventiva, el problema era la amplitud de tal criterio, porque sí bien incluía fines legítimos (riesgo de fuga y de entorpecimiento) también podía incluir fines no cautelares como la reiteración delictiva o repercusión social. Entonces, si bien las normas chilenas no eran *per se* contrarias a la CADH, porque podían ser interpretadas acordes a ella, debían ser aplicadas buscando un fin procesal. Por ello en el párr. 464, no ordena cambiar la legislación interna, sino que le recuerda a las autoridades judiciales hacer una interpretación de las mismas acorde a los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte.

En definitiva, desde antaño, tanto Corte como Comisión sólo admiten el riesgo de fuga y riesgo de entorpecimiento como criterios legitimante para dictaminar una prisión preventiva. En el caso que el Estado no respete estos dos requisitos incurrirá en responsabilidad internacional.

“Prisión Preventiva en la Provincia de Buenos Aires”

En 1997 se produjo una reforma procesal en el ámbito provincial, cuando se promulgó la Ley 11.922 que regula el procedimiento actual en materia penal y es de corte acusatorio. Anteriormente regía un sistema inquisitivo regulado por la Ley 3.589 y sus modificaciones. La Ley 11.922 intentó constituir un proceso que favoreciese a superar los grandes problemas por los que transitaba la justicia bonaerense en ese entonces, desde el abarrotamiento de causas y la demora del proceso para llegar a la sentencia, hasta la hiperpoblación carcelaria. Además, producida la Reforma Constitucional de 1994 que le daba rango constitucional a determinados Tratados Internacionales, el proceso inquisitivo de la Ley 3.589 se contraponía a las garantías individuales incorporadas⁸. Estas garantías, que también fueron incorporadas a la Constitución bonaerense, “(...) son los límites [...] a la actividad represiva del Estado en virtud de que ésta, de otro modo, por su entidad y los poderes que dispone, tendría necesariamente efectos devastadores y brutales para la dignidad de los hombres afectados a la misma (...)”⁹.

En esta situación, se acogió un nuevo proceso penal basado en el sistema acusatorio y preferentemente oral y que se ajusta a los estándares constitucionales e internacionales. Por ello la reforma procesal de 1997 involucró los siguientes cambios (entre otros): el traslado de la dirección de la investigación penal preparatoria al fiscal de instrucción, colocando a la acusación

⁸ Constitución Argentina, art. 75 inc. 22.

⁹ (Granillo Fernandez & Herbel, 2009, pág. 3)

y a la defensa en paridad de condición dentro del proceso (propio de los sistemas acusatorios), se instauró la oralidad de los actos procesales, se incorporaron dispositivos y directrices para acelerar al procedimiento, pero manteniendo a salvo las garantías del imputado, se introdujo el juicio abreviado como un procedimiento especial, para agilizar y resolver de manera anticipada algunos casos. También se introdujo la figura del juez de Garantías, que no se expide sobre responsabilidad penal, sino que es el encargado de vigilar el respeto de los derechos y garantías que le pertenecen a las partes intervinientes durante la investigación penal preparatoria. Además se incorporó al código el sistema de excarcelación y eximición de prisión, reconociendo que el principio es la libertad del investigado durante el procedimiento y la prisión preventiva, la excepción.

Ahora bien, la realidad imperante de la Argentina en la primera década del año 2000, con el aumento en índices y recrudescimientos de delitos en la Provincia de Buenos Aires, el Código Procesal Penal provincial ha sido modificado por distintas leyes, según los gobiernos de turno y la política criminal que manejaban. Los gobiernos de turno se inclinan a implementar “políticas de mano dura” basados en el razonamiento de que la inseguridad va a disminuir, sí disminuyen los delincuentes en las calles. Además, la sanción de leyes penales más severas es el estandarte de los gobiernos para demostrar iniciativa y eficiencia en la lucha contra la inseguridad frente a una sociedad angustiada. Ejemplo de lo mencionado es la reforma legislativa de 2004, por las leyes 13.177 y 13.183 como respuesta al “fenómeno Blumberg”¹⁰, la primera norma agravaba la situación procesal y carcelaria de los detenidos por delitos cometidos contra la integridad sexual, mientras que la segunda norma ampliaba el catálogo de supuestos que impiden la excarcelación mientras se transita el proceso, fundado en la naturaleza del hecho investigado. Estas reformas provocaron el aumento exagerado de prisión preventiva, ocasionando el aumento de la sobrepoblación carcelaria, la mayoría de ellos presos preventivos y encarcelados en condiciones de detención crueles¹¹. Sin mencionar el fracaso de tales políticas que buscaban solucionar la problemática de la inseguridad en la provincia, según manifiesta el informe del 2005 de CELS, que utilizó los datos emanados del “Servicio Penitenciario Bonaerense” y del “Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires”, y compara la evolución entre el índice de delitos y la cantidad de personas encarceladas durante el periodo de 1990 a 2004 poniendo en evidencia un desarrollo independiente de ambas variables.

¹⁰ Luego del secuestro y asesinato de Axel Blumberg el 17/03/2004, su padre Juan Carlos Blumberg inició una campaña social exigiendo al Estado una reformas legislativas que incrementara los montos de las penas y así frenar la ola de inseguridad. Dado el gran movimiento social generado (se realizaron múltiples y multitudinarias marchas frente al Congreso de la Nación), los legisladores accedieron a este pedido, aumentaron las penas y endurecieron las leyes penales.

¹¹ “En noviembre de 2004 en la provincia de Buenos Aires el 80% de la población privada de la libertad eran procesados, el 7% se encontraban procesados en 1° instancia, el 2% sobreseídos y apenas el 11% eran penados” (CELS, 2005, pág. 157).

- **Fallo “Verbitsky”**

Frente a la problemática estructural, penal, social y de vulneración de derechos humanos en las comisarías y cárceles bonaerenses, el 15 de noviembre de 2001, una iniciativa de la ONG CELS (a través de su representante legal Horacio Verbitsky), abrió el camino para la presentación del caso, caratulado “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, resuelto el 3 de mayo de 2005 por la “Corte Suprema de Justicia de la Nación” (Fallos 328:1146). Fue un habeas corpus colectivo y correctivo interpuesto en defensa de las personas detenidas en comisarías y cárceles de la Provincia.

CELS afirmaba que existía superpoblación y como consecuencia, las personas privadas de su libertad, padecían hacinamiento. Habiendo capacidad para 3.178 detenidos, alojaban 6.364 (según información del mes de octubre de 2001) y esta situación se agravaba en el conurbano bonaerense, donde 5.080 presos ocupaban 2.068 camas. Afirmó que las celdas se encontraban en un “estado deplorable de conservación e higiene”; que carecían en general de “ventilación y luz natural”. “La humedad y el calor eran agobiantes”. No contaban con “ningún tipo de mobiliario”, por lo que todas las actividades diarias como comer o dormir se llevaban a cabo los presos eran llevadas desarrolladas en el suelo. Los baños no eran suficientes para todos los internos y además, no se garantizaba una alimentación saludable de los detenidos. Sostuvo también que existía un gran riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas y que aumentó significativamente la incidencia de casos de violencia física y sexual entre los mismos presos.

Este caso fue uno de los primeros que admitió la figura de *amici curiae*, dada la trascendencia institucional y el interés social que despertaba. Fueron ocho organizaciones nacionales e internacionales presentaron memoriales en carácter de amigos del tribunal, aportando argumentos de derecho y jurisprudencia internacional relacionados con el caso en estudio, entre ellos la “Comisión Nacional de Juristas”; la Organización “Human Rights Watch”, la “Organización Mundial contra la Tortura” y la Asociación Civil “Casa del Liberado” de Córdoba.

En 2005 la CSJN dicta sentencia haciendo lugar a la acción de Hábeas Corpus, con votos divididos. En un extensísimo fallo, la “Corte Suprema de Justicia de la Nación” impuso un piso mínimos sobre las condiciones en las que debe alojarse a los presos, condenados o preventivos y ordeno tanto a la “Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”, como a los tribunales de primera instancia, a que revisen y remedien las condiciones indignas de detención de los detenidos a su disposición. Por ejemplo, consideró que es especialmente intolerable que menores y enfermos estén detenidos en comisarías.

Además, la Corte Suprema aconsejó al poder Ejecutivo y Legislativo provincial a revisar la regulación del instituto de la excarcelación y la ejecución penitenciaria, y para ello debían tener en cuenta la legislación nacional en la materia ya que prima facie, tal como lo tenían regulado, incumplirían con los estándares constitucionales e internacionales relevantes.

Es importante destacar que en las audiencias públicas llevadas a cabo ante la Corte, el Ministerio de Justicia Provincial presentó un informe sobre el estado de situación de las personas detenidas, del que se desprende la existencia de un gran incremento en el número de procesados (que representan un 75% del total de los detenidos), y que en parte, se atribuye al abuso en la utilización de la prisión preventiva y la demora en la tramitación de los juicios.

Como consecuencia de este fallo se sancionó la Ley provincial nº 13.449 (BO 17/03/2006), que vino a modificar (una vez más) el proceso penal en lo respectaba a las “medidas de coerción” personal sobre el procesado durante la investigación penal, ampliando las garantías constitucionales. En los fundamentos de la ley el legislador admitió el fracaso de la política criminal de mano dura, ya que a pesar de dictar prisión preventiva de manera desmedida no se logró bajar el índice de criminalidad, por el contrario agravó la situación al mantener a un 75% de los presos “sin condena”, en condiciones inhumanas. Por ello, el objetivo de esta ley fue adaptar, de acuerdo a la directiva de la CSJN, las normas procesales a los estándares planteados en el bloque constitucional.

Pero como ya se mencionó, las políticas criminales de tuncas impidieron continuar en la misma línea de la “Ley 13.449” y en 2008 se volvió a modificar el “Código Procesal Penal” con la sanción de la “Ley 13.943”, con la que se circunscribió la posibilidad de aplicar medidas alternativas y morigeradas de la prisión preventiva a casos “excepcionales y por cuestiones humanitarias”. En 2010 se dictó la “Ley 14.128” que estableció que “en caso de concurso real”, la “excarcelación” procede sólo si la pena aplicable no supera el monto de ocho años de prisión, manteniendo el “criterio de la pena máxima en expectativa para decidir la excarcelación”, en vez de los peligros procesales que, según la “Constitución Nacional, Tratados Internacionales y la Constitución provincial”, deberían ser los “únicos fundamentos” para cercenar la libertad durante la investigación penal. La consecuencia se observa en los tribunales, cuando se aplica casi de manera automática la “prisión preventiva” fundamentada en criterios subjetivos (rasgos personales del imputado), sin motivarla en la existencia de peligros procesales.

“Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”

El Código manifiesta que la regla es “la libertad del imputado” durante el procedimiento penal, y ésta sólo puede ser restringida cuando fuese necesario para encontrar la verdad, para que se desarrolle el proceso o se asegure la aplicación de la ley, es decir, cuando se presenten los “peligros procesales” integrado por “peligro de fuga o entorpecimiento del proceso”.

El juez debe tener en cuenta distintos indicadores a los fines de dictar cualquier medida de coerción personal durante la investigación penal, independientemente de ser “arresto, citación, detención, incomunicación, aprehensión sin orden judicial o flagrancia”. Tales indicadores son:

- La verosimilitud del hecho, es decir, que el sujeto que verá afectados sus derechos tiene aparente responsabilidad

- Peligro cierto del fracaso de los fines del proceso en el caso de no adoptar la medida.
- Proporcionalidad entre la medida de coercitiva y el objeto protegido.

El artículo 147 por su parte, establece que en el caso de desaparecer alguno de los indicadores, el juez “podrá” disponer el levantamiento de la medida de coerción. Es importante destacar que dejó a arbitrio del juez la posibilidad hacer cesar la medida o morigerarla, pero dada la excepcionalidad de la misma, debió ser obligatorio para el juez tomar tal decisión frente a la desaparición de alguna de esas condiciones.

Por otro lado, en el artículo 148 el legislador cataloga indicadores que el tribunal debe tener en cuenta para fundamentar riesgos procesales: *“la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos, que hubiere gozado de excarcelaciones anteriores que hicieran presumir (...)”* la posibilidad del fracaso de los fines del proceso.

El mismo artículo del Código establece que para valorar el **“peligro de fuga”** el juez debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) *“El arraigo en el país del imputado”*, ese arraigo estará constituido por un domicilio fijo, o residencia habitual, debe analizarse si su familia se encuentra asentada, si tiene trabajo o si tiene facilidades para huir del país u ocultarse.
- b) *“La pena que se espera como resultado del procedimiento”* en caso de condena, o lo que es lo mismo, pena en expectativa, pero esta consideración no da certezas de un peligro cierto en el fracaso de los fines del proceso, es un contra fáctico y así lo sostiene autores como Granillo Fernández y Herbel.
- c) *“La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente frente a él y a su víctima eventual”*.
- d) *“El comportamiento del imputado frente al proceso o en otro procedimiento anterior en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal”*.

A su vez, para valorar el **“peligro de entorpecimiento”** se deberá tener en cuenta la *“grave sospecha”* de que el procesado:

1. *“Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.*
2. *Influirá para que coimputados, testigos o peritos que vayan a declarar en la investigación para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.*
3. *Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.”*

Ley 11.922 dio un gran avance en materia penal, ya que reguló la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la “prisión preventiva”, en concordancia con lo establecido por Tratados Internacionales de rango constitucional, porque permite alternativas al encarcelamiento del imputado, pero a su vez cumple con el objetivo de asegurar el proceso. A lo largo del tiempo se

sucedieron distintas reformas que fueron limitando el campo de aplicación de tales medidas, hasta reducirlas para tres supuestos sumamente excepcionales:

- Imputados con edad superior a los 70 años
- Imputados que sufrieran una enfermedad incurable en fase terminal
- Mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años

Es importante remarcar que tales limitaciones impuestas por el artículo 159 del “Código Procesal Penal” es contrario al “principio de inocencia” porque sí se tiene en cuenta que aún no se ha condenado, cualquier medida de coerción personal debería intentar ser lo menos gravosa posible para la persona. Si un juez puede excarcelar a un imputado, debería necesariamente poder moderar la detención preventiva del imputado, independientemente de su edad, su sexo, o de que la mujer imputada se encuentre o no embarazada. Por lo tanto, el legislador redactó una norma que provoca una situación errada, puesto que si existe un mínimo riesgo procesal que bien pudiese neutralizarse con una medida coercitiva de menor entidad que la prisión preventiva, por ejemplo prohibición de salir del país o prisión domiciliaria monitoreada, el juez se vería impedido de dictar tal medida, y solo contaría con dos posibles alternativas, opuestas entre ellas, la primera sería dejar en libertad al imputado, mientras la segunda es mantener al imputado detenido mientras se lleva a cabo el proceso. Es una disposición legal restrictiva para el juez que provoca una inversión de la regla, esto es, aplicar prisión preventiva, a excepción de los casos de escasa entidad donde la pena en expectativa no es de prisión efectiva y para los casos catalogados en el art. 159.

Además el art. 163 establece que “(...) fuera de los supuestos enumerados en el artículo 159, la morigeración podrá ser concedida excepcionalmente (...)”. Esto se encuentra en noble contradicción con el art. 144 que establece la regla de permanecer en libertad durante el proceso y que sólo excepcionalmente se podrá restringir esa libertad, en caso de que exista peligro procesal. Mientras el artículo 163 establece que sólo excepcionalmente un juez podrá atenuar la coerción personal, el artículo 144 establece que sólo excepcionalmente se podrá restringir la libertad de una persona. Por lo tanto, los jueces estarán habilitados para excarcelar o eximir de prisión a un imputado, pero no podrían disponer “una medida de coerción menos lesiva que la prisión preventiva”. Esto contradice el principio lógico de que “si se puede lo más, se puede lo menos”, sin mencionar la vulneración del bloque constitucional, expresamente el “art. 18 de la Constitución Nacional”, que consagra el “principio de inocencia”, como el artículo 9.3 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” al disponer que “(...) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (...)”. También está en pugna con los establecido por la “Corte Internacional de Derechos Humanos” en el Caso Suárez Rosero (párr. 77) donde ha precisado que “(...) de lo dispuesto en el art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente

necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

“Código Procesal Penal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

El nuevo CPP endurece el “régimen de prisión preventiva”, ya que el art. 170 establece que para determinar si existe peligro de fuga, agrega como factor a tener en cuenta el pedido de la fiscalía de pena de prisión de efectivo cumplimiento, además de otras cuestiones formales que no tienen que ver con las cuestiones objetivas sobre el verdadero peligro de fuga a partir de la conducta del acusado. Esto es contrario a los estándares constitucionales y del “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” y es lo que se está empezando a verificar en distintas jurisdicciones: ya no se discuten cuestiones objetivas sino meras presunciones.

En el fallo Plenario N° 13, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de casación”, del 30 de octubre de 2008, la Jueza Ángela Ledesma en su voto sostuvo: *“(…) Por imperio constitucional es el Estado quien debe demostrar que existen razones que hacen necesario encerrar a una persona durante el proceso y no, como sucede actualmente, donde se invierte la carga de la prueba y se exige al imputado que demuestre que no eludirá o afectará el accionar de la justicia (…). Se debe garantizar que la medida restrictiva observe los principios de: un mínimo de prueba de culpabilidad, excepcionalidad, interpretación restrictiva, proporcionalidad, gradualidad y subsidiaridad en la aplicación, judicialidad, provisionalidad y favor libertatis”.*

En esta misma línea de ideas, declara que el “derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación” de un procedimiento penal (emanado de la Constitución Nacional), solo puede restringirse en situaciones excepcionales y cuando el juez considere que existen *“causas ciertas, concretas y claras”*, fundamentado en el *“alto grado de probabilidad o un estado de probabilidad prevaleciente”* de que el “imputado evitará la acción de la justicia” (peligro de fuga), o de que obstaculizará la investigación de la verdad, y para que el tribunal así lo determine, debe tener en cuenta *“circunstancias objetivas y ciertas”* que, en concreto, permitan concluir que existe un riesgo procesal y que existe la necesidad de tomar una medida de coerción acorde. La valoración de la existencia de peligro procesal está a cargo del juez exclusivamente y no se presume de lo contrario se vaciaría de contenido tal exigencia y podría dictarse la prisión preventiva aun cuando no existiese peligro procesal alguno. Incluso, en su voto, la jueza menciona que en el proceso penal existen herramientas destinadas a garantizar el cumplimiento de la ley sustantiva como fin último del proceso. Por ejemplo, si la única causal que habilita el dictado de “prisión preventiva” es el “peligro de fuga”, el juez puede tomar medidas alternativas para asegurar la comparecencia del imputado, como las fianzas o, en casos extremos, la prohibición de salida del país o prisión domiciliaria. No cualquier circunstancia que pueda denotar algún tipo de riesgo procesal (como no dar a conocer la verdadera identidad o mentir en el domicilio) exige necesariamente la imposición de la medida cautelar más gravosa con la que cuenta el ordenamiento jurídico. La prisión preventiva sólo debe ser utilizada cuando otras medidas cautelares no fueran suficientes,

en el caso concreto, para asegurar razonablemente los fines del proceso. No se trata de la simple constatación de las condiciones por la que automáticamente se presume el peligro procesal sino que debe poder argumentarse que desde esas condiciones puede extraerse el peligro procesal.

Límites temporales del encarcelamiento preventivo

El art. 7.5 de la CADH reza: *“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*, y existe en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país consenso unánime en sostener que la prisión preventiva de una persona no puede tener una duración indefinida sin arribar a un juicio definitivo respecto de la imputación levantada en su contra, a riesgo de invertir el sentido del principio de inocencia y so pena de incurrir en una pena anticipada constitucionalmente prohibida. En este sentido la Ley N° 24.390 (modificada por Ley N° 25.430), sobre "Plazos de la prisión preventiva", y que es reglamentaria del mencionado art. 7.5 de CADH, establece en su artículo 1° que: *"La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor"*. Pero resulta correcto señalar que el denominado "plazo razonable" de duración de esta medida cautelar no puede traducirse a priori en una cantidad de tiempo (meses o años) determinado, porque un encarcelamiento cautelar puede tornarse irrazonable en un lapso temporal menor, según las particularidades del caso concreto. Es decir, que la razonabilidad o no en el mantenimiento de esta medida de coerción, debe ser analizada en cada caso concreto conforme sus singularidades, teniendo en cuenta la gravedad del hecho endilgado, el riesgo procesal, la calificación legal, la pena en expectativa, la conducta del imputado, el estado avance de la investigación penal, etc. y de acuerdo a los "principios de razonabilidad y proporcionalidad" que limitan este instituto, el plazo, en ningún caso puede ser superior a los lapsos temporales fijados por la ley citada. Una vez cumplido dicho plazo, el imputado debe ser puesto en libertad o sustituirse el encarcelamiento preventivo por una medida menos gravosa, aunque el riesgo procesal subsista, ya que sí hubiere desaparecido, desaparecería también el presupuesto cautelar que legitima la prisión preventiva y su cese se impone por esta razón. Pero la subsistencia del peligro procesal, no autoriza una prolongación indeterminada del encarcelamiento preventivo.

Pero existe consenso doctrinario y jurisprudencial unánime en sostener que la prisión preventiva posee la naturaleza jurídica de una medida cautelar no punitiva y, por lo tanto, solo se legitima en atención a la finalidad que persigue, que es asegurar los fines del proceso penal frente a ciertos riesgos procesales. Para valorar su procedencia en atención a estos peligros procesales

que se procura asegurar, la gravedad del delito y la pena en expectativa como asimismo ciertas situaciones relativas a la investigación pueden aparecer como razonables para aplicar la prisión preventiva. Aun así, la dilación desmedida de este instrumento de coerción cautelar asentada en el fundamento de la gravedad del delito y/o de la personalidad del imputado terminan modificando su naturaleza meramente cautelar para transformarla en una especie de pena anticipada o medida sancionatoria constitucionalmente prohibida pues vulnera el art. 18 de la “Constitución Nacional” desde que no se ha desvirtuado el estado jurídico que goza todo imputado. La prolongación fuera de un plazo razonable de la prisión preventiva con un presunto fundamento en la gravedad del delito o en la severidad de la pena esperada, invierte el estado jurídico de inocencia constitucional y pasa de ser una presunción de inocencia a una presunción de culpabilidad, lo que viola palmariamente el artículo mencionado y la garantía del juicio previo en materia penal.

El tratamiento de la “Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal Federal”.

En Febrero de 2019 entró en vigencia el Código Procesal Penal Federal, y dado que su aplicación en el territorio de la Nación será gradual y actualmente tiene plena vigencia en las provincias de Salta y Jujuy, el resto de la justicia Argentina se rige por el “Código Procesal Penal de la Nación”. Pero respecto de la prisión preventiva, para evitar situaciones de palmaria desigualdad, existe una implementación normativa en todo el territorio nacional de los artículos “210, 221 y 222”.

El “Código Procesal Penal de la Nación”, art. 312 establece que el Juez puede ordenar la “prisión preventiva” de un sujeto al momento de dictar el “auto de procesamiento”, y solo en dos supuestos:

- a) Sí el delito atribuido anticipa una “pena privativa de libertad”, y no procede una “condena condicional”
- b) A pesar de prever una “pena privativa de libertad” que admite la ejecución condicional, existe “excarcelación o exención de prisión”).

Fueron los Tribunales, a través de distintos fallos, los que delimitaron el alcance de la “prisión preventiva”, dada la polémica redacción del citado artículo. La Jurisprudencia, por otra parte, fue uniforme al establecer que para el “dictado de la prisión preventiva” no solo debe evaluarse la pena en expectativa, sino también las circunstancias previstas en el art. 319 del CPPN para la “denegación de la excarcelación o exención de prisión”¹².

Al ser las únicas pautas contenidas en el “Código Procesal Penal de la Nación”, y no determinar qué era “riesgo de fuga” o “entorpecimiento de la investigación”, quedaba al arbitrio de cada Juez.

¹² Art. 319 CPPN: “Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”.

Por lo tanto se provocó que el instituto de “prisión preventiva” no tuviese una aplicación uniforme, al valorar de distinta maneras las pautas de riesgo procesal.

Ahora bien, con la sanción de la “resolución 2/19, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal” estableció la implementación de los artículos 210 y siguientes, entre otros. El propósito de la Comisión, tal cual surge de la resolución, consistió en “fijar pautas concretas y precisas” que regulen la coerción personal del imputado durante el proceso.

El artículo 210 del CPPF habilita al Fiscal y a la querrela a “solicitar al Juez las distintas medidas de coerción enumeradas, con el fin de asegurar la sujeción del imputado al proceso y la eficacia de la investigación”. El Juez podrá hacer lugar al pedido de “prisión preventiva”, siempre y cuando las otras nueve medidas detalladas previamente, hayan demostrado no ser suficientes para asegurar el proceso. Esta norma entonces elimina cualquier tipo de duda sobre los siguientes aspectos:

- El principio de excepcionalidad de las medidas de coerción implica que sólo es posible aplicar privación de la libertad carcelaria como excepción y sólo, y sólo si, el resto de medidas de coerción del catálogo no resulta eficaz para neutralizar el peligro procesal que tiene que ser acreditado en el caso concreto a través de circunstancias objetivas. De esta manera, también, obliga a seleccionar siempre la medida de coerción menos gravosa posible.
- Las medidas de coerción (cualquiera, incluso las que no son privativas de la libertad) sólo pueden ser dictadas si existe peligro procesal. Esto implica que ya no pueden resultar aplicable una medida de coerción ante la ausencia de peligro procesal, por ejemplo, para transformar una prisión preventiva en una caución “por no existir peligro procesal”. Si no existe peligro procesal, no puede existir ninguna medida cautelar.
- En virtud de que rige el “principio de legalidad” en materia de medidas de coerción y el legislador ya ha tomado la decisión de concretar este catálogo de medidas entonces, no es posible imponer otra medida no identificada en los incisos a) a k) de esta norma, ni fuera de los requisitos expresamente previstos en la norma, y por supuesto, ello no puede ser utilizado como excusa para privar de la libertad.
- Las medidas no pueden ser impuestas de oficio por el juez, por la vigencia del principio acusatorio (CN, 120, CPPN, 5). Así lo estipula la norma cuando establece que son los acusadores quienes requieren la imposición de una medida por la existencia del riesgo procesal.

Por su parte, los artículos 221 y 222, enumeran de forma exacta las condiciones que deben ser verificadas en todo proceso para poder presumir la “existencia de peligro de fuga” o “entorpecimiento de la investigación”. Operadores jurídicos señalan que las normas citadas, eran criterios que ya se venían aplicando por los antecedentes jurisprudenciales de la “Corte Suprema de Justicia” y los máximos tribunales argentinos. Además el propio CPPN en los arts. 312 y 316

prevén la pena en expectativa elevada como indicio de peligro procesal y la posibilidad de condena de ejecución condicional, mientras que el artículo 319 refiere al hecho y sus características, la posibilidad de reincidencia, excarcelaciones anteriores. El arraigo, luego de Diaz Bessone en el sistema federal ya fue recogido como criterio para evaluar el peligro de fuga, lo mismo que brindar datos verídicos sobre identidad y domicilio. Sí debe notarse que el estándar para el riesgo entorpecimiento resulta más elevado que para el peligro de fuga. Así establece el artículo 222: “... se deberá tener cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado...”; a diferencia del artículo, 221 que sólo establece: “... se deberán tener cuenta, entre otras, las siguientes pautas...”. Otra novedad es que entre los indicios de entorpecimiento no es encuentra previsto el monto de la pena en expectativa, como sí se establece como indicio para la evaluar la posibilidad de fuga.

De todas maneras debe reconocerse la incorporación de pautas claras sobre el instituto y que sin lugar a dudas, daban lugar a interpretaciones subjetivas por parte de los Magistrados, por lo tanto esta reforma permiten poner un “límite a la discrecionalidad” de los Jueces a la hora de restringir la libertad de los imputados durante el proceso. Los magistrados deberán justificar minuciosamente sus decisiones. En primera instancia, deberán motivar por qué “no resultan aplicables” el resto de las medidas alternativas previstas; y en segunda instancia, deberán explicar por qué consideran que existe “peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación” de acuerdo a las pautas contenidas en los arts. 221 y 222, así no deja lugar a dudas del carácter excepcional y de *última ratio* de la “prisión preventiva”.

Sin la fundamentación de las medidas y las condiciones, establecidas en el nuevo ordenamiento procesal, la resolución judicial carecerá de validez absoluta por resultar arbitraria.

La novedad más significativa se encuentra en las personas habilitadas para solicitar la “prisión preventiva”, ya que el art. 210 parece indicar que sólo pueden hacerlo el fiscal y la querrela. Esta facultad era del Juez al momento de “dictar el procesamiento” (art. 312 CPPN). El artículo 209 del CPPF –y que no entró en vigencia- establece que el Juez no podrá imponer esta medida de oficio, por lo tanto, no está claro si el Juez esta posibilitado a dictarla de oficio o no.

Pandemia por COVID-2019¹³

El 31 de diciembre de 2019 se le informó a la OMS que en la ciudad de Wuhan, en la República Popular de China se estaba produciendo un brote de “neumonía vírica” producido por un nuevo coronavirus identificado como SARS-CoV-2. Se trataba de una nueva enfermedad, y que en su mayoría los pacientes infectados por el virus presentaban problemas respiratorios leves a moderados y se recuperaban sin necesitar un tratamiento específico, pero sí esta enfermedad afectaba a individuos mayores o con cuadros médicos previos como pacientes con afecciones cardiovasculares, diabéticos, o con enfermedades respiratorias crónicas, como asma, el cuadro inicial tenía grandes probabilidades de tornarse grave.

Ahora bien, sin entrar en mayores consideraciones técnicas sobre la enfermedad, lo que interesa a los fines de este trabajo son las recomendaciones que hace la OMS, organismo máximo en temas de salud a nivel mundial, sobre cómo prevenir y frenar la transmisión de este virus, que a Julio del 2021 provocó 185,5 millones de casos y 4.011.889 muertes, y específicamente en Argentina se superó las 100.000 muertes por esta causa.

Este Organismo Internacional indica que la mejor manera de hacer frente a la pandemia es con información clara sobre el virus, la enfermedad que causa y la forma en que se propaga. Además recomienda la higienización de manos usando gel hidroalcohólico frecuentemente y evitar tocarse la cara, porque el virus se propaga principalmente por gotículas de saliva o secreciones nasales cuando el sujeto infectado (con síntomas o no) tose o estornuda lo que hace necesario el uso de barbijo o tapabocas tanto de los sujetos enfermos como de aquellas personas sanas para evitar el contagio. Con el mismo objetivo recomienda mantener el distanciamiento social, ventilar bien las habitaciones, evitar las aglomeraciones y contacto estrecho con otras personas, higienizar las manos y, al toser, cubrir la boca y nariz con el codo flexionado o con un pañuelo. Es interesante señalar que se debería guardar al menos 1 metro de distancia entre las personas, a fin de reducir su riesgo de infección cuando otros tosen, estornudan o hablan. Esa distancia aumenta en espacios interiores. Por otra parte la OMS indica que se debe reforzar la seguridad del entorno, para ello debe evitarse las 3 “C”, esto es: espacios cerrados, congestionados o que impliquen contacto cercano, dado que se registran brotes en lugares abarrotados, insuficientemente ventilados en los que pacientes enfermos pasan mucho tiempo juntas y de manera cercana con personas sanas. Los lugares interiores pequeños y que carecen de circulación del aire exterior son menos seguros. Es clave la ventilación natural de lugares cerrados o con gran cantidad de personas y las normas básicas de higiene, entre ellas está el lavado periódico y cuidadoso de manos con gel hidroalcohólico o agua y jabón, eliminando

¹³ (OMS, 2020)

gérmenes, incluidos los virus, además de limpiar y desinfectar frecuentemente superficies en especial lo que se toca con regularidad.

Situación carcelaria previa a la pandemia

Con fecha 25 de marzo de 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dictó la Resolución 184/2019 que decreta la Emergencia carcelaria por 3 años. En los considerando de esta resolución reconoce una superpoblación carcelaria de 12% y así mismo remarca que se prevé que tal cifra se incremente por las políticas de seguridad pública. Reconoce que el 57% de la población carcelaria se corresponde con personas sin condena y que esta situación se mantiene en el tiempo por la demora de los procesos penales. Por otra parte menciona que si bien existe cupo en la capacidad de alojamiento, no se le puede dar cumplimiento por la disposición de permanencia que impide el traslado de detenidos a otros establecimientos penitenciarios ubicados en el interior de país. Es importante señalar que el mismo decreto establece que la Ley 27.272 que implementa un procedimiento específico para los delitos en flagrancia aumentó considerablemente el incremento de ingresos en las Alcaldías metropolitanas y el Centro de Detención, que ronda en promedio mensual a 700 personas y que aguardan alojadas el traslado a Establecimientos Penitenciarios que se encuentran abarrotados, provocando largas estadías en centros que deberían ser de tránsito y no ofrecen condiciones mínimas de higiene y salubridad. Es por ello que además de destinar grandes inversiones a infraestructura carcelaria y conformar una Comisión de Emergencia en Materia Penitenciaria, con el objetivo de estudiar la situación carcelarias y propongan políticas públicas para solucionarla, es que se promueve la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa para grupos vulnerables. A estos efectos se promovió el uso de mecanismos de vigilancia electrónicos, aumentando el servicio de control y rastreo electrónico de personas imputadas o condenadas. Si bien este mecanismo data del 2016 con la resolución M.J y D.H N°86, la Resolución RESOL-2016-808-E-APN-MJ fija un orden preferencial para asignar tales dispositivos para personas que se encuentren en condiciones vulnerables. A lo largo de los años se ha ido incrementando la licitación de servicios diarios de supervisión, monitoreo y rastreo.

Prisión Preventiva en tiempos de Pandemia

El día 24 de abril de 2010 en el CPF de CABA se llevó a cabo una importante medida de fuerza llevada a cabo por los internos del establecimiento que reclamaban dos cuestiones principales, por un lado la falta de respuesta de la justicia frente a los múltiples pedidos de arresto domiciliarios del denominado grupo de riesgo y la demora en las entregas de los informes médicos elaborados por el complejo penitenciario, que eran requeridos por los tribunales, por otro lado la falta de información respecto de las medidas necesarias para hacer frente al COVID-19 y el incumplimiento del SPF en tomar medidas para mejorar las condiciones sanitarias a los efectos de prevenir contagios. Frente a esta situación y para prevenir las réplicas en otros establecimientos penitenciarios es que se conformó una mesa de dialogo entre el MJyDH de la

Nación, el Ministerio de Salud, Miembros del Poder Judicial, Organizaciones civiles y algunos presos designados como referentes. Se llegó a una serie de acuerdos con el compromiso de dar información regular sobre el avance de la pandemia, conformar un equipo de trabajo encargado de gestionar e impulsar los trámites administrativos y judiciales de los grupos de riesgo, y la promesa de trabajar en la reforma normativa sobre el tratamiento sobre presos privados de libertad (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2020).

Según datos del “Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena” (SNEEP) del 2018, el 46% de las personas detenidas se en calidad de procesados. En un informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación del 18/10/2019 se pone de manifiesto: *“La persistencia de los/las presos/as preventivos/as debe ser comprendida como un rasgo del mal funcionamiento del sistema penal argentino y del sistemático incumplimiento de las garantías constitucionales. Pero, además, se trata de un fenómeno que requiere urgente intervención, en especial en el actual contexto de Emergencia en Materia Penitenciaria, recientemente declarada por el Ministerio de Justicia y DDHH”* (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2019).

Es importante señalar que el mismo informe del SNEEP al que se hizo referencia *ut supra*, registra que la mayoría de delitos son de corte no violentos o leves y los indicadores muestran que en muchos casos la privación de la libertad es probablemente reversible.

La “Comisión Interamericana de los Derechos Humanos” declaró su inquietud por la situación de los presos en el actual contexto de pandemia y por ello comprometió a los Estados de la región a que sea una prioridad evaluar la aplicación de medidas alternativa al encarcelamiento de los denominados grupos de riesgo y para aquellos que estén prontos a cumplir la condena, en este razonamiento, cuanto más importante para aquellas personas que están alojadas en calidad de procesados y gozan del status de inocencia. El hacinamiento producto de la sobrepoblación que acarrea una situación contraria a la dignidad humana por la deficiencia en las condiciones mínimas de detención, agravada por una atención médica precaria, hacen que la propagación del virus no sólo sea factible sino con consecuencias de magnitudes épicas. La “Regla Mandela” nº 24, establece que en los establecimientos penitenciarios: *“Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general”*, y en Argentina hay un notable predominio de las políticas de seguridad por sobre las políticas de salud.

En este contexto, el Ministerio de Salud de la Nación identificó como grupo de riesgo a personas con enfermedades respiratorias crónicas, con enfermedades cardíacas, personas con diabetes, con insuficiencia renal crónica, con Inmunodeficiencias, personas que sean pacientes oncológicos y trasplantados, personas con certificado de discapacidad, mujeres embarazadas, personas mayores de 60 años, personas con discapacidades que le expongan a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19. Cada caso se deberá evaluar y debe determinarse si es factible cuidar su salud en el centro penitenciario y para el caso de los

procesados, considerar el tiempo de pena cumplido, la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención.

Luego de la mentada medida de fuerza en el Penal de CABA, se tomaron algunas decisiones de la justicia que fueron catalogadas por el periodismo como “liberación masiva de presos” que generaron temor y desinformación en la población y que tenían como objetivo colaborar en la resolución de los problemas estructurales del encarcelamiento. Luego la Cámara Federal de Casación firmó la Acordada N° 9/20, que dispuso medidas dirigidas a disminuir contagio de COVID-19 en contextos donde se dispusieron medidas tendientes a disminuir la propagación del virus COVID-19 en condiciones de encierro y adaptarse a la pandemia. Frente a la solicitud de criterios claros para considerar medidas alternativas a la prisión, emanada de forma conjunta entre la PPN y la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación a la Presidenta de la Cámara Federal de Casación Penal, ésta presentó una acordada con reglas y recomendaciones solicitando a los tribunales a que adopten medidas alternativas al encierro cuando se trate de penas cortas, delitos leves, que se encuentren en condiciones de acceder al régimen de libertad asistida, transitoria o condicional, personas con obligaciones de cuidado, o personas que integren el grupo de riesgo. Aunque, exhortó a *“meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves, conforme normas constitucionales, convencionales y de derecho interno”*. Organismos de derechos humanos instaron a promover el régimen de progresividad¹⁴ de la ejecución penal en esta situación crítica. También se apeló a *“considerar la situación de las personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley 24.390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso; personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta; personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos; mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas.”* El objetivo de producir egresos de las cárceles, ya sea por imposición de medidas alternativas o concesión de libertades, es proteger no sólo la dignidad, la salud y la vida de los detenidos sino también de los funcionarios que trabajan en los establecimientos penitenciarios y por consiguiente al resto de la población en libertad.

En el Boletín de jurisprudencia de la “Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional” del año 2020 se manifiesta que hasta Abril de ese año no se registraron casos a los que se le haya otorgado la libertad sólo en función del riesgo que significa la pandemia por COVID-19, sino que han conjugado una serie de factores, entre ellos el cuidado de hijos/as

¹⁴ Facilitar a los condenados el acceso a “salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida”, fundamentalmente en caso de delitos no violentos o cuando reste muy poco tiempo para alcanzar tal beneficio.

menores de edad, los riesgos procesales, el tiempo transcurrido de prisión preventiva, la fecha probable de debate teniendo en cuenta el contexto de pandemia y la aplicación del nuevo CPPF. Un solo caso involucraba una condena firme, mientras que el resto eran prisiones preventivas.

Interesante es lo planteado en el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires que resuelve la Queja del Fiscal de Casación en el caso “Personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaldías y Comisarías de la Provincia de Buenos Aires S/ Habeas Corpus colectivo y correctivo”, el 11 de mayo de 2020, manifiesta que la clasificación de “delitos graves/delitos leves” del Juez de Cámara Violini resulta ambigua e imprecisa y por ello, se explican cuáles son los criterios que deben tener en cuenta los magistrados al momento de resolver medidas alternativas o morigeradoras de la prisión. Estos son:

- a. El bien jurídico vulnerado
- b. Las condiciones personales del procesado
- c. El grado de participación determinada al procesado
- d. Las modalidades de comisión del delito.
- e. El nivel de organización delictual
- f. La pena en expectativa
- g. La situación de la víctima
- h. La consideración de lugares destinados por el sistema carcelario para alojar personas con riesgo sanitario agravado.

Esta resolución parece alivianar a los jueces más reacios a conceder beneficios, y limita alternativas a los magistrados que estaban procediendo a descomprimir los establecimientos penitenciarios.

Conclusión

Habiendo analizado el marco constitucional integrado por la Carta Magna y Tratados Internacionales surgidos del seno de organismos multilaterales de los que Argentina es parte, se puede concluir que no sólo se debe adherir a los convenios, sino que debe adaptarse la legislación interna a las normas supranacionales. Pero eso no es todo, los Poderes del Estado también deben actuar en conformidad, el Poder Judicial debe aplicar la ley, en el mismo sentido y con el mismo espíritu de dichos tratados, mientras que el Poder Ejecutivo deberá velar porque los organismos a su cargo también actúan dentro del marco de constitucionalidad y con los estándares mínimos internacionales que versen sobre la materia.

No basta con ratificar un Tratado, el Estado Parte debe asumir el compromiso de adaptar toda su estructura orgánica, no sólo por la responsabilidad internacional que genere el incumplimiento, sino por el hecho de respetar los Derechos Humanos de sus nacionales. En este sentido también debe capacitarse constantemente a los operadores de justicia como a aquellos encargados de cuidar detenidos y ejecutar penas.

La información al ciudadano a través de la educación y los medios de comunicación es clave para la paz social y que el “contrato social” que planteaba Rousseau no se vea quebrantado.

Y todo lo anterior se desprende del trabajo desarrollado, puesto que Argentina fue llamada la atención en varias ocasiones por el flagrante incumplimiento de derechos humanos de las personas alojadas en establecimientos penitenciarios, tal incumplimiento es de larga data, y frente a ello no hubo soluciones inmediatas, ni al corto y largo plazo. En vez de tomar cartas en el asunto, tomó medidas tendientes a calmar el clamor social de seguridad frente al aumento de hechos delictivos y generó las medidas de “mano dura” de estados totalitarios que en la práctica prueban acabadamente que son un fracaso tanto para solucionar el problema de inseguridad como agravando una situación preexistente, que el mismo Estado reconoció al decretar la “Emergencia carcelaria”. En este sentido es que se debe informar a la sociedad que no se trata de liberar homicidas, violadores, secuestradores, corruptos o ladrones. La prisión, en CONDICIONES RAZONABLES, es justamente para ellos. De otra manera, sería enviar personas con una conducta social desviada a la “universidad del delito”, en condiciones indignas que lejos están de educar y resocializar al sujeto. En este sentido es donde cobra aún más relevancia la situación de la prisión preventiva, que como se repitió a lo largo de este trabajo es una medida excepcional cuando el resto de las medidas tendientes a proteger el proceso no sean viables. Hay una persona que goza del estado de inocencia y sólo un juez puede determinar lo contrario, durante ese periodo el sujeto debe permanecer en libertad, y el magistrado no puede restringirla por la presión social, que desde el desconocimiento o desinformación plantea la idea de la “puerta giratoria” de la justicia. Por ello es interesante lo que plantea el nuevo “Código Procesal Penal

Federal” respecto a los criterios para determinar la prisión preventiva, a pesar de que en tribunales se diga que son criterios que ya se manejaban, el reconocimiento por escrito en un cuerpo normativo hace que ya no quede al arbitrio del juez o del ánimo social, la suerte de un imputado. Ahora se cuenta con criterios claros y el juez deberá fundamentar suficientemente la medida que escoja.

Eso sí, nobleza obliga decir que el sentido de injusticia no sólo lo da una persona sospechada de cometer un delito y que esté en libertad hasta el juicio, sino lo que demora ese proceso, una justicia lenta no es justicia para la víctima, ni para sus familiares.

El Estado tiene una deuda pendiente con el pueblo argentino, tanto en dejar de utilizar el derecho penal como medio preventivo del delito y no abordar la problemática de manera interdisciplinaria con medidas a largo plazo como corresponde, y también respecto del tratamiento de personas que ya cometieron un delito.

En este último sentido, la pandemia por COVID-19, puso en el tapete tal problemática y que no puede haber más dilación en la toma de medidas que son urgentes y medidas que deben tomarse a largo plazo. Un decreto no basta para cambiar toda la idiosincrasia de un pueblo y de la práctica legislativa y judicial que por años tuvo una visión represiva y no reparadora. Esta situación sanitaria pone de relevancia los principios analizados en la “Teoría general de la Prisión Preventiva”, pues se hace necesario que los jueces frente a los nuevos hechos que ingresen apliquen el Instituto con excepcionalidad, con una interpretación restrictiva, que en el caso de duda se esté a favor de la libertad, y que la carga probatoria recaiga en el órgano judicial y que la medida preventiva sea subsidiaria al abanico de opciones que tiene el juez para proteger el proceso. Pero una vez decretada la prisión preventiva sea conforme al principio de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, con una motivación suficiente, y es necesario que se cumplan dos extremos, de prioridad de juzgamiento del “inocente” y un control periódico para analizar si hubo algún cambio en los criterios que le dieron lugar, y aquí es interesante destacar sí la pandemia y lo que provocó dentro de los establecimientos penitenciarios (suspensión de visitas, suspensión de actividades, riesgo sanitario, etc.) no provocan indefectiblemente un cambio en el “test de proporcionalidad” que verificó el juez al sopesar las cargas que sufrirá el imputado con prisión preventiva y los beneficios que le aparejan a la investigación.

Es fundamental a estos fines contar con información periódica y actualizada de la situación en la que se encuentran las personas privadas de la libertad durante esta pandemia.

Bibliografía

- "Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de casación", Acuerdo 1/08 en Plenario n° 13 (Cámara Nacional de Casación Penal 30 de Octubre de 2008).
- Alvarado, N., Villa Mar, K., Jarquín, M. J., Cedillo, B., & Forero, D. (2020). *LAS CÁRCELES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE ANTE LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19*. Obtenido de Banco Interamericano de Desarrollo: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Las-carceles-de-America-Latina-y-el-Caribe-ante-la-crisis-sanitaria-del-COVID-19.pdf>
- Binder, A. (17 de Julio de 2011). *La intolerabilidad de la prisión preventiva*. Obtenido de Revista de Pensamiento Penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/29870-intolerabilidad-prision-preventiva>
- Binder, A. (30 de Agosto de 2015). *Amicus Curiae sobre Prisión Preventiva ante la CIDH (Caso Gregorio Santos Guerrero)*. Obtenido de Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales: <https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Amicus-Curiae-Alberto-Binder-Caso-Gregorio-Santos.pdf>
- Binder, A. M. (2009). *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL*. Buenos Aires: AD.HOC.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- Bovino, A., & Bigliani, P. (2008). *ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO Y ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cafferata Nores, J. (1988). *LA EXCARCELACIÓN*. Depalma.
- Cafferata Nores, J., Montero, J., Vélez, V., Novillo Corvalán, M., Balcarce, F., Hairabedián, M., . . . Arocena, G. (s.f.). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Advocatus.
- Carranza, E. (1983). *El preso sin condena en América Latina y El Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. Costa Rica: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- Caso Romero Vs. Argentina (CorteIDH 15 de 10 de 2019).
- Caso Tibi Vs. Ecuador, Serie C No. 114 (CorteIDH 7 de 9 de 2004).
- CELS. (2005). *DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA. INFORME 2005*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

- CIDH. (31 de Marzo de 2008). Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad.
- CIDH. (2013). *INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS*.
- CIDH. (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*.
- Constitución Nacional Argentina. (s.f.).
- Granillo Fernandez, H., & Herbel, G. (2009). *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzo, L., Riego, C., & Duce, M. (2011). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina*. Chile: CEJA.
- Maier, J. (1981). *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*. Lerner Editores Asociados.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- MJyDH. (25 de Marzo de 2019). EMERGENCIA EN MATERIA PENITENCIARIA.
- OMS. (12 de Octubre de 2020). *Información básica sobre la COVID-19*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es>
- Procuración Penitenciaria de la Nación. (18 de Octubre de 2019). *En la Argentina ya hay más de 100.000 personas presas*. Obtenido de <https://www.ppn.gov.ar/institucional/noticias/2376-en-la-argentina-ya-hay-mas-de-100-000-personas-presas>
- Procuración Penitenciaria de la Nación. (2020). *Infografía CPF CABA 2do semestre*. Obtenido de Procuración Penitenciaria de la Nación: <https://www.ppn.gov.ar/index.php/documentos/informes-sobre-carceles/infografias/466-cpf-caba>
- Sergi, N. (2001). Límites temporales a la prisión preventiva. *Nueva Doctrina Penal*, 136.
- Sergi, N. (2005). Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. En D. Baigún, *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al profesor Julio B. J. Maier* (pág. 480). Buenos Aires: Del Puerto.
- Solimine, M. (2003). *Tratado sobre las causales de excarcelación*. Buenos Aires : AD-HOC.