

El dictado de la prisión preventiva en Argentina¹

Por Santiago Martínez

-I-

En el año 2012, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) publicó una investigación acerca del estado de la prisión preventiva en Argentina². En ese trabajo, se relevaron cuatro jurisdicciones diferentes con modelos procesales distintos para comparar si la forma en la que se toman las decisiones tiene incidencia en el dictado del encarcelamiento preventivo.

La primera jurisdicción en la que se realizó el relevamiento fue el sistema de la justicia nacional regido por el Código Procesal Penal de la Nación que sigue los lineamientos de los sistemas mixtos o inquisitivos reformados. En este modelo, la prisión preventiva la toma de oficio el juez de instrucción junto al procesamiento, una vez que escuchó al imputado (artículo 312 CPPN) mientras que la “contradicción”³ se produce en el marco del incidente de excarcelación. Es decir, se invierte la discusión y en lugar de analizar si el imputado debe transitar el proceso preso, se debatirá si tiene que hacerlo en libertad. La normativa, a su vez, no prevé otras alternativas que no sea la libertad caucionada.

En lo referido a los datos estadísticos, durante 15 días se relevaron 1/3 de los juzgados de instrucción existentes en la ciudad de Buenos Aires y se pudo tomar vista de 69 resoluciones de las cuales 53 fueron prisiones preventivas y 16 eran solicitud de excarcelación. Los elementos de prueba valorados por los magistrados fueron, en forma combinada, el informe de antecedentes penales (69%), las circunstancias de la detención

¹ El presente texto fue presentado en el marco de la Reunión de Expertos sobre Prisión Preventiva, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, Mayo de 2013.

² Disponible en www.inecip.org

³ En realidad no puede considerarse contradictorio la presentación de dictámenes en un incidente que se tramitará y resolverá por escrito. Ni siquiera se respeta la posibilidad de que la defensa -que solicitó la excarcelación- pueda contradecir los argumentos del fiscal que se opone a la libertad del imputado. De hecho, recién puede oponerse a ellos al momento de recurrir el fallo

(62,5%) y el informe socio-ambiental (12,5%). A su vez, los mayores argumentos utilizados para decretar la medida o rechazar la excarcelación fueron, también en forma combinada, la gravedad de la pena, la posibilidad de que la condena no sea de ejecución condicional, la declaración de reincidencia, la existencia de excarcelaciones anteriores, las características del hecho y las condiciones personales del imputado. Esto da cuenta de que el CPPN sigue claramente criterios sustancialistas.

En segundo lugar, se llevó a cabo un relevamiento en la provincia de Santa Fe. Como se sabe, en el año 2007 se aprobó un código acusatorio formal o de primera generación de la reforma pero no se encuentra en plena vigencia. A través de la ley 12.912, sólo se pusieron en funcionamiento algunos institutos de modo tal que, en los restantes, sigue rigiendo el vetusto ordenamiento procesal inquisitivo. En lo referido a la libertad, dicha norma sólo implementó alguno de los supuestos referidos a las medidas de coerción personal lo que generó algunas inconsistencias.

En lo que aquí interesa, durante el período de 15 días, se relevaron 80 resoluciones en las que se dispuso la prisión preventiva. Los indicadores más utilizados fueron que la pena sería de cumplimiento efectivo (73,75%), la magnitud de la pena en expectativa (35%) y los antecedentes penales (25%). Como dato llamativo se señala que en ningún caso se valoró, para el dictado de la injerencia, el informe socio-ambiental de los imputados y que los elementos más utilizados fueron las constancias del hecho y de la detención y el informe de antecedentes. Nuevamente, son los criterios sustancialistas los que predominan.

La tercera jurisdicción que relevamos fue Córdoba. Esta provincia tiene un código que puede ser catalogado como acusatorio formal o de primera generación de reforma ya que el eje se concentró en la división de funciones acusatorias de las jurisdiccionales. Sin embargo, una de las actividades esenciales de la judicatura –decidir sobre la libertad del imputado- inexplicablemente quedó en cabeza de los fiscales. Así, entonces, el acusador es el que dicta el auto de prisión preventiva y, sólo frente a la oposición de la defensa, un juez interviene para verificar si la decisión es acertada⁴.

⁴ En el mismo sentido, se podría argumentar que los fiscales directamente impongan la pena que estiman adecuada y, en todo caso, los jueces podrán revisarla con posterioridad. Este ejemplo llevado al absurdo me parece que resulta ilustrativo del equívoco que presenta la norma procesal.

Durante el período ya indicado (15 días) se relevaron 52 prisiones preventivas y el principal criterio que las fundaron fue la improcedencia de una condena de ejecución condicional (86,27%). Por su parte, durante ese lapso temporal, hubo 9 supuestos en los que la defensa se opuso a la medida cautelar y el órgano jurisdiccional ratificó 6 de ellas. Aquí también, y a pesar de encontrarnos en un modelo más moderno que los anteriores, los criterios sustancialistas son los que priman.

Por último, la cuarta jurisdicción que tomamos para el estudio fue Chubut. En este caso, el ordenamiento adjetivo provincial responde a un sistema acusatorio de segunda generación o adversarial. Esto implica un cambio sustancial en la forma en la que se gestiona el proceso pues no sólo se separan las funciones acusatorias de las jurisdiccionales, sino que además se dividieron las tareas propiamente jurisdiccionales de las administrativas (incluyendo a la Oficina Judicial que se encarga de ellas) y, básicamente, desapareció el expediente y la oralidad se transformó en el eje central del proceso.

El modelo prevé, en lo que aquí interesa, audiencia de control de la detención en un plazo no superior a las 48 hs. en las que se discutirá oralmente su legalidad. El dictado de las medidas de coerción también se realizará en el marco de una audiencia la que podrá ser revisada, a través de ese procedimiento, en cualquier momento. A su vez, se prevén controles de oficio de los presupuestos habilitantes cada 6 meses. La discusión se circunscribe a la existencia de riesgos procesales y la información con la que discuten las partes generalmente proviene del Servicio Social de la Defensa Pública. Resulta interesante señalar que, la mayoría de los fiscales entrevistados, le otorgaron un alto grado de confiabilidad a estos estudios lo que también evidencia un cambio en el paradigma del proceso.

En el plazo que duró el relevamiento se observaron 121 audiencias. En una sola, el Ministerio Público Fiscal solicitó la prisión preventiva del imputado pero el juez interviniente rechazó su pedido. A su vez, de todas aquéllas, hubo tres en las que se revisó la injerencia dictada previamente y, en dos de ellas, el encarcelamiento cautelar fue revocado y sustituido por otras medidas de coerción. A esta información es necesario sumar otro dato, en esos 15 días, ingresaron 273 casos entre los que encontramos delitos contra la integridad sexual, contra la propiedad y contra las personas. Esto nos permite afirmar que el

grado de conflictividad que se vive en la provincia no es menor y, sin embargo, en esta jurisdicción se prefirieron salidas diferentes a la prisión preventiva⁵.

Pese a las diferencias que existen entre los modelos se puede concluir que sólo en la provincia de Chubut se advirtió un cambio cualitativo y cuantitativo. Al mismo tiempo, también resultan llamativos los resultados que arrojaron las otras 3 jurisdicciones, pues a pesar de responder a sistemas diferentes, se resolvieron los casos con fundamentos similares. Es decir: primaron los criterios sustancialistas o sustancialistas encubiertos. Por eso, las diferencias que existen entre el modelo Chubut y los otros no es casual, sino que es el resultado de una cantidad de factores que se dieron en esa provincia que evidencian un cambio cultural.

Finalmente, cabe señalar que la provincia pudo revertir el número de presos sin condena y, en la actualidad, tiene en esa condición sólo el 27,7% de las personas privadas de su libertad⁶. Y esto no implicó una suba de la tasa de personas condenadas porque el ordenamiento procesal cuenta con salidas alternativas a la pena que son utilizadas por los operadores.

-II-

Tomando como base la recolección de los datos acerca de cómo se toman las decisiones referidas a la libertad de los imputados durante el proceso penal, INECIP elaboró una propuesta concreta que busca, como ya se dijo, limitar el uso abusivo de la prisión preventiva; la que fue debatida en el marco de la Red de Justicia Previa al Juicio y se elaboró un documento con 19 reglas.

Como punto de partida, es necesario que se produzca una modificación normativa. Este es el primer elemento ineludible si se pretende un cambio cultural ya que, en la práctica, la generalidad de los operadores judiciales aplica la prisión preventiva como regla y encuentran su justificación en la regulación de los códigos procesales y no en los

⁵ Esto es necesario aclararlo pues cuando se presentan los resultados de esa provincia se suele alegar que la realidad de Chubut en términos cualitativos y cuantitativos, no es trasladable a otras jurisdicciones. Esto es un claro argumento de resistencia a la reforma procesal penal encubierto, pues lo cuantitativo termina siendo proporcional con la cantidad de jueces, fiscales y defensores que posee cada jurisdicción y respecto a lo cualitativo los tipos de delitos que se comenten no difieren en nada de lo que sucede en el resto de las provincias.

⁶ Según informe del Ministerio de la Defensa Pública de octubre de 2012, disponible en www.defensachubut.gov.ar

principios constitucionales. Por lo tanto, el primer cambio debe operar sobre el contenido de las presunciones legales que determinan el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación y se deben eliminar toda referencia a criterios sustancialistas. A su vez, es importante no mezclar los sistemas que regulan prisión preventiva y la excarcelación. Como ya se dijo, estos modelos responden a criterios diferentes y, en consecuencia, como lo que se debe discutir es si el imputado debe estar preso durante el proceso, entonces sólo se debe regular el primero de los institutos.

Una vez que hemos dado este paso, existen ciertas reglas que, a mi modo de ver, y así lo proponemos en la investigación, resultan fundamentales a la hora de aplicar al encarcelamiento procesal como la última medida a la que se debe recurrir.

A. Oralidad como método para la toma de decisiones:

El primer elemento que se debe considerar es la necesidad de que el pedido de prisión preventiva y su control se realicen en una audiencia oral. La oralidad opera como un mega principio que permite la realización y materialización del derecho de defensa en juicio, el principio de contradicción, *onus probandi*, intermediación, etcétera. Sólo a través de ella se garantiza el mecanismo adecuado para discutir todas las cuestiones vinculadas con la aplicación de una medida cautelar. Existe un consenso generalizado que el sistema escrito no garantiza fallos adecuados, impide ejercer el derecho a ser oído –pues se aplica el derecho a ser leído-, limita la posibilidad de presentar prueba y, en la mayoría de los casos, sólo se tiene una única posibilidad de alegar al momento de contestar la vista o el traslado.

El sistema que se propone trae evidentes ventajas para todos los que intervienen. En primer lugar, el juez, al conocer, escuchar y observar a las partes podrá dictar resoluciones de mayor calidad que le permitirá legitimar y jerarquizar su función frente a los ciudadanos. Para el fiscal y el defensor, la audiencia es el mejor escenario para realizar sus planteos y contradecir los de su adversario. Además se aseguran que la decisión la toma el juzgador⁷.

En el tema que nos convoca, la oralidad -aplicada correctamente- demuestra que los criterios sustancialistas no tienen –o no deberían tener- ninguna cabida, pues la argumentación del fiscal respecto de que existe peligro de fuga por el monto de pena, el

⁷ Al respecto, cfr. SORIA, Patricia: *Hablando se entiende la gente* en AA.VV. “El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial”, tomo I, INECIP/Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 251.

delito reprochado o por los antecedentes penales que posee el imputado, no constituye un argumento sólido; dado que carecerá de respaldo probatorio con relación a los riesgos procesales y resultará insuficiente e infundada.

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

Junto con la oralidad deviene necesario regular el momento procesal en el que el fiscal debe solicitar la injerencia. En la mayoría de los códigos procesales modernos, cuando la persona se encuentra detenida, se establece un plazo de 24 y 48 horas para que el Ministerio Público Fiscal requiera ante el juez la imposición de una medida cautelar. Esta audiencia suele ser la más importante en términos de protección de derechos y garantías, pues constituye el acto por excelencia donde se discutirán determinadas cuestiones que en los sistemas más retrasados se produce avanzada la investigación o en el juicio oral.

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

En segundo lugar, en esa misma audiencia, el fiscal deberá efectuar la formulación de cargos (o la formalización de la investigación) ante el juez y el imputado, como así también requerir la medida cautelar que pretende. El efecto que genera ese acto –en términos generales- es reglamentar que la prisión preventiva es el único estándar permitido si la persona se encuentra presa durante la investigación.

En el devenir histórico de nuestras prácticas judiciales, una de las mayores afectaciones que se produjeron en términos de privación de la libertad durante el proceso penal, fue la condición de “detenido” y no de “preso preventivo”, durante períodos prolongados. Esto último, fue producto del incumplimiento de los preceptos legales de dictar la medida de coerción junto con el procesamiento en los tiempos que marcaban los códigos procesales o con la resolución tardía del dictado de la prisión preventiva, en

aquellos códigos de primera generación de reforma. En ambos supuestos, la persona se encontraba “detenida” sin una declaración formal que la sujetara el proceso. Se trata, entonces, de “pequeñas y distorsionadas prisiones preventivas”, pero con estándares mucho más flexibles.

C. A petición de parte:

Aunque parezca una obviedad, la solicitud de la prisión preventiva debe ser a pedido de parte y resuelta por un juez. Así se rompe con la lógica actual tanto de aquellos modelos en que la dispone el juez de oficio, sin sustanciación (sistemas mixtos) como en los códigos que habilitan que la medida cautelar la dispone el fiscal. Esto ordena el rol procesal que le corresponde a cada actor y garantiza la imparcialidad del juez. Los sistemas en los que se dicta de oficio ponen en jaque el derecho de defensa en juicio pues, es a través del principio de contradicción, que se circunscribe el objeto a resolver y los elementos que respaldan las distintas posturas.

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

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

Tradicionalmente la doctrina se refiere a la prisión preventiva como subsidiaria de las demás medidas cautelares. Por lo tanto, la normativa requiere, en primer término, que existan otras diferentes a ella para que el operador pueda recurrir en su lugar. Sin embargo, cuando eso se vuelca en los códigos encontramos que se habla de “prisión preventiva” y “alternativas a la prisión preventiva”. Esta cuestión semántica no es menor pues, en realidad, lo que esconde es la tradición inquisitorial que considera al encarcelamiento como la primera medida a la que se debe recurrir y, si ella no es necesaria, entonces habrá que analizar las demás.

Para evitar este problema, al catálogo gradual y unificado de medidas cautelares, incluida en último término la prisión preventiva, se debe establecer la obligación de que el fiscal explique las razones por las cuales no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de cada una de ellas. Es decir, efectuar un análisis de la menos lesiva a la más gravosa, lo que

implica un estudio diferenciado y pormenorizado de aquéllas. Poco sirve prever un catálogo si el Ministerio Público Fiscal solicita directamente la prisión preventiva sin explicar, en forma previa, las razones por las que las otras no son idóneas para evitar la fuga o el entorpecimiento.

Esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de diferentes medidas y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción. También garantizará el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio pues ese análisis escalonado y gradual (de la menos lesiva a la más gravosa) permitirá a la defensa alegar y centralizar la discusión en alguna cuestión en concreto.

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

E. Duración de la medida:

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

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

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

La segunda cuestión, se relaciona con las consecuencias del incumplimiento de dicho término que se vincula con la necesidad de fijar controles *ex ante* y no *ex post*, como

sucede hoy en día. El sistema que protege a la persona presa sin condena debe, necesariamente, funcionar con certeza y eficacia. Sólo reunirá estos requisitos si el Estado reacciona en forma inmediata cuando se afecta ese derecho.

El sistema de controles *ex post* de la prisión preventiva no cumple con esa finalidad, pues más allá de las modificaciones que se efectuaron a la ley 24.390, lo cierto es que analizar con posterioridad si el tiempo que “ya cumplió” una persona en prisión preventiva fue excesivo carece de lógica y al mismo tiempo de efectividad. Tampoco se puede establecer cuál fue el tiempo concreto que cumplió en exceso, dado que el plazo legal absorbe cualquier cuestión particular. De esta forma, fijado el plazo judicial de duración de la medida, una vez que opera su vencimiento, no queda otra respuesta que disponer su libertad.

F. Lugar de detención:

Otra de las cuestiones necesarias para la reducción de este instituto es garantizar la discusión sobre los lugares de detención. Este requisito no suele ser objeto de debate y tiene consecuencia directa con la situación carcelaria de nuestro país. El problema es similar al del plazo razonable, pues el sistema genera controles *ex post* en lugar de generar exámenes en forma previa sobre las condiciones de detención. Esto es así, porque una vez que se ordena la prisión preventiva y la persona es trasladada a lugares que no reúne los estándares legales, recién allí se interpone el *habeas corpus* para revertir esa situación.

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

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

el responsable de esa situación). Con relación a este último aspecto, existe una premisa que es bastante clara: la superpoblación se presenta –y consecuentemente, el ingenio perverso de encontrar alojamientos no aptos para esos fines- porque el poder judicial dispone el encierro de personas más allá de lo que el sistema carcelario puede soportar.

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

G. Producción de información:

La última de las propuestas hace foco en uno de los problemas que se observó en el relevamiento empírico y se refiere a la ausencia de prueba para discutir la procedencia de los riesgos procesales. Al preguntar a los operadores judiciales sobre qué elementos probatorios se tenían en cuenta para aplicar la prisión preventiva, se hizo referencia a los antecedentes penales. Este aspecto resulta vital si se quiere modificar la concepción de este instituto, pues lo cierto es que, aún cuando se prevea la oralidad para la toma de decisiones, si no se garantiza y determina qué elementos se van a recabar para la discusión, se corre el riesgo de que el sistema se relaje y repita las prácticas que se pretenden eliminar.

En este esquema, cobra vital importancia la implementación de las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS) que tienen establecidas dos funciones diferentes. Por un lado, recabará elementos al momento de la detención sobre determinadas cuestiones vinculadas al imputado y procederá a constatarla por distintos medios a los efectos de entregar datos confiables e información de calidad. Ese informe será presentando a las partes para que en la audiencia discutan los puntos que consideren necesarios y evaluar la medida que pueda resultar adecuada.

La otra actividad se relaciona con que la oficina se encargará de controlar las medidas cautelares no privativas de la libertad, a los efectos de garantizar que aquellas serán supervisadas. Esta cuestión tiene incidencia en dos sectores distintos. Por un lado, los jueces estarán más tranquilos al momento de escoger una de ellas pues tendrán conocimiento de que hay un control de las pautas que debe seguir el imputado durante el proceso. Por el otro, la sociedad sabrá que esa libertad que obtiene la persona no es

sinónimo de impunidad porque habrá un organismo que está realizando un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

-III-

El relevamiento empírico realizado en las cuatro jurisdicciones (que representa a todos los sistemas procesales vigentes en Argentina) arrojó como resultado que la manera en la que se toma la decisión tiene influencia directa en la imposición de la medida cautelar. Por eso, las propuestas realizadas son herramientas que permiten colocar efectivamente a la prisión preventiva como *ultima ratio* de las medidas de coerción y, la experiencia de la provincia de Chubut, ha sido muy enriquecedora a estos fines.