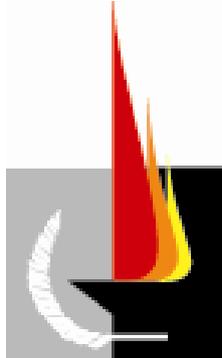


**Universidad Nacional de La Pampa Facultad de  
Ciencias Económicas y Jurídicas**

---



***Seminario sobre Aportaciones Teóricas y técnicas  
Recientes***

**“EL ABUSO DE LA PRISION  
PREVENTIVA  
EN EL PROCESO PENAL”**

Asignatura Sobre la que realiza el trabajo: Derecho Procesal I

Director del Seminario: OSIO Alejandro

Año: 2016

Estudiantes: ROJO Nicolas; YOLI Vanesa

---

**INDICE TEMATICO**

---

**Capítulo I – Nociones Generales de la prisión preventiva**

Titulo I – Concepto..... Pág.5

Titulo II – Naturaleza de la Prisión Preventiva..... Pág.10

Titulo III – Normas Locales..... Pág.12

Titulo IV – Teorías..... Pág.26

*A. Teoría Procesalista**B. Teoría Sustancialista*

Titulo V – Cese de la Prisión Preventiva.....Pág.34

A. Concepto

B. Órgano Facultado para disponerlo

C. Casos en los que procede

Titulo VI – Principios para su aplicabilidad..... Pág.37

A. Legalidad..... Pág.37

B. Jurisdiccionalidad..... Pág.39

C. Provisionalidad..... Pág.41

D. Excepcionalidad..... Pág.42

**Capítulo II – Abuso de la Prisión Preventiva.**

*Título I – Ser y Deber Ser*..... Pág.44

A. Código Procesal Provincial y requisitos para la procedencia de la  
prisión preventiva ..... Pág.45

B. Casos de Procedencia..... Pág.47

*Título II – Consecuencias del abuso de la prisión Preventiva.*

A. Hacinamiento..... Pág. 58

B. Violación del Principio de inocencia..... Pág. 68

C. Pena Anticipada..... Pág. 73

D. Desviación de la medida como merito tramite.... Pág.76

**Capítulo III – Estadísticas de la Prisión Preventiva**

A. Estadísticas Internacionales..... Pág. 79

B. Estadísticas Nacionales..... Pág. 80

C. Estadísticas Locales..... Pág. 82

**Capítulo IV - Posibles soluciones de la Prisión preventiva**

*Título I – Aplicación de la Prisión Preventiva en Plazo  
razonable*..... Pág. 87

*Título II – Pautas concretas para lograr el uso excepcional de  
la Prisión preventiva*..... Pág.

A. La reducción de la criminalización primaria..... Pág.88

B. La propuesta en el ámbito penitenciario: El cupo o  
números clausus.....Pág. 90

**Capítulo V – Conclusión--.....Pág. 92**

## **Introducción**

*“Desde el principio, la prisión debía ser un instrumento tan perfeccionado como la escuela, el cuartel o el hospital y actuar con precisión sobre los individuos.*

*El fracaso ha sido inmediato, y registrado casi al mismo tiempo que el proyecto mismo. Desde 1820 se constata que la prisión, lejos de transformar a los criminales en gente honrada, no sirve más que para fabricar nuevos criminales o para hundirlos todavía más en la criminalidad. Entonces, como siempre, en el mecanismo del poder ha existido una utilización estratégica de lo que era un inconveniente. La prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes a fin de cuentas son útiles en el dominio económico y en el dominio político. En fin, los delincuentes sirven.<sup>1</sup>”*

*Michel Foucault.-*

---

<sup>1</sup> Michel Foucault Año 2008 – “Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión” – Editorial Siglo Veintiuno Argentina – Buenos Aires, Argentina.

---

## **Capítulo I – Nociones Generales de la Prisión Preventiva**

---

### Concepto

A lo largo del proceso penal, se cumple una actividad limitada de la actividad personal, esencialmente de los hostigados frente a la imputación en su consecuencia penal. Esta actividad se traduce en lo que se conoce como coerción personal, la que se diferencia de la restricción real según recaiga sobre la persona afectando su libertad o sobre los bienes sujetándolos a fines procesales.

Las medidas cautelares en el proceso penal suelen ser clasificadas, atendiendo a su finalidad, en penales y civiles. Desde esta perspectiva serían medidas cautelares penales las que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es, la imposición de la pena; y serían medidas cautelares civiles aquellas que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido civil, esto es, la reparación patrimonial. Más conocida es, sin embargo, la clasificación que atiende a su objeto. En atención a este criterio se distingue entre medidas cautelares personales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> *María Inés Horvitz Lennon; Julian Lopez Masleo - Derecho Procesal Penal, Tomo I – Editorial Jurídica Chile – Año 2002-*

Como ya hemos afirmado, la sujeción procesal personal tiende a prevenir que se efectivice la normal ejecución del proceso y la elaboración de su resultado.

Esencialmente coarta la libertad de los inculcados a fin de someterlos a su régimen, a algún acto procesal determinado, o ya sea cualquier necesidad actual y concreta.

La limitación más característica autorizada por el ordenamiento jurídico penal en contra del acusado es el instituto de la *prisión preventiva*; *La misma* se ejecuta mediante un encarcelamiento de la persona, cerciorando la intervención del mismo durante el proceso.

La resolución que dictamina la prisión preventiva debe realizarse con sólidos cimientos, ya que ellos servirán de valor para llevar al imputado al juicio. Debe necesariamente estar precedida de una declaración, elementos suficientes para concluir que el imputado podría ser condenado, una comunicación del hecho atribuible al imputado, como así también la calificación penal concreta del mismo.

Adentrándonos aún más en el concepto de la prisión preventiva, podríamos decir que ella importa el estado de privación de la libertad ambulatoria, dispuesta por un órgano judicial, después de la declaración del imputado, cuando se le atribuye a éste con grado de probabilidad la comisión de un delito investigado, o existan vehementes indicios de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación, esta breve reseña es propia del ordenamiento jurídico procesal penal de la Provincia de La Pampa,

mas allá de ciertos contrastes que puedan llegar a existir en otras Provincias u ordenamientos legales respecto del mismo, el esqueleto normativo en cuanto a materia procesal penal siempre guarda relativa similitud entre ellos.

El Diccionario Jurídico de Abeledo Perrot, define al instituto de la Prisión Preventiva, como *“una medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Para ser decretada se necesita la existencia de semiplena prueba de haberse cometido el delito que se le imputa”*<sup>3</sup>.

A continuación se transcriben los conceptos de algunos autores destacados en materia penal sobre este instituto

*“La prisión preventiva es la medida cautelar de coerción más grave autorizada por las leyes procesales, en contra del imputado, que se concreta mediante el encarcelamiento”*. (Carlos A. Chiara Díaz)<sup>4</sup>

*Aunque la prisión preventiva no reviste la naturaleza de un cumplimiento anticipado de pena, por sus efectos concretos y reales sobre el sujeto que es privado de su libertad, resulta fácticamente equiparable a esa última. Es decir, aunque doctrinal y*

---

<sup>3</sup> Garroneo José Alberto - Diccionario Jurídico – Año 2008 - AbeledoPerrot. Buenos Aires.

<sup>4</sup> ChiaraDíaz, Carlos - “Codigo Penal Comentado” - Año 2011 – Nova Tesis Editorial – Buenos Aires.

*jurisprudencialmente se ha negado, y con razón, que la prisión preventiva tenga el carácter de pena anticipada, pues ello implicaría una vulneración al principio de inocencia.*(Julio. Maier)<sup>5</sup>

*“Es un mal necesario, se fundamenta en la necesidad que tiene la sociedad de tomar medidas de precaución contra quienes presuntamente han cometido un delito; es una medida de seguridad, un medio para instruir los procesos y una garantía de que se cumplirá la pena.”*(Carlos Fontan Balestra)<sup>6</sup>

Para adentrarnos en el temario, nos es de suma importancia destacar primariamente que la prisión preventiva es una medida procesal penal que incumbiría recurrir a ella en última instancia. Sería apropiado apelar a otras medidas, ya sea la imposición de una restricción absoluta de contacto con determinada persona, la obligación de presentarse periódicamente ante el patronato de liberados, fiscalía actuante o juez competente, o ya sea incluso la imposición de un arresto domiciliario. Es decir que a nuestro criterio la prisión preventiva solo correspondería cuando las demás medidas anteriormente mencionadas, o asimismo otras oportunas, fueran insuficiente para asegurar los fines del procedimiento penal.

---

<sup>5</sup>Maier, Julio B. J. - Derecho Procesal Penal – Año 2004 - Del Puerto S.R.L – Buenos Aires.

<sup>6</sup> *Justificación de la Prisión Preventiva – Año 2006 – Recuperado de* [cdigital.dgb.uanl.mx /te/1020148441/1020148441\\_06.pdf](http://cdigital.dgb.uanl.mx/te/1020148441/1020148441_06.pdf)

Ahora bien, a la hora de discutir sobre la finalidad de la prisión preventiva, no podemos ser ajenos al fundamento formal de la misma, que no es más que una “garantía procesal” de que el acusado no altere el normal desarrollo del procedimiento cuando existan indicios de que así lo hará. Sin embargo debido al tenso equilibrio que existe hoy en día entre el principio de inocencia; y la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad, parece romperse este fundamento principal, dado a la petición social de *mayor seguridad y castigo*, y como secuela de la misma el encarcelamiento preventivo tiende a responder a otros fines, por lo que de esta manera se proporciona a la ciudadanía la sensación de que, con la imposición de una prisión preventiva, se soluciona el problema o por lo menos se lo reduce, y es esta situación es la que produce *el uso Abusivo de la Prisión Preventiva.*-

### Naturaleza Jurídica

Resulta obligatorio establecer la naturaleza jurídica de la Prisión Preventiva, ya sea una pena, o una medida cautelar. Primeramente correspondería precisar lo que es cada una.

Las medidas cautelares en el proceso penal son aquellas que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es, la imposición de la pena; o bien en el comienzo del proceso tienen como finalidad asegurar el normal suceso del mismo. En atención a este criterio se distingue entre medidas cautelares personales, entendiéndose por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas cautelares reales, entendiéndose por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.<sup>7</sup>

La Pena es un instrumento jurídico que se utiliza con fines muy diversos. En el estado de derecho actual se orienta a ser una potestad jurídica para la prevención de nuevos delitos como así también reprimir los ya acontecidos. La pena será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente. Por ello, la pena sería aquella que se impone a una persona que comete un delito, es la retribución que siempre debe imponerse y ser equivalente al daño causado por el delito “punitur

---

<sup>7</sup> María Inés Horvitz Lennon - *Derecho Procesal Penal – Año 2004 – Editorial Jurídica de Chile*

quia peccatum est”, por ello la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal.<sup>8</sup>

Bajo estos dos conceptos, podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva es una medida cautelar para asegurar el proceso en el cual se dicte, ya que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.<sup>9</sup>, “y toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...”<sup>10</sup>, por lo que sería absurdo o contradictorio con el máximo cuerpo legal nacional, que el fin de la prisión preventiva sea una pena en sí misma.

Podemos concluir luego de conceptualizar ambos conceptos y transcribir textualmente el texto de la Constitución Argentina y la Declaración Universal de Derechos Humanos, que sería sencillo describir casi sin lugar a dudas cual es la naturaleza jurídica, pero a pesar de que el instituto de la prisión preventiva debería ser encuadrado fácilmente, a continuación veremos que el mundo del deber ser, se aparta indudablemente del mundo del ser.

---

<sup>8</sup> *Lecciones del derecho penal Parte General* - Hugo Mario Sierra y Alejandro Salvador Cántaro – Editorial Universidad Nacional del Sur – Año 2005

<sup>9</sup> Artículo 18 Constitución Nacional Argentina.

<sup>10</sup> Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Normas Locales.-

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p>Artículo 240.- La libertad personal sólo podrá ser restringida de acuerdo con las disposiciones de este Código en los límites absolutamente indispensables para impedir la obstaculización del desarrollo de la investigación y asegurar la aplicación de la ley. El arresto o la detención se ejecutarán de modo que afecten mínimamente a la persona y su reputación. Se le comunicará, asimismo, la razón de la medida, el lugar donde serán conducidos, el juez y el fiscal interviniente. Se labrará acta de todo lo actuado.</p>	<p>ARTÍCULO 16.- Restricción de derechos fundamentales. Las facultades que este Código reconoce para restringir o limitar el goce de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.</p> <p>ARTÍCULO 17.- Restricciones a la libertad. Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia real de peligro de fuga u obstaculización de la investigación. Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de libertad, conforme a las reglas de este Código</p>

Introduciéndonos en el análisis comparativo de los artículos transcritos, en un primer término el CPPLP en su artículo 240 resume lo que encontramos en los artículos 16 y 17 del CPPN, estableciendo como requisitos esenciales para ejecutar la limitación de libertad ambulatoria -consagrada esta misma tanto en el art.14 de la Constitución Nacional, como así también en el art. 22 de CADH- que exista una posible “*obstaculización de la investigación, y asegurar la aplicación de la ley*”.

Respecto al *peligro de obstaculización de la investigación*, este mismo hace alusión al riesgo que existiría en el normal proceso de la investigación si la persona quedara en libertad, debido a que podría darse la destrucción de pruebas necesarias para la causa como también la influencia de testigos, co-imputados, o víctimas e incluso inferirles algún tipo de lesión. De esta manera se estaría ocultando la verdad de los hechos y se evitaría lograr justicia.

En segundo plano, encontramos el *peligro de fuga*, y como su nombre lo indica es el análisis que hace el juez de acuerdo a las circunstancias y aportes de la causa que permiten presumir que el imputado puesto en libertad no va a comparecer al proceso por sus propios medios, tornando ilusoria la persecución instaurada en su contra, ya que es necesaria su presencia para poder avanzar en el proceso hasta la decisión final, esto mismo debido a que no está permitido el proceso penal contumacial.

Lo señalado en los precedentes artículos se traduce en las bases y límites medulares para la aplicación del instituto, y asimismo aduce que la prisión preventiva al ser limitadora de la libertad individual, debe ser usada para lograr la regularidad de la actuación de los miembros del sistema penal que contribuyen con el esclarecimiento de los hechos o la búsqueda de la verdad, y permiten en definitiva una aplicación de la ley sustancial penal que eventualmente pudiese implicar la imposición de una pena.

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p>Artículo 254.- Siempre que el peligro de fuga o la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida de coerción menos gravosa, el Juez de Control o el Tribunal competente, deberán imponerle al imputado en lugar de la prisión preventiva alguna de las alternativas siguientes:</p> <p>1º) Arresto domiciliario, sin vigilancia alguna o con la que el Juez o Tribunal disponga;</p> <p>2º) Obligación de someterse al cuidado del Patronato de Liberados, el que informará periódicamente;</p> <p>3º) Obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o Tribunal, o autoridad que éstos designen, fijándose día y hora, teniendo en cuenta la actividad laboral y la residencia del imputado;</p> <p>4º) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Tribunal, sin autorización o de asistir a determinados lugares; y</p> <p>5º) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa. El Juez o Tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, pero en ningún caso se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible.</p>	<p>ARTÍCULO 177.- El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de:</p> <p>a. la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;</p> <p>b. la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fíen;</p> <p>c. la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;</p> <p>d. la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;</p> <p>e. la retención de documentos de viaje;</p> <p>f. la prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;</p> <p>g. el abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;</p> <p>h. la prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;</p> <p>i. la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación</p>

	física; j. el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; k. la prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.
--	--

Del examen cuasi literal de estos artículos encontramos las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, es decir, medidas cautelares que afectan la libertad ambulatoria de la persona en menor intensidad. Estas medidas deben ser otorgadas siempre que sea posible con exclusiva preferencia a la prisión preventiva, ya que constituye una forma menos gravosa de dañar o perjudicar tan fundamental derecho del individuo, esto mismo obedece al principio de última ratio. Es decir que hay que apelar a las medidas que afecten en menor intensidad los derechos del perseguido, solo cuando sea la única forma de asegurar los fines del proceso, o cuando no quede más remedio para ello.-

La manera que el legislador hace operativa tal exigencia de última ratio, es concediéndole la discrecionalidad al juez de controlar que se adopte la medida correspondiente, esto lo encontramos regulado en el Art. 251 del CPPLP, el mismo establece que el juez podrá sustituir la medida de prisión preventiva por cualquiera de las medidas ya enumeradas.-

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p><i>Artículo 250- Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, y después de recibida su declaración, previo requerimiento fundado del Ministerio Público Fiscal, se ordenará su prisión preventiva cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente.</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 185.- Corresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código.</i></p> <p><i>No procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos:</i></p> <p><i>a. si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional;</i></p> <p><i>b. en los delitos de acción privada;</i></p> <p><i>c. cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas.</i></p>

Como ya anticipábamos de manera conceptual anteriormente en el comienzo del presente trabajo, en estos artículos podemos observar como el legislador estableció tanto en el artículo 250 del C.P.P.L.P, y en el 185 del C.P.P.N, la procedencia de la prisión preventiva. La misma, podría proporcionarse siempre que existiesen pautas que determinen y den convencimiento fehaciente al juez, de un posible entorpecimiento del proceso por parte del imputado, fundado en la naturaleza de la causa, circunstancias personales del mismo, y la

posible convicción para estimar que ha sido autor o participe en la comisión de un hecho punible.

Asimismo, el C.P.P.L.P peca de omisión al no regular en su cuerpo normativo la improcedencia de la prisión preventiva, como así lo hace el C.P.P.N en sus tres incisos del art. 185.-

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p><i>Artículo 251.- La aplicación de la medida cautelar indicada deberá decidirse en audiencia oral donde primeramente alegarán las partes y luego el Juez resolverá lo que corresponda. La resolución deberá contener los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una sucinta enunciación de los hechos; los fundamentos de la decisión; la calificación legal del hecho, con citas de las disposiciones aplicables y la parte resolutive. Al momento de fundamentarla, el Juez deberá analizar la existencia de una presunción razonable, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la acción de la justicia en el desarrollo del proceso (peligro de obstaculización).</i></p> <p><i>La prisión preventiva deberá dictarse, si el delito tuviere una pena mínima de más de tres (3) años de prisión, no obstante el Juez podrá sustituirla, por algunas de las medidas previstas por el</i></p> <p><i>Artículo 254. La prisión preventiva no podrá durar más de un (1) año. Si se ha dictado sentencia condenatoria podrá extenderse el plazo tres (3) meses más</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 187.- Al solicitar la imposición de una o varias</i></p> <p><i>de las medidas de coerción enumeradas en el artículo 177, el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante deberán:</i></p> <p><i>a. acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste;</i></p> <p><i>b. justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso;</i></p>

<p><i>mientras tramita la impugnación deducida. Vencidos estos plazos no se podrá dictar una nueva medida privativa de la libertad.</i></p> <p><i>El auto que imponga esta medida de coerción será apelable.</i></p>	
--	--

El artículo 251 del CPPLP y el 187 del CPPN, regulan las condiciones y requisitos necesarios para que proceda la prisión preventiva. Ambos ponen énfasis en que exista prueba suficiente que acredite la posibilidad de fuga u obstaculización de la causa por parte del imputado, como también que este determine el plazo de la duración de la prisión preventiva.

El art. 251 del CPPLP es más específico en la regulación del plazo de prisión preventiva, ya que establece el máximo de un año, el cual podrá extenderse tres meses más si se dictó sentencia condenatoria mientras tramite la impugnación, la excepción a esta regla es el caso de *causa compleja*, en la cual –una vez autorizado el procedimiento previsto en el art. 274- podrá ampliarse el máximo previsto en el art. 251 a dos años de prisión preventiva, y seis meses más en caso de haber recaído sentencia condenatoria.

Vencido el plazo –tanto de causa compleja, como de tramitación común- no podrá aplicarse una nueva medida que perjudique la libertad ambulatoria del imputado.-

Siendo la prisión preventiva la medida más rigurosa, debido que afecta el derecho fundamental de libertad de la persona, y teniendo en cuenta que es la medida más reclamada por parte de la sociedad,

sus condiciones y requisitos deberían respetarse y fundamentarse, como así lo exige la legislación.-

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p><i>Artículo 252.-. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:</i></p> <p><i>1º) Arraigo en el país, determinado por el domicilio real, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos;</i></p> <p><i>2º) La pena que se espera como resultado del proceso;</i></p> <p><i>3º) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y</i></p> <p><i>4º) La posibilidad cierta de ausentarse del país o permanecer oculto.</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 187.- Al solicitar la imposición de una o varias de las medidas de coerción enumeradas en el artículo 177, el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante deberán:</i></p> <p><i>a. acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste;</i></p> <p><i>b. justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso;</i></p>

Los artículos mencionados anteriormente, establecen cuales son los elementos necesarios para que se concrete el peligro de fuga por lo cual se aplica la medida de prisión preventiva. Entre ellos podemos señalar el arraigo en el país, la posibilidad de ausentarse del mismo o permanecer oculto, y la conducta del imputado sobre el proceso.

Asimismo estos artículos regulan como requisito “La pena que se espera como resultado del proceso”, lo cual nos parece desacertado, ya que la misma importa la presunción de culpabilidad que es contraria al principio de inocencia que impera en el proceso penal.

No siempre la amenaza de la pena es un estímulo para la fuga del imputado. El hombre inocente no huye por el solo anuncio de la pena, si no que siempre enfrentara el proceso penal más allá del miedo que este le podrá inspirar.

En efecto, esta disposición desmejora la situación procesal del imputado en orden a su derecho individual a la libertad, así como su condición de inocente consagrada también constitucionalmente.-

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p><i>Artículo 253.- Para decidir acerca del peligro de obstaculización para el desarrollo del proceso se tendrá en cuenta, especialmente, la <u>grave sospecha</u> de que el imputado:</i></p> <p><i>1º) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba;</i></p> <p><i>2º) Influirá para que coimputados, peritos o testigos informen falsamente o se comporten de manera reticente;</i></p> <p><i>3º) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos; y</i></p> <p><i>4º) Persistirá en su accionar respecto de la víctima.</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 189.- Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la <u>grave sospecha</u> de que el imputado:</i></p> <p><i>a. destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;</i></p> <p><i>b. influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o;</i></p> <p><i>c. inducirá a otros a realizar tales comportamientos.</i></p>

En los artículos precedentes se observan los requisitos o parámetros para solventar y fundar por medio del peligro de obstaculización una posible prisión preventiva.

Las diferencias entre el código procesal nacional y provincial, son mínimas, ya que ambos códigos tratan tanto el riesgo ocasional que podrían correr los medios de prueba, como así también los futuros testimonios a contribuir a la averiguación de la verdad en la causa.

La interpretación de estos artículos es realmente sencilla, sin embargo criticamos el empleo de la expresión “Grave sospecha” ya que no es más que una expresión subjetiva, hipotética, y que carece de fundamentos. A nuestro criterio el legislador debería haber utilizado la frase “Presunción razonable” toda vez que solamente a través del raciocinio se puede obtener una convicción razonable y respetable, tal como así lo expresa el art. 251 –*Solamente dos artículos antes*-.

De esta conclusión deriva que solo para cumplir con fines procesales se puede decretar la prisión preventiva, la cual no puede estar al servicio de fines distintos, por lo tanto, solamente cuando el imputado con su conducta entorpezca el normal desarrollo del proceso penal, se entenderá justificada su detención.-

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p>Artículo 251.-            ...”La prisión preventiva no podrá durar más de un (1) año. Si se ha dictado sentencia condenatoria podrá extenderse el plazo tres (3) meses más mientras tramita la impugnación deducida.</p> <p>Vencidos estos plazos no se podrá dictar una nueva medida privativa de la libertad. El auto que imponga esta medida de coerción será apelable.”</p> <p>Artículo 260.- La prisión preventiva podrá cesar:</p> <p>1º) Cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;</p> <p>2º) No mediando sentencia se estime, en principio, que el período de privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena;</p> <p>3º) El período de privación de libertad permite estimar, en principio, que de haber existido condena hubiera podido obtener la libertad condicional; y</p> <p>4º) La sentencia no firme, imponga pena que permitiría obtener la libertad condicional.</p> <p>En los supuestos de los incisos 3º) y 4º), deberá contarse previamente, con el informe del establecimiento carcelario que se requiere para la procedencia de la libertad condicional.</p>	<p>ARTÍCULO 191.- Límite de la prisión preventiva. La prisión preventiva cesará:</p> <p>a. si el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal;</p> <p>b. si el imputado hubiere agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por la sentencia no firme;</p> <p>c. si el imputado hubiere permanecido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido solicitar la libertad condicional o la libertad asistida.</p> <p>No podrá imponerse nuevamente la prisión preventiva en el mismo proceso si una anterior hubiese cesado por cualquiera de las razones enunciadas precedentemente; ello sin perjuicio de las facultades para hacer comparecer al imputado a los actos necesarios del proceso o de la aplicación de otras medidas de coerción...</p>

Respecto de los artículos transcriptos, podemos comenzar afirmando que la justificación de la prisión preventiva solamente puede encontrarse en un fundamento de carácter procesal. Esta misma, no puede ser nunca una sanción al imputado, sino que solamente puede ser otorgada para asegurar el proceso, correspondiente juicio y la ejecución de una eventual pena.

Es por ello que el legislador se aseguró de enmarcar límites al posible uso desnaturalizado de la medida cautelar, como así también su uso ilimitado en el tiempo.

Sucintamente, los artículos transcriptos del cuerpo legal procesal nacional, como provincial, atienden las posibles circunstancias que harían cesar una prisión preventiva, sea ya por el paso del tiempo – Tal como lo establecen los inc.2 y 3 del CPPLP, y el a, b y c del CPPN- como así también causas externas al devenir temporal cautelar, como lo es el agotamiento de los motivos en los que se fundaron tal medida, es este el caso del inc.1 del CPPLP.

C.P.P.L.P	C.P.P.N
<p><i>Artículo 261.- El imputado y su defensor podrán provocar el reexamen de la prisión preventiva o de la internación o de cualquier otra medida de coerción que hubiera sido impuesta en cualquier momento del procedimiento.</i></p> <p><i>El Ministerio Público Fiscal a quien le hubiere sido rechazada una orden de detención (artículo 244) o de prisión (artículo 251), o cuando hubiere sido ordenada una medida de coerción distinta sin su conformidad, podrá provocar el reexamen en cualquier momento del procedimiento.</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 193.- El juez, <u>de oficio</u> o a petición del imputado o su defensa, dispondrá la revocación o sustitución de la medida de coerción que hubiere sido impuesta, cuando hayan desaparecido los presupuestos en que se hubiere fundado su imposición.</i></p> <p><i>La solicitud será resuelta en audiencia con presencia de las partes, en un plazo que nunca podrá ser mayor a SETENTA Y DOS (72) horas. La resolución que rechace el pedido será revisable dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas.</i></p>

En razón de la revisión de la medida cautelar impuesta –Reexamen-, se pueden presentar las siguientes hipótesis:

Revisión de solicitud de medida cautelar previamente rechazada: En este caso el solicitante, sea el MPF, o la MPD, debe hacer valer nuevos antecedentes que justifiquen discutir nuevamente su procedencia. Entendemos también, que al igual que las otras medidas cautelares, que la petición se resuelve en audiencia donde se discutirá nuevamente la medida.

Revisar la mantención de una medida previamente decretada:

1.- *Revisión de oficio (CPPN) u obligatoria:* Se da para resolver su cesación, lo que ocurrirá cuando hubieren transcurrido

doce meses, o se den las hipótesis de los arts. 251 5to párrafo, y 275 inc. 1, ambos del CPPLP.

*2.- Revisión a petición de parte, imputado o defensa y MPF:*

La solicitud de revocación del imputado puede ser rechazada o resuelta en la misma audiencia, previo debate en torno a la subsistencia de los requisitos que la autorizan o que por las condiciones personales del imputado, se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en un trato cruel, inhumano o degradante. El imputado y su defensor pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento, cuando estimen que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó, para lo cual deberán señalar las nuevas razones y las pruebas en que se sustente la petición, de la misma manera que lo puede petitionar el MPF.

## **Teorías de la Prisión Preventiva.-**

### **La Prisión Preventiva como Medida Cautelar. Tesis Procesalista**

M.Faustin Helie afirma que “La privación preventiva de la libertad de los inculcados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado como tal en juicio”<sup>11</sup>. En el mismo orden de ideal Luis Rodríguez Manzanera<sup>12</sup>, establece que la prisión preventiva es una medida cautelar, basándose en una presunta peligrosidad ante la sospecha de que el sujeto cometió un delito. Teniendo en cuenta que los fines de la medida cautelar son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.

Mas allá de esto, hay que tener en cuenta, que la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar solo es valido para algunos delitos pero no para todos, como por ejemplo tratándose de delitos no graves en los que el encarcelamiento preventivo podría no ser necesario para la seguridad de la sociedad y ni siquiera proporcionar el daño causado.

Los principios más importantes que rigen la aplicación de las medidas cautelares son los siguientes;

- a) Provisionalidad o temporalidad: Deben servir para tutelar temporalmente una situación hasta que se dicte

---

<sup>11</sup> HelieFaustin “*Traité de l'instructioncriminelleou theme du Code*” Año 1853 Vol V Pag 748.

<sup>12</sup> Rodríguez Manzanera, Luis Crisis Penal y Sustitutivos penales. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 24

una sentencia o desaparezcan los motivos que llevaron a su imposición, por lo tanto la prisión preventiva como medida cautelar debe ser breve.

- Regulación Local: Art. 251 del C.P.P.L.P el cual establece que la prisión preventiva, no podrá durar más de un año.-

b) Excepcionalidad: No existe una medida que cause mayor daño social o jurídico que una medida cautelar que prive de la libertad a alguien. Por ese motivo tales instrumentos deben ser utilizados con mucho cuidado por parte de los jueces y deben ser excepcionales, es decir no deben tomarse en una rutina.-

De acuerdo al PIDDCP<sup>13</sup>, la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. De esta forma, se ha impuesto que cuando se elaboren reglas procesales particulares vinculadas con medidas cautelares, en su política, vaya encita la libertad como regla general, cuidando en todo momento no transgredir todas y cada una de las previsiones constitucionales que en efecto se han dispuesto, es decir imponerlas únicamente cuando no exista otro medio menos grave para asegurar los fines a los que apunta esta medida.

---

<sup>13</sup> Pacto internacional de derechos civiles y políticos – Artículo 9 Inc.3

- Regulación Local: Art. 254 del C.P.P.L.P, versa que la imposición para el juez, en cuanto a siempre que el peligro de fuga o la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida de coerción menos gravosa, deberán imponerle al imputado en lugar de la prisión preventiva alguna medida alternativa.<sup>14</sup>

c) Proporcionalidad: Esta medida deberá ser proporcional a la gravedad de la falta o sanción que podrá ser aplicada, debe haber una adecuada relación del hecho que se imputa con la que se busca garantizar, y la violencia que se ejerce como medio de coerción nunca podrá ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la penal.

- Regulación local: Art. 251 C.P.P.L.P.-

d) Instrumentabilidad: La característica principal es no tener un fin en si mismo, es decir que es solo un medio para asegurar el logro de otros fines; Los del proceso.-

---

<sup>14</sup> Fabián Balcarce – Medidas limitativas de la Libertad Individual en el proceso penal – Año 2002 – Córdoba, Argentina.

- Regulación Local: Art. 251, 252, y 253 C.P.P.L.P.

Los mismos establecen que solamente se aplicara la prisión preventiva cuando exista peligro de fuga u obstaculización.-

e) Revisabilidad: La aplicación de la medida cautelar varia si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga su revocación o modificación.

- Regulación Local: Art.261; El imputado y su defensor podrán provocar el reexamen de la prisión preventiva, en cualquier momento del procedimiento.-

f) Constitucionalidad: La CADDHH<sup>15</sup>, establece que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados parte. Los doctrinarios mediante una interpretación extensiva de la cláusula constitucional que establece la facultad de arresto (Artículo 18 de la Constitución Nacional), y por un argumento a fortiori que extiende a los ciudadanos comunes la posibilidad de aprehensión en flagrancia

---

<sup>15</sup> Convención Americana de Derechos Humanos – Artículo 7 Inc. 2

establecida por miembros del congreso (Art. 69 de la Constitución Nacional) han considerado válidas las medidas de coerción personal en el proceso penal. Asimismo la constitución Provincial de La Pampa<sup>16</sup> dispone que para la privación de la libertad se deben cumplir una serie de requisitos que la misma constitución prevé, es decir que el legislador en su tarea tiene un límite infranqueable; El marco constitucional.

En síntesis para la teoría procesalista, que considera a la prisión preventiva como una medida cautelar (no una pena), basa su fundamento en que ella es autorizada respetando sus requisitos y todos los principios anteriormente consagrados, con el fin de evitar el peligro de un daño jurídico: Que el imputado en libertad consiga burlar la ley, ocultando la verdad o eludiendo la sanción.-

### *La Prisión Preventiva como pena. TESIS SUSTANCIALISTA<sup>17</sup>*

Ahora bien, desde el otro lado de la vereda podemos encontrar la doctrina que afirma que es innegable que la prisión preventiva se trata de una pena de manera anticipada.

---

<sup>16</sup> Constitución Provincial de La Pampa – Artículos 13,14, y 15.

<sup>17</sup> La Naturaleza de la Prisión Preventiva - Ernesto Ardiles Álvarez – Año 2007 - Pagina 3

Para comenzar a fundamentar el hecho de que la prisión preventiva es una pena, tenemos que hablar de que no se cumple con los requisitos básicos que requieren el dictado de una medida cautelar.

Para poder autorizar el dictado de una medida cautelar la ley exige tres requisitos fundamentales, y los mismos son;

- A. Peligro en la demora: Circunstancia o características que demuestren que existe un estado de probabilidad prevaeciente de que el imputado atentara contra los fines del proceso. (*Entorpecimiento de la investigación – Peligro de Fuga*)
  
- B. Verosimilitud en el derecho: Son los elementos de convicción suficientes que permiten afirmar que existe una sospecha de que el imputado es autor o participe del hecho investigado.
  
- C. Contra cautela: Es la garantía o fianza que ofrece quien la solicita, para que en caso de que sea mal interpuesta, o errónea, aquel que se ve afectado tenga una reparación del daño económicamente.-

En primer lugar, el primer requisito que se requiere para otorgar una medida cautelar es la verosimilitud en el derecho, en la mayoría de los procesos penales no se logra fundar, ni dilucidar, además de que tal requisito sería incompatible con el principio de inocencia, por lo que no podemos decir al momento del procesamiento, que una persona es verosímilmente culpable y por esa razón encarcelarla.

En segundo lugar, tampoco puede configurarse el peligro en la demora en todos los procesos penales, ya que la mayoría de los apuntados por el poder punitivo, son de escasos recursos, por lo tanto no llega a configurarse un peligro de fuga real que pueda poner en riesgo los peligros procesales y de esa manera autorizar el encarcelamiento preventivo. Por otro lado, entendiendo que el estado debe salvaguardar los derechos y garantías de todos los habitantes, es este mismo el que debe garantizar por medio de todo el aparato punitivo que posee, y a su vez, la conjugación con las demás instituciones a su cargo, llegar a contrarrestar el peligro de fuga, y así guardar una correlativa relación entre la garantía y seguridad del proceso, pero a su vez la libertad del imputado.

En un tercer lugar encontramos un requisito que pareciera ser insalvable, el de la contracautela. Creemos que la restricción de libertad del imputado no puede ser reparada con ninguna garantía, pero a su vez afirmamos, que al momento de otorgar la prisión preventiva la contráctela no se configura.

Ya analizados y contrarrestados los tres requisitos básicos del dictado de una medida cautelar se podría afirmar que el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención para sospechosos peligrosos, se trata de un derecho penal de peligrosidad presunta, que sobre la base de esta impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población racionalizada.

Dicho en términos más claros, la mayoría de los presos Latinoamericanos están sometidos a medidas privativas de la libertad por el simple hecho de ser “sospechosos”.

Para cerrar la idea, podemos metaforizar afirmando que la prisión preventiva no es el purgatorio donde se debería estar a la espera de ser juzgado o puesto en libertad, si no, que se pena anticipadamente a una persona que es acusada de cometer un hecho ilícito incluso sin tener seguridad alguna de su culpabilidad. Es el infierno legal donde se cumple la estadía a la espera del dictamen final, y en caso de ser culpable la persona se quedara en el mismo lugar que permaneció hasta ese momento, aun gozando de la presunción de inocencia, es decir se lo castiga para saber si se lo va a castigar, en palabras de San Agustín; *“Los hombres torturan, para saber si se debe torturar”*.-

## **Título VI – Cese de la Prisión Preventiva**

---

### Concepto

El cese de la prisión preventiva es el derecho de todo imputado sometido a prisión preventiva de recobrar su libertad cuando se hubiese desvanecido la probabilidad positiva sobre la imputación delictiva, la privación de la libertad no fuera absolutamente indispensable, la sufrida satisficiera la pena que se le pudiere imponer o su duración excediera de 1 (un) año sin que se haya dictado sentencia.

El nuevo código Procesal Penal de la Pampa establece con detalle en su artículo 260 las causales del cese de la medida privativa de libertad; a diferencia del antiguo código procesal penal que nada agregaba de este punto.<sup>18</sup>

### Órgano Facultado para disponerla

Cuando existieren algunas de las causales previstas en el artículo 260 del Código Procesal penal de la Pampa, o asimismo el decaimiento de cuál hubiera sido el fundamento principal de la imposición de la prisión preventiva, el órgano competente para decretar el cese de la misma será el juez de control o tribunal correspondiente de la causa, dependiendo el estado del proceso. En

---

<sup>18</sup> Fabián Balcarce – Medidas limitativas de la Libertad Individual en el proceso penal – Año 2002 – Córdoba, Argentina

el artículo 261 del mismo cuerpo normativo, encontramos el reexamen de la medida de coerción, el cual establece que el imputado y su defensor o asimismo el ministerio Público Fiscal, podrán provocar el reexamen de la prisión preventiva que hubiera sido impuesta en cualquier momento del procedimiento, con la finalidad de extender o dar cese a la medida impuesta.

### Causales de Cese de Prisión preventiva

1º) *“Cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;”*

En este sentido debe cesar la prisión preventiva cuando ya no existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho investigado.

Asimismo debe cesar la prisión preventiva sino hubiere vehementes indicios que el imputado tratare de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.

2º) *“No mediando sentencia se estime, en principio, que el período de privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena;”*

En primer lugar debe aclararse que si bien lo que cesa es la prisión preventiva no lo es exclusivamente por su duración propia, sino que lo es por un posible agotamiento de la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito inculcado en caso de ser sentenciado por condena firme. Lo cual haría obsoleta la mantención de la medida dispuesta.

3º) El período de privación de libertad permite estimar, en principio, que de haber existido condena hubiera podido obtener la libertad condicional;

La medida procede cuando por aplicación de las normas de la libertad condicional, la persona pudiera recuperar su libertad bajo determinados requisitos (tales como residencia en un lugar determinado, observancia de reglas de inspección, etc.) antes del vencimiento de la pena, en un tiempo igual al de prisión preventiva sufrida.

4º) La sentencia no firme, imponga pena que permitiría obtener la libertad condicional.

Este supuesto se remite a la explicación al supuesto anterior, salvo la circunstancia de que en este caso existe sentencia condenatoria, aunque aún no haya quedado firme.

### .Principios Para su Aplicabilidad.

Cuando discutimos de principios en el derecho, estamos refiriéndonos erróneamente a lo que correctamente debería llamarse fundamento, ya que los principios son propios de las ciencias exactas como la lógica o la matemática. Asimismo, dado la universalidad y unanimidad doctrinal en la utilización del término así nos referiremos en este capítulo.

La naturaleza de los principios es meramente política y jurídica, ya que los mismos provienen de pensamientos y razonamiento de juristas y legisladores que plasman en la legislación factores de poder.

#### 1- Principio de Legalidad<sup>19</sup>.

Según el extenso tratado del jurista Eugenio Zaffaroni, respecto del principio de legalidad, el mismo se construye el tipo normativo de ley penal constitucional que sirve para eliminar las restantes (leyes penales ilícitas). En principio se consagra en la CN (arts. 18 y 19 y, mediante el inc. 22 del art. 75, en lo arts. 9 de la CA y 9 del PIDCP). Su expresión constitucional aparece unida al origen mismo del constitucionalismo, a la Constitución de los Estados Unidos y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, habiendo sido precisado en el ámbito penal por Feuerbach, quien le

---

<sup>19</sup> Derecho Penal Parte General - Eugenio Raúl Zaffaroni Zaffaroni, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro.- Año 2007 - Editorial EDIAR - Buenos Aires-

dio la formulación latina con la que usualmente se lo enuncia: *nullum crimen sine lege, nullum crimen sine poena légal*.

La legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva (art. 19 in fine CN): Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Desde el punto de vista formal la legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución. La CN no admite que la doctrina, la jurisprudencia ni la costumbre puedan habilitar poder punitivo.

En la actualidad, lo vemos plasmado en la totalidad de códigos penales, como así también en La Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice en su Artículo 9. "*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas...*" y por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos...*"

Ahora bien, el principio de legalidad formal versa su máxima según la cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que haya ley formal anterior al mismo, un ejemplo de ello es "Nullum crimen sine previa lege" (no hay delito sin ley anterior que lo establezca como tal).

Las ventajas de este principio y lo que aporta a un estado de derecho se funda en la garantía de libertad individual, evita el arbitrio y abuso de poder, como así también afirma y asegura la certeza y seguridad jurídica.

Como toda moneda, la legalidad tiene dos caras y por ende posee también una desventaja, la cual es el rompimiento entre legalidad y criminalidad, ya que no puede pensarse un hecho por más atroz que sea si no está previamente establecido por una ley.

## 2-Principio de Jurisdiccionalidad.<sup>20</sup>

Para lograr desarrollar este tema nos es necesario recurrir al jurista Luigi Ferrajoli, este autor construye un modelo denominado garantista en el cual a través de axiomas enuncia diez garantías necesarias para plantear la responsabilidad penal. Dicho autor enumera como una de las garantías procesales al principio de Jurisdiccionalidad como "*Nulla culpa sine indicio*".

Según Ferrajoli, la primera enunciación del principio de Jurisdiccionalidad se encuentra en el artículo 39, de la carta magna inglesa de 1215, "*Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derecho ni posiciones, ni declarado fuera de la ley a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país*".

En esta formulación clásica, el principio expresa ya más o menos explícitamente tres garantías fundamentales; el habeas corpus, la

---

<sup>20</sup> Ferrajoli Luigi - Derecho Y Razón Teoría Del Garantizo Penal - Editorial Trota – Año 1989

reserva de jurisdicción en materia penal, y la presunción de inocencia. Estas tres tesis expresan en su conjunto lo que Ferrajoli ha llamado “Principio de Jurisdiccionalidad” en sentido lato. Sin embargo, ellas no expresan los procedimientos o garantías a nivel cognoscitivo o declarativa de juicio, que si son expresadas en el “Principio de Jurisdiccionalidad” a nivel estricto, formado por el conjunto de las tres tesis; *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione, y sine defensione*.

Mientras la Jurisdiccionalidad en sentido extenso es una exigencia de cualquier tipo de proceso, la Jurisdiccionalidad en sentido preciso supone la forma acusatoria del proceso.

Ahora bien, una vez entendido este principio, el autor formula en su obra un apartado aseverando que la prisión preventiva es ilegítima, y se estaría reduciendo el principio de inocencia a puro oropel con el abuso de este instituto, no solamente el abuso, sino que también su normal uso, ya que es radicalmente ilegítimo y desvanece todas las demás garantías penales y procesales.

En resumen, la prisión preventiva, o el arresto *ante indicium*, choca directamente con el principio de Jurisdiccionalidad, que no consiste en no ser detenido únicamente por orden del juez, sino en poder serlo sobre la base de un juicio, en virtud de determinar la responsabilidad penal del inculpaado con una sentencia condenatoria definitiva.-

### 3- Principio de Proporcionalidad.<sup>21</sup>

La prisión preventiva, deberá estar presidida por el principio de proporcionalidad, ya que se convierte en el pilar fundamental de toda medida cautelar y en especial esta ya que es la mas grave.

Según la doctrina la proporcionalidad es pasible de ser dividida en tres fundamentos; necesidad, idoneidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto de la necesidad es relevante que toda medida que represente una injerencia en un derecho fundamental debe ser de última ratio, de modo que si el fin se puede lograr razonablemente a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse otros medios.

Así cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro fuga u obstaculización debe acudirse a dichas medidas, todo esto en consecuencia del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, respecto del segundo fundamento, la idoneidad, a ella se refiere que la prisión preventiva sea el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trate de evitar.

Este principio tiene gran importancia cuando se dispone la sustitución de la prisión preventiva por otra medida de coerción.

---

<sup>21</sup> *Giorgio, Alejandro María - Medidas de Coerción, La prisión preventiva– Editorial Dunken – Buenos aires año 2015*

Por su parte el principio de proporcionalidad en sentido estricto, llamado también prohibición del exceso, exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida guarde una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trate de salvaguardar.

Uno de los elementos más importantes en el presente principio, y que lamentablemente es dejado de lado es la prohibición del uso de la prisión preventiva en asuntos de poca relevancia. En este sentido no se podrá recurrir a la prisión preventiva cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad.

#### 4- Principio de Excepcionalidad.<sup>22</sup>

El principio rector para establecer la legalidad de la prisión preventiva es el de excepcionalidad, en virtud del cual se intenta evitar que la prisión preventiva se convierta en regla y así desvirtuar su finalidad.

Esto se da ya que la prisión preventiva se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente que es la libertad personal.

Sobre esta cuestión la comisión Interamericana no puede desconocer la importancia, y en el Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>22</sup> Giorgio, Alejandro María - Medidas de Coerción, La prisión preventiva– Editorial Dunken – Buenos aires año 2015

civiles y Políticos en su artículo 9,3 dispone: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser regla general”.

Asimismo, en otra norma internacional como lo es el *principio 39*<sup>23</sup> del conjunto de principios para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención establece que excepto casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se le impongan. Sin dejar de lado uno de los documentos internacionales de extrema relevancia, como lo son las reglas de Tokio<sup>24</sup>, en su art.6, 1 establece que *En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso.*

---

<sup>23</sup> *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión - Asamblea General de la CIDH en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988*

<sup>24</sup> *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990*

## ***Capítulo II Abuso de la Prisión Preventiva.-***

---

### Ser y deber Ser.

Siguiendo las bases de la exposición que realizó *Gabriela GUSIS*<sup>25</sup>, en la Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva en el año 2013, quien al ser Secretaria Privada del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. E. Raúl Zaffaroni siguió su bajada de línea, en la actualidad se da el absoluto divorcio entre el ser y el deber ser de la prisión preventiva, y jamás podría reflejarse con tanta claridad en ningún otro ámbito del derecho como en el jurídico-penal.

Superadas las diferentes experiencias históricas en que la crueldad del poder punitivo no sólo se expresa en la praxis sino también en la propia legislación, el momento actual encuentra aún, una amplia distancia entre el deber ser de los derechos y garantías ampliamente reconocidos a nivel internacional y nacional, y el ser, la operatividad real del encarcelamiento preventivo en Argentina.

Han sido muchas las décadas de esquizofrenia entre ley y realidad, pues ha habido muchos gobiernos autoritarios que desarrollaron su arbitrariedad proclamándose incluso defensores de los valores de sus constituciones republicanas y, pese a ello, la situación no parece haber variado materialmente en lo atinente al ejercicio del poder punitivo en el momento actual. .

---

<sup>25</sup> Gusi, Gabriela (2013) REUNIÓN REGIONAL DE EXPERTOS SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA Edificio GSB de la OEA 1889 F. St. N.W., Washington D.C. Salón Gabriela Mistral (Piso TL) 9 y 10 de mayo. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp>

### Código Procesal Provincial y requisitos para su procedencia.

Para que sea procedente una prisión preventiva, siendo la medida cautelar más gravosa dentro de un proceso penal, requiere en un primer término, su marco normativo que reglamente y regule tal actividad.

En la provincia de La Pampa, encontramos dentro del código de forma en materia penal (*Código Procesal Penal de La Pampa*) el artículo 250 que reglamenta su procedencia.

El nombrado artículo prevé que *“Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, y después de recibida su declaración, previo requerimiento fundado del Ministerio Público Fiscal, se ordenará su prisión preventiva cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente.”*

En primer término, se observa que la prisión preventiva de una persona solamente corresponderá cuando se obtenga semiplena prueba, también denominada prueba incompleta, imperfecta o media prueba, es aquella que produce acerca de una aseveración o un hecho una persuasión vacilante, privada de plena seguridad sobre su exactitud.

Ello no excluye la admisión de la prueba indiciaria, cuando racionalmente proceda. Se contrapone a la prueba plena, y al tratarse de una medida solicitada dentro de una investigación fiscal,

no tiene carácter definitivo pero argumenta y llena de solidez objetiva, por ende la prueba semiplena es suficiente para decretar la medida.

En un segundo análisis del citado artículo, encontramos la obligatoriedad de tomar declaración a la persona imputada respecto del hecho investigado a fin de que proceda la prisión preventiva.

Asimismo, entre los derechos esenciales de cualquier imputado se halla el de no declarar contra sí mismo, como garantía de la inocencia que se le presume en el artículo 18 de la Constitución Argentina, aun así, las declaraciones del inculpado son trascendentales para determinarlo como autor de los hechos realizados.

Este acto procesal, podrá ejecutarse en cualquier tiempo dentro del mismo proceso y podrá repetirse todas las veces que lo razone necesario, tanto el juez, el Fiscal, o el mismo confesor. Con el interrogatorio se intentan establecer las situaciones particulares del sospechoso, posibles antecedentes penales, su conocimiento del motivo de la imputación, sobre los hechos imputados y sobre la participación suya o de otras personas.

### Casos de Procedencia

Según el artículo 251 del Código Procesal de la Pampa, la aplicación de prisión preventiva deberá decidirse en audiencia donde el Juez resolverá lo que corresponda. La resolución deberá contener los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una sucinta enunciación de los hechos; los fundamentos de la decisión; y la calificación legal del hecho. Al momento de fundamentarla, el Juez deberá analizar la existencia de una presunción razonable, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la acción de la justicia en el desarrollo del proceso (peligro de obstaculización).

Por lo expuesto surge prima facie que exclusivamente estos dos supuestos son los que darían origen a la detención preventiva de una persona sometida a proceso.

El peligro de fuga, el primer supuesto que trata el código, es el criterio más importante en la consideración para la imposición de la medida cautelar, ya que el criterio dominante para la existencia del proceso es la comparecencia del procesado. En el peligro de fuga el juez debe valorar todas las circunstancias que rodean el caso específico y que motive la permanencia del imputado en un centro de detención.

En palabras específicas y textuales del código, se determina la peligrosidad de una persona de no estar sujeto a proceso evaluando;

*1º) Arraigo en el país, determinado por el domicilio real, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos;*

El termino arraigo es alusivo a los vínculos que efectivamente tenga el imputado con el lugar donde resida normalmente, es decir, que allí este su hogar, su trabajo, su familia, sus intereses en general de tal manera que no exista la presunción de que le daría igual huir del mismo.

Dicha medida cautelar personal se impone cuando no habiendo arraigo adecuadamente garantizado, se aprecie que existe un arduo peligro de fuga. Es entonces que el Juez establece tal medida a fin de impedir que el imputado durante el proceso intente huir para no afrontarlo.

No debemos confundir, que pueda considerarse un supuesto de riesgo procesal de fuga la circunstancia de que el imputado hubiese intentado retirarse del lugar del hecho, puesto que ello se corresponde con el objeto procesal y, claramente, no puede formar parte del contexto del cumplimiento de obligaciones procesales.-

De ello hay que entender que con la palabra arraigo se hace referencia a la zona geográfica o ciudad que actualmente habita la persona, y con todos sus accesorios posibles como trabajo, familia, nexos culturales, etc. y por ello, el peligro de fuga respecto al

presente inciso se configuraría cuando exista una marcada demostración de la falta de raíces.

*2º) La pena que se espera como resultado del proceso;*

En lo que respecta al artículo 251 del CPPLP, se deduce debe ser interpretado como un sistema de presunciones legales que opera iuris tantum, como así también el presente inciso ya que haciendo alusión que cuando el máximo de la escala penal aplicable en abstracto para el delito imputado superaría márgenes elevados de pena privativa de libertad se presume la `fuga´ del imputado. Ahora bien, a nuestro criterio, siguiendo la línea del legislador también debería ser a la inversa tal presunción, de modo que esperando una pena privativa de libertad de manera abstracta, que no supere un plazo razonable se presumiría la no fuga del imputado. Pero así como existe un *deber ser*, a la par del mismo siempre coexiste un *ser*, por lo que la presunción opuesta de tal inciso no se conforma en ningún tiempo.-

De igual modo, al resultar ambas presunciones iuris tantum devienen rebatibles por prueba en contrario: para el segundo caso (*pena exigua*), acudiendo a indicadores de riesgo procesal que existan en el caso concreto, y para el primer caso (pena elevada), arrimando a través de indicadores de `no fuga´ y de "no entorpecimiento de la

investigación" elementos valorativos concretos que permitan tener por desvirtuada tal presunción.<sup>26</sup>

No debe perderse de vista que, a la luz de nuestra Constitución Nacional y las normas internacionales incorporadas a la misma, el derecho de permanecer en libertad durante el proceso, basado fundamentalmente en el principio de inocencia del que goza todo imputado, sólo puede ceder frente a la necesidad de garantizar la actuación de la ley penal; consecuentemente, la sola pena en expectativa, aunque la misma sea de cumplimiento efectivo, no puede determinar por sí misma la existencia de peligrosidad procesal, debiendo valorarse otras circunstancias, de lo contrario se incurriría en una violación a la Convención Americana de Derechos humanos al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida<sup>27</sup>. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos tal como así fue expuesto por el fallo Tibi vs Ecuador.

*3º) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal;*

---

<sup>26</sup> Cámara Nacional de Apelaciones de Mar del Plata – Oficina de Jurisprudencia Penal - Expte. 6343 "EXCARCELACIÓN A FAVOR DE TORALES, RUBÉN ORLANDO" Registro: 8869 – 18/VI/10 Dres.

<sup>27</sup> Fallo tibi vs Ecuador- Punto 180; Rescatado de [corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId\\_Ficha=239&lang=es](http://corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=239&lang=es)

A nuestro entender, este inciso es de los más significativos en razón de estudio. El presente inciso permite anticipar el posible comportamiento del procesado en base a efectivas conductas que se han dado en el pasado, que es la esencia de la determinación del peligro procesal, de modo que a diferencia de la sentencia, la medida de prisión preventiva no se basa en pruebas y no se necesita una certeza para declararla fundada, sino que lo que se acredita es que existe un peligro; no se prueban hechos, se establece una probabilidad, por lo cual debe ser este examen muy cercano a la declaración de certeza, pero no necesariamente llegar a ella.

En este inciso se da un gran roce con el derecho penal de autor, que en conceptos del Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni<sup>28</sup> es aquel que no probare el acto en sí mismo, sino el acto como manifestación externa de una forma de ser del autor y sería delictivo lo prohibido, reprochable, peligroso, sería la personalidad, no se condena tanto el homicidio como, el ser homicida, la violación como el ser delincuente sexual, etc.

No todo derecho penal de autor es derecho penal de peligrosidad sino que hay un concepción que es el derecho penal de culpabilidad y ésta parte de la base en que la personalidad inclinada al delito genera conductas, que en un momento fueron elegidas libremente y pretende que lo que se le reproche al autor no sea el acto, sino la personalidad que ese acto revela del individuo.

---

<sup>28</sup> Derecho Penal Parte General - Eugenio Raúl Zaffaroni, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro.- Año 2007 - Editorial EDIAR - Buenos Aires-.

Por lo tanto, este apartado del código Procesal de La Pampa, como ya habíamos anticipado, tiene cierto rozamiento con la subjetividad del imputado, pero esto es rápidamente rebatible con un valioso grado de objetividad en los fundamentos volcados a fin de solicitar una prisión preventiva por medio del presente inciso, es decir, demostrando con empirismo el real comportamiento malicioso del imputado a fin de no prestarse a la justicia, sea en su cotidianidad o en procesos anteriores.

*4º) La posibilidad cierta de ausentarse del país o permanecer oculto.*

Respecto de dicho inciso, se toca cierto margen con el inc. 1º del presente artículo, ya que guardan cierta correlación el arraigo que pueda poseer una persona con la cierta posibilidad de ausentarse. Ahora bien, no lo es así en el segundo supuesto, el de permanecer oculto, y en él se valdrá el juez de elementos que lleven a una presunción o convicción de que el imputado se ocultara de la justicia sin poder dar con él para continuar el proceso.

Ya habiendo explicado el primero supuesto de procedencia, y continuando el análisis del artículo 251 del CPPLP, el segundo caso de procedencia de la prisión preventiva hace hincapié en la obstaculización de la justicia en el desarrollo del proceso penal, es decir el peligro de obstaculización que pudiere causar el imputado.-

En lo concerniente a la obstaculización de la actividad probatoria, debemos precisar que ha sido generalmente considerada como una finalidad justificadora de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de presunción de inocencia. Si se acepta que uno de los fines del procedimiento es el correcto establecimiento de la verdad, parece evidente que una conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida<sup>29</sup>.

El principio general es que el imputado es un sujeto autónomo, que no está obligado a colaborar en la persecución, salvo las cargas que de modo preciso le impone la ley, y sólo tiene un deber de lealtad en la litigación equivalente al de cualquier otro actor en un proceso. Las medidas cautelares, entonces, se vinculan con este deber que lo obliga a no atentar contra la posibilidad de que se desarrolle un proceso honesto, pero no pueden afectar sus facultades defensivas que suponen su derecho a guardar silencio, a diseñar su estrategia de defensa y a comportarse conforme a ella y, sobre todo, a exigir que la carga de la persecución y la prueba recaigan sobre el fiscal.

Al igual que en el peligro de fuga, para determinar el peligro de obstaculización se deben verificar datos objetivos ciertos relacionados con el imputado, pero con su futura manera de proceder. Ello debe ser valorado en función a su comportamiento

---

<sup>29</sup> Vid. MAIER, Derecho Procesal Penal argentino: Fundamentos, el Derecho procesal penal como fenómeno cultural. Tomo I, Vol. B. Hammurabi, Buenos Aires, 1989  
FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 556

dentro del proceso, el cual puede ser tanto físico (como por ejemplo, acciones destinadas a amedrentar a testigos, peritos, coimputados o conductas destinadas a lograr comunicación con el exterior, a fin de que otras personas oculten, supriman, alteren o desaparezcan las pruebas que de alguna u otra forma lo comprometen) como procesal (en el sentido de presentar constantes recursos destinados al fracaso del procedimiento, como por ejemplo, interposición de libertades sin fundamento fáctico o dogmático, nulidades procesales, tachas, o de la constante negativa a cumplir con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, como el no concurrir a las declaraciones y sus respectivas ampliaciones, el no acudir a las diligencias procesales de confrontaciones, y a cuanta diligencia sea ordenada por el magistrado correspondiente).

Según nuestro cuerpo normativo de forma, Para decidir acerca del peligro de obstaculización para el desarrollo del proceso se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado;

*1º) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba;*

La evaluación de las condiciones establecidas en el artículo 253º del CPPLP ha de realizarse con referencia al caso preciso y determinado, sin que sean válidas las presunciones generales fundadas en la naturaleza del delito o en las situaciones genéricas del inculpado.

Hay cierto grado de preocupación por los agentes judiciales de garantizar la investigación fiscal, y ello forma un postulado rigurosamente cautelar del proceso y constitucionalmente reconocido.<sup>30</sup>

Refiriéndonos al peligro de obstaculización, este mismo comprende el actuar del imputado respecto a encubrir pruebas de suma importancia para la investigación. Esto podría realizarlo el mismo imputado destruyendo las mismas, llevándolas a un diferente lugar, desnaturalizar testimonios sea por amenazas o coimas, asimismo cuando se lleva a cabo una defensa dilatoria y sin sentido, propuesta a demorar los plazos procesales. Otra de las formas de perjudicar al proceso respecto a pruebas, es prescindiendo de una correcta preservación de las pruebas.

En este caso, el inculcado es portador de elementos de prueba trascendentales para confirmar la imputación punible respectiva. De esta manera el peligro de obstaculización, se refiere primordialmente a la manera en que el imputado actúa dolosamente ocultando pruebas de gran importancia para la investigación fiscal. Asimismo, incurre en obstaculización aquel que evitando la conservación de las pruebas llevare a perderlas, esto se daría en el caso de que el imputado mismo sea fuente de ella. En este caso, el imputado es portador de elementos de prueba importantes para acreditar la imputación delictiva, un ejemplo de éste criterio es el caso del

---

<sup>30</sup> Código Procesal Penal de la Nación Comentado – Raul Washington Abalos – Editorial Jurídica de Cuyo – Año 1994.

administrador de una empresa, involucrado en un delito fiscal, que destruya u oculte los libros contables que reflejan el estado financiero de la persona jurídica.

Cuando se trate de pruebas físicas, sólo será pasible de prisión preventiva cuando el acusado posea una real disponibilidad de aquellos elementos que servirían de prueba, de manera tal que lograre alterarlos o destruirlo.

Asimismo, es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá tal riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse.<sup>31</sup>

*2º) Influirá para que coimputados, peritos o testigos informen falsamente o se comporten de manera reticente;*

Respecto a este inciso, hay que dejar en claro que los imputados para lograr perjudicar la investigación fiscal, se pueden basar en artimañas de tipos muy variadas. Una de esas formas puede ser corrompiendo voluntades, con la finalidad de que se tergiverse la verdad de los hechos. En razón a la influencia que puedan generar ella podría ser ejercitada bajo intimidación o coacción, y esto se da con mucho más ímpetu o violencia en caso de los delitos llamados graves, ya que valiéndose el inculpatado de los mecanismos propios

---

<sup>31</sup> Revista Derecho Social – Autor Jorge Lopez Pérez – Año 2014 – Editorial Digital

de la actividad criminal organizada lograría el fin de amedrentar a los declarantes para que no asistan con el proceso mismo.

Es claro, que en este inciso una mera y pequeña intimidación al testigo es insignificante, principalmente cuando existen mecanismos suficientes para impedir que se lleven a cabo, el por ello que el juez debe, arribar a un convencimiento tal, que presuma de que el imputado posee una genuina voluntad y como así también es competente para llevarla a cabo, y de esa manera intervenir directamente o por medio de otros en los testigos o personas que correspondería que declarasen en el proceso.

*3º) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos;*

Cuando el legislador plasmó en el código procesal de La Pampa, tal inciso, se refirió al accionar que podría llegar a lograr el imputado con el fin de inducir a otros a realizar tales comportamientos, que entorpezcan la causa, o investigación fiscal, bajo los mismos criterios que el inciso anterior.

El imputado, respecto a los actos dilatorios del proceso, o asimismo perjudicar pruebas esenciales para la investigación, lo podría ejercitar de manera personal o por medio de interpósita persona, quien esta última la podría realizar ciertamente aun desconociendo la ilicitud de su actuar, o ya bien, ser llevada a esta situación bajo amenaza o intimidación.

*4º) Persistirá en su accionar respecto de la víctima.*

Respecto a dicho inciso, es clave los argumentos o pruebas que pueda hacer arribar al juez respecto de una presunción que el imputado persistirá con su accionar delictivo hacia la víctima.

Este inciso se logra observar de manera cotidiana, y de gran porcentaje para los delitos de violencia de género actuales, ya que dado un patrón psicológico llamado “Luna de miel” las víctimas retornan con sus victimarios, siendo estos últimos persistentes en sus hechos anteriores remarcando la violencia o el hecho que fuere punido, es por ello que a fin de evitar tales males, o que se acentúen con el correr del tiempo, se fundamenta la posibilidad de una prisión preventiva bajo tal supuesto. Ello no amerita que pueda darse en cualquier tipo de delito, y no obstante también unificar con otros supuestos de procedencia de tal medida.-

Consecuencias del Abuso de la Prisión Preventiva.

Hacinamiento.<sup>32</sup>

Es un hecho que el volumen de la población de las prisiones está aumentando en todo el mundo creando con ello, principalmente una gran cantidad de violaciones a los Derechos Humanos, como así también en segundo plano genera una enorme carga financiera para

---

<sup>32</sup> Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles – Elías Carranza, Raul Eugenio Zaffaroni, Oscar Arce – Editorial Siglo XXI – Primera Edición – Año 2001

los gobiernos y afectando gravemente la cohesión social de las sociedades.

Como adelantábamos en el párrafo anterior, el hacinamiento es generador de transgresiones de derechos humanos a gran escala. En principio La persona bajo el cumplimiento de una restricción personal, sea bajo pena definitiva o bien prisión preventiva debe ser tratada respetando su dignidad, seguridad e integridad física, psíquica y moral<sup>33</sup> para garantizar que estará exenta de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ante la falta de espacio, o áreas que generen comodidad física en los penados, se produce indefectiblemente una destrucción de la correcta y sana personalidad humana. Asimismo, se dan entre otras violaciones a los derechos humanos tales como la educación dado que no existe casi ningún establecimiento penal (Comisarias, Penitenciarias, Cárceles) que cuenten con una correcta instalación educativa para brindar un preciado servicio educativo.

Uno de los derechos violentados por medio del hacinamiento y con mayor afectación a la vida humana es el Derecho a la salud, ya que en un esquema carcelario con sobrepoblación, o bien hacinamiento humano, se está expuesto a riesgos altísimos de contagio de enfermedades o bien la posibilidad efectiva que se genere una epidemia, y aun así, dada estas grandes probabilidades efectivas, los establecimientos carcelarios no cuentan con correctas

---

<sup>33</sup> San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 - CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – Artículo 5.

instalaciones de salud en su interior y en la mayor cantidad de casos los reclusos son derivados a atenderse en hospitales públicos, con lo cual ello generaría una sobrepoblación hospitalaria en caso de una epidemia generada dentro del establecimiento penal.

En el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*<sup>34</sup> la Corte realizó un análisis sobre la superpoblación en las cárceles y, tras analizar las condiciones de hacinamiento que sufrían los presos en el caso concluyó que; *“las personas reclusas en el Retén de Catia vivían en condiciones de extremo hacinamiento y sobrepoblación. El número exacto de internos al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso no se conoce con exactitud, debido, inter alia, a la carencia de un registro adecuado en el que se consignen los datos básicos de éstos. Sin embargo, las estimaciones señalan que el Retén de Catia contaba con una población carcelaria entre 2286 y 3618 internos, cuando su capacidad máxima era 900 reclusos. Es decir, tenía una sobrepoblación carcelaria entre 254 y 402 por ciento. El espacio para cada interno era aproximadamente de 30 centímetros cuadrados. Ciertas celdas destinadas a albergar a los reclusos en la noche, a pesar de estar diseñadas para albergar dos personas, albergaban al menos seis”*<sup>35</sup>

Por ello la Corte, concluyó que “el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable

---

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006.

<sup>35</sup> Fallo Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006 - Considerando 89 – Corte Interamericana de Derechos Humanos.

y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención.

Asimismo estableció que una prisión hacinada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario.

Por otro lado, un espacio de cerca de 2 Metros cuadrados para un interno es un nivel de hacinamiento que no puede considerarse como un estándar aceptable.<sup>36</sup>

Sobrepoblación o hacinamiento significa que hay más de una persona donde hay espacio solo para una, lo que implica una pena cruel, a su vez obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales de los sistemas penitenciarios, tales como el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, y asimismo el de otras funciones también muy importantes, pero que pasan entonces a la categoría de prescindibles por la imposibilidad de desarrollarlas, o de desarrollarlas de manera adecuadas, nos referimos al trabajo, la recreación, y la visita íntima. Esto mismo

---

<sup>36</sup> Fallo Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006 - Considerando 91 – Corte Interamericana de Derechos Humano.

implica violar derechos fundamentales, tanto de la población presa como de los funcionarios, que deben realizar sus tareas en condiciones muy difíciles y riesgosas.<sup>37</sup>

Por otra parte las bajas tasas de encarcelamiento no siempre indican una tasa baja de hacinamiento, ya que puede darse una muy baja tasa de encarcelamiento pero debido a la falta de espacio o de infraestructuras adecuadas los reclusos estarían concentrados en pocas prisiones de bajos recursos generándose de igual modo el hacinamiento.

Los establecimientos carcelarios de cualquier índole, corrientemente llegan a crear un hacinamiento debido al uso colosal y extendido del período del encarcelamiento preventivo, aún en mayor medida que el encarcelamiento definitivo. Asimismo, lo que es efectivo es que la detención preventiva con repetición se usa desmedidamente, por lo cual la infraestructura penitenciaria debería ajustarse en términos de espacio y no necesariamente en los servicios que ofrece.<sup>38</sup>

Otro punto muy importante que genera el hacinamiento, y no ya dentro de los propios muros de una cárcel, es el impacto negativo sobre factores externos. El costo del uso excesivo del encarcelamiento, que es el motivo fundamental del hacinamiento es muy elevado, asimismo, genera niveles de pobreza y marginación

---

<sup>37</sup> Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles – Elias Carranza, Raul Eugenio Zaffaroni, Oscar Arce – Editorial Siglo XXI – Primera Edición – Año 2001

<sup>38</sup> Manual Sobre Estrategias Para Reducir el Hacinamiento en las Prisiones – Oficina De las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - Christoph, 2010-

social de ciertos grupos de personas al reducir fondos disponibles de otras esferas del gasto público como puede ser salud, educación entre otros. De igual modo, cuando se encarcela a un miembro de la familia que genera ingresos, la pérdida repentina de esos ingresos puede impactar seriamente sobre la situación económica del resto de la familia. Aunque esa persona posteriormente sea puesta en libertad con frecuencia sin perspectiva de empleo de acuerdo a sus antecedentes penales, queda sujeto tanto a la exclusión social como económica y es rápidamente alcanzable por un círculo de pobreza, marginalización, delincuencia y su posterior encarcelamiento nuevamente.

Por lo tanto al considerar el costo de encarcelamiento se debe tener en cuenta no solamente los fondos que se gastan para mantener a cada recluso, que usualmente es mucho más alto que cuando se sanciona a una persona apenas sin detención, sino también los costos colaterales, tales como el impacto de estos costos en los servicios sociales, económicos, salud, etc. Que no son siempre fáciles de medir pero que son inmensos y a largo plazo.

A pesar de las disposiciones del derecho internacional que restringe el uso de la prisión preventiva a circunstancias estrictamente prescriptas, el uso excesivo y largos periodos de prisión preventiva son endémicos en muchos países, generando como consecuencia un inevitable hacinamiento. Si bien el uso excesivo de la prisión preventiva es uno de los principales factores que contribuyen al hacinamiento en las prisiones, también es uno de los retos más

complejos para tratar debido a la cantidad de instituciones de justicia penal involucradas, la aguda necesidad de asistencia jurídica y demora en el proceso judicial.

Las demoras en el procesamiento de los casos antes de dictarse la sentencia final, tienen un impacto importante en la dimensión de la población en prisión preventiva y el respectivo hacinamiento que ello genera. Estas largas demoras pueden deberse a la combinación de muchos factores, que generalmente se refuerzan mutuamente tales como, demoras en la investigación por parte de los policías o fiscales, que puede deberse a la falta de capacitación y/o recursos, falta de cooperación entre organismos judiciales como la policía, fiscales y tribunales, burocracia de la administración judicial, frecuente postergación de juicios por sobrecarga de casos en los tribunales, etcétera.

Por lo tanto, cuando se desarrollan políticas para reducir los hacinamientos en las prisiones se debe considerar el evaluar muchos factores, entre ellos si el arresto y la prisión preventiva se usan excesiva e inadecuadamente y por ende una posible reducción de las prisiones preventivas, condiciones edilicias de las cárceles, condiciones generales del servicio penitenciario, recursos del estado, características particulares del detenido, el delito, entre otras.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Manual Sobre Estrategias Para Reducir el Hacinamiento en las Prisiones - Oficina de la Naciones Unidas, Diciembre 2010 – Editorial CICRVON TOGGENBURG

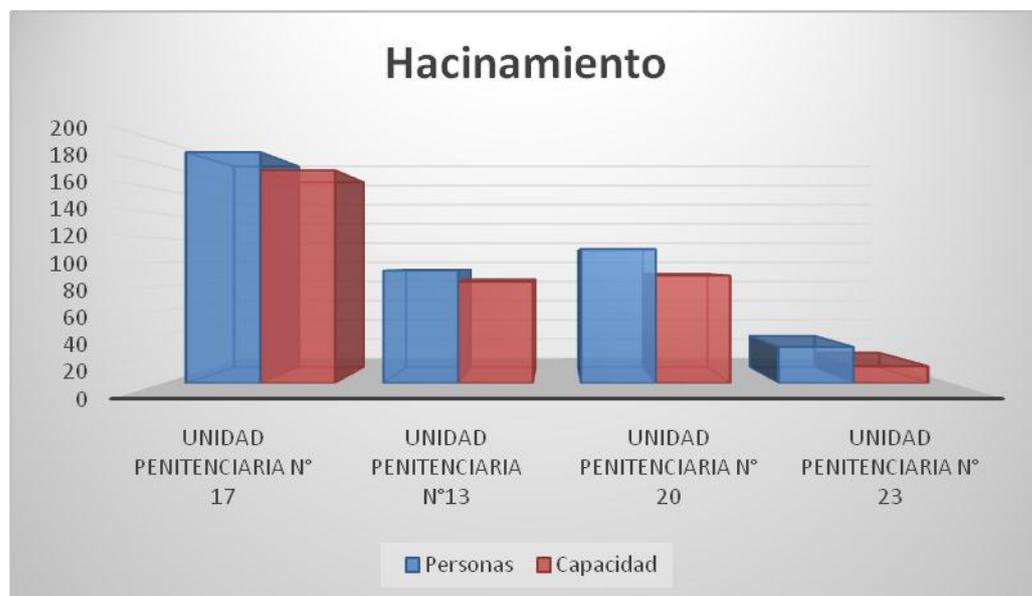
En materia de hacinamiento uno de los fallos de extrema importancia en nuestro país fue el caso Verbitsky <sup>40</sup> en el cual la Corte reconoció al Centro de Estudios Legales y Sociales legitimación colectiva para interponer un habeas corpus correctivo y colectivo a favor de las personas detenidas en comisarías bonaerenses, como así también en este fallo ordeno al gobierno de bs as que revirtiera las condiciones de hacinamiento existente.

Luego de que la Corte suprema dictara dicho fallo, se verifico una disminución de la cantidad de personas privadas de su libertad, logrando quebrar la tendencia constante de incremento de presos en los últimos años. Datos que arrojan el Centro de Estudio Legales y Sociales sobre un informe realizado desde el año 1994 hasta el año 2006 demuestran un fuerte crecimiento de la población privada de libertad hasta el año 2005 ( año de la sanción del fallo Verbisky), disminuyendo en un casi nueve por ciento del total de esa población carcelaria hacia el año siguiente.

---

<sup>40</sup> Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Verbitsky, H s/ hábeas corpus – Año 2005 - V. 856. XXXVIII. -

Datos año 2006 Fuente: CELS SPF.-



Tal como lo destacó la CSJN en “Verbitsky”<sup>41</sup> la gran problemática del crecimiento de la población carcelaria obedece fundamentalmente al uso indiscriminado de la prisión preventiva, en la actualidad ocho de cada diez personas privadas de su libertad no tienen una sentencia firme (Audiencia Pública de diciembre de 2004 del Gobierno de la Pcia. De Bs. AS.).

Por todo lo expuesto, concluimos que el hacinamiento es un problema actual y evidente, y que su solución responde a varios ejes, como así también instituciones gubernamentales y judiciales. El problema del hacinamiento obedece básicamente a la falta edilicia, pero si la construcción de cárceles no es acompañada de una progresiva modificación de la política criminal y judicial solo garantiza

<sup>41</sup> Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Verbitsky, H s/ hábeas corpus – Año 2005 - V. 856. XXXVIII.

un nuevo edificio que en poco tiempo completara su capacidad y la superara.

A modo de conclusión, y luego de los datos esgrimidos en este título nos es menester destacar la importancia que tiene tanto la legislación nacional como internacional al prohibir y penar el hacinamiento carcelario.

En el último año, en torno a tal problemática, podemos destacar la importancia de las llamadas Reglas Mandela, logradas en marzo de 2015, cuando la Asamblea General decidió en 2011 establecer un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta para examinar y, eventualmente, revisar las Reglas Mínimas<sup>42</sup> para el tratamiento de reclusos sancionada en 1955. Tras varias reuniones se logró el consenso de las naciones sometidas. En mayo de 2015, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal aprobó las reglas revisadas y las remitió al Consejo Económico y Social para su aprobación y posteriormente a la Asamblea General para que se adoptaran como las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”.

En ellas, se recomienda a los Estados Miembros que *“Continúen procurando limitar el hacinamiento en las cárceles y, cuando proceda, recurran a medidas no privativas de libertad como alternativa a la prisión preventiva, promoviendo un mayor acceso a mecanismos de administración de justicia y de asistencia letrada,*

---

<sup>42</sup> Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977

*reforzando las medidas sustitutivas del encarcelamiento y apoyando los programas de rehabilitación y reinserción social, de conformidad con lo dispuesto en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad”<sup>43</sup>*

Asimismo, en el plano internacional encontramos diversos tratados, convenios o reglas que impiden tajantemente el hacinamiento carcelario, dichos instrumentos internacionales deben ser aplicados en nuestro ordenamiento jurídico de manera obligatoria, ya que en caso de incumplimiento de la obligación por el respeto y salvaguarda de derechos humanos que posee el estado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podría elevar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos un caso contencioso por la violación a los mismos, sea esto en cárceles o cualquier otro destacamento policial que aloje imputados del propio estado, esto es así por el hecho de que cuando un sujeto de Derecho Internacional viola una obligación internacional, sin importar la fuente de dicha obligación.

#### *Violación del principio de inocencia e Indubio pro reo.*

El estado como persona jurídica, tiene la jurisdicción de regular y reglamentar el derecho en las relaciones de las personas entre sí, como así también en las relaciones de los individuos con el mismo

---

<sup>43</sup> *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) Artículo 9.*

estado, aunque esto mismo se halla restringido por las garantías de los habitantes, resultando en corolario el proceso encaminado por una serie de garantías plasmadas en nuestra norma suprema y los pactos internacionales reconocidos por ella; sometiéndolo a ciertas normas específicas que hacen al debido proceso.<sup>44</sup>

El digesto del Ulpiano expresaba “es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente”.

El principio de Inocencia surge por primera vez en 1879 en la Revolución Francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, la cual en su art. 9 expresa *“Presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable...”*<sup>45</sup>

El fondo de esta garantía es imposibilitar que los sometidos a proceso fueran tratados como auténticos culpables del delito inculcado.

Hoy en día, la Presunción de Inocencia es un principio acorde al cual el individuo sujeto a proceso goza de una situación jurídica que no requiere fundar, sino que le corresponde derrumbar al acusador; que es el estado.<sup>46</sup>

Dicho precepto es dejado de lado en la práctica legal, ya que el hecho de ser considerado “inocente” está referido al buen trato que debe tener toda persona desde que ingresa al proceso de investigación. Dentro de este punto este principio no indica que el

---

<sup>44</sup>“Prisión Preventiva ¿Pena anticipada?” Mariana Bazán - Lorena Alejandra MIRANDA – Año 2008 - Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas Universidad Nacional de La Pampa.

<sup>45</sup> Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano - Artículo 9 - Francia 1789

<sup>46</sup> Francisco J. D’Albora, Código Procesal Penal de la Nación, pág. 25, Ed. Lexis Nexis, año 2002.

procesado sea inocente, ya que desde el primer momento de la investigación se tiene una sospecha de la persona imputada.

La certeza de la culpabilidad es luego de un proceso judicial, o sea que para ser responsable de un acto delictivo, la situación de inocencia debe ser destruida mediante la certeza de pruebas suficientes en un proceso penal.<sup>47</sup>

Así el Pacto de San José de Costa Rica, dispone en su Art. 8, apartado 2 que, “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala, en su art. 11, que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece, en su art.26, que: “*se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable*”.

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone, en su art. 14, apart.2, que: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

---

<sup>47</sup> Revista JuridicaCamarja N°15 – “Presuncion de Inocencia” - Marco Antonio Cardenaz Ruiz-

Los Pactos Internacionales amplían el sistema de derechos y garantías que instituye nuestra constitución.

La presunción de inocencia expresa que todo imputado durante el transcurso procesal penal debe en principio ser considerado como inocente sin una sentencia condenatoria firme, y ello solamente se lograría si de lo desplegado en el proceso se establece con convicción y fundamentos que el imputado es el autor del hecho inculcado, y en caso de duda, debe resolverse definitivamente acorde a lo más propicio al acusado, esto es llamado “in dubio pro reo”.

Según expone Binder<sup>48</sup> “La cárcel tal como la conocemos actualmente es un fenómeno relativamente moderno, que no alcanza a tener 300 años de antigüedad. Hace trescientos años precisamente, no se utilizaba la pena de prisión, sino la mutilación por ejemplo.

Recuérdese que durante dieciséis siglos la privación de la libertad había sido exclusivamente una medida cautelar. Es a partir de la revolución industrial en que dicha prescripción aparece como pena y se funda en la capacidad de trabajo del individuo, que era el bien máspreciado en aquella perspectiva histórica. Las penas eran hasta ese entonces de carácter corporal, y eliminatorias como la pena de muerte, es por eso que debe tenerse en cuenta que en ese contexto cultural en donde nace la prisión preventiva, era algo natural, ya que

---

<sup>48</sup> Política Criminal – Alberto Binder – Buenos Aires – Ad Hoc 1997- Pag 13

el sistema penal se construyó sobre la privación de la libertad como pena más grave.

Ahora bien, en la actualidad cuando un individuo supuestamente ha violado una norma contenida en leyes penales, solo puede ser sancionado criminalmente si previamente se ha dado un proceso legal en donde se ha acreditado la hipótesis delictiva.

En Argentina, el primer antecedente patrio relacionado con esta garantía se remonta al decreto de seguridad individual de 1811, que en su art. 2 disponía que ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba, semiplena, o indicios vehementes de crimen.

Al respecto del principio de presunción de inocencia, el cual hoy en día se encuentra plasmado en textos normativos internacionales, como así también en nuestra carta fundamental, existen posiciones negatorias, tales como la de Garofalo y Ferri, quienes con su pensamiento fascista afirmaban que tal garantía era una absurda copia del empirismo francés, que según este autor era algo superfluo y confusionista en todo. En este sentido, señala una contradicción entre lo que es el imputado durante el proceso (sospechoso) que sería el ámbito factico y la pretendida presunción de inocencia, que es el ámbito normativo. Dada la incoherencia que el autor advierte entre dicha garantía y las medidas de coerción personal, no fueron resueltas por el pensamiento liberal clásico.

En resumen, la presunción de inocencia es una garantía primordial, por lo cual se supone inocente a la persona inculpada mientras no

exista medio de prueba que exponga lo inverso; y el *in dubio pro reo* actúa como mecanismo de valoración probatoria ya que en los casos en donde surja duda razonable, debe absolverse a la persona.

Este principio se encuentra plasmado a nivel normativo local, en el art. 4 del C.P.P. de La Pampa. Queda claro entonces que debe existir una certeza absoluta en la persona del juez cuando dicta una sentencia condenatoria.<sup>49</sup>

### *Pena anticipada.*

El sistema penal selecciona individuos a los que somete a medidas cautelares tales como la prisión preventiva bajo un procedimiento que en muchos casos se desarrolla tan lentamente que logra convertir esa medida cautelar en una verdadera pena en concreto.

Según datos estadísticos arrojados en las bases de la exposición que realizó Gabriela GUSIS, en la Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva en el año 2013 dada en Washington, en el estado de Argentina el 60% de las personas detenidas no poseen sentencia firme, lo que implica que son “presos sin condena”. Los datos correspondientes en cada provincia manifiestan que Buenos Aires, es la que mayor número de encarcelados tiene en todo el país (representa aproximadamente el 50% de la población encarcelada). Este fenómeno, converge en la producción del proceso de deterioro

---

<sup>49</sup> Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal – Fabián Balcarce – Editorial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Año 2002

que el sistema penal produce al procesado, desde el momento mismo de tomar contacto con él.<sup>50</sup>

Por lo general, el menoscabo se crea desde el instante de la entrada al establecimiento carcelario, y se concibe en los escenarios de alojamiento, de salubridad, de contacto familiar, de acceso a la información, etc.

El sistema penal despliega, su dominio sobre las secciones más endebles, en las que son selectos la gran totalidad de los individuos que definitivamente ingresan al sistema penal.

Sobre el asiento de estas condiciones queda en claro que el sistema penal argentino se ejercita por medio del empleo de medidas de coerción para sospechosos estimados peligrosos a partir de su gran vulnerabilidad ante la selectividad del poder punitivo, ante ello el régimen conforma en la realidad un derecho punitivo de peligrosidad supuesta que, con cimiento en ella, distribuye efectivas penalidades sin dictamen condenatorio consecuente a gran parte de la población prisionizada.

Esto mismo que detallamos anteriormente, también es aplicado en las familias de las personas detenidas, que asimismo sufren las secuelas del aislamiento, ejemplos de ello son la lejanía que separa sus viviendas respecto a los establecimientos penitenciarios, como así también la exhibición al que deben someterse para conservar una relación familiar con éste.

---

<sup>50</sup> [http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014\\_0.pdf](http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf)

En el plano legislativo, el artículo 1 de la ley 24.390 en su actual redacción dispone que *la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia, pero este plazo puede prolongarse un año más en circunstancias especiales.*

Sin embargo, más allá del plazo que pueda contener la legislación, sólo pueden ser tenidos como orientadores al instante de suponer en el caso determinado la necesidad excepcional de la aplicación de este instituto, lo innegable es que las medidas preventivas en materia de prisión preventiva son ejercidas en la Argentina como la norma principal.

Es así, que el uso desfachatado y excesivo de la prisión preventiva, concluye convirtiéndose en la realidad jurídica como una pena adelantada, y con ello que se deja de lado la circunstancia en que la medida cautelar es una penalidad cautelar estrictamente.

Por otra parte, puede también apreciarse que las burocracias judiciales difícilmente asuman la responsabilidad de la demora en el trámite del procedimiento y para ello acuden a criterios tales como la luminosidad de las actuaciones, su complejidad, la cantidad de imputados, la existencia de déficit estructurales que impedirían fijar fechas de juicio, etc., todos los cuales más allá de su existencia, se orientan a justificar la incapacidad del propio poder judicial a efectos de cumplir su labor dentro de “plazos razonables”. En cualquier caso, dicha coyuntura se carga en perjuicio del detenido en prisión preventiva puesto que de la constatación de aquélla no deriva la decisión de disponerse su inmediata libertad.

También se destaca que la condición de persona no condenada se encuentra protegida por la presunción de inocencia y, por lo tanto, su tratamiento debe comprender al menos la posibilidad de que el detenido goce de todas las condiciones necesarias para la preparación de su defensa, no debe ser obligado a participar en programas de rehabilitación y podrá gozar de todos sus derechos y libertades fundamentales salvo aquellos que por su naturaleza misma resulten incompatibles con la privación de la libertad.

De este modo, la diferenciación de los regímenes carcelarios según se trate de internos que cumplen pena como condenados o de aquéllos que la sufren como procesados puede afirmarse sólo desde la ley mas no desde la práctica, expresando ello nuevamente una disociación entre norma y realidad.<sup>-51</sup>

### *Desviación de la medida como mero trámite.*

Última ratio es una expresión latina que se traduce literalmente por último argumento, o ultima razón, lo que puede interpretarse como que es el último testimonio posible en el tiempo.

El derecho penal, guarda relación con este precepto ya que si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios menos lesivos que los del Derecho Penal, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual efectividad, sea menos grave y contundente.

---

<sup>51</sup> Gabriela GUSIS - Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva - Año 2013 - Sede Washington

Al igual que la prisión preventiva, que al ser la medida cautelar más gravosa en un proceso, debería ser aplicado de manera condicional y acatadamente. La prisión preventiva, dado su carácter cautelar, tiene una finalidad de aseguramiento procesal, que se manifiesta a través del aseguramiento de la presencia del imputado al proceso, así como del aseguramiento de la eficacia de la decisión final y de la actividad probatoria.

Con las limitaciones ya acotadas, creemos que es importante que se tenga en cuenta que al dictar una prisión preventiva se está privando de su libertad a una persona que no ha sido declarada culpable. Esto únicamente debe responder a la finalidad asegurativa ya mencionada, lo que impone al juez una decisión razonable y debidamente fundamentada para que no se considere ese tipo de orden como un mero trámite.

No es menor el dato que el código procesal de La Pampa en su artículo 254 establece que siempre que el peligro de fuga o la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida de coerción menos gravosa, el Juez de Control o el Tribunal competente, deberán imponerle al imputado en lugar de la prisión preventiva alguna de las alternativas que expone en sus apartados siguientes. Por ello, se entiende que la prisión preventiva debería ser examinada en su conjunto con elementos probatorios del caso en concreto, exposiciones orales y materiales que hagan las partes respecto del hecho o su justificación sobre la procedencia de la medida, como así también demás reseñas que

hagan presumir razonada y legítimamente al juez el nacimiento e imposición de la prisión preventiva.-

Lastimosamente, la realidad está por demás lejos de tales presupuestos, el principio de presunción de inocencia consagrado en múltiples cuerpos normativos, expone mediante una interpretación lógica la exención del inculpado de certificar tal inocencia, y a contrario sensu, la prueba se encuentra a manos del órgano acusador, quien debe confirmar mediante indicios razonables, la convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado.

Lo cierto es que ante este panorama, el fiscal tiene el derecho de solicitar una medida coercitiva menos gravosa, pero lo concreto es que la responsabilidad es del juez al ser el encargado de verificar el cumplimiento de los presupuestos de la prisión preventiva y de que el pedido fiscal no vulnere los principios acotados. Ante la insuficiencia acreditativa del pedido de un fiscal, lo que daría como resultado sería un rechazarlo y por lo tanto no optar por privar de su libertad a la persona imputado, pero dadas ciertas estadísticas extraoficiales demuestra que no siempre se logra la lógica y prudente respuesta por parte de los magistrados-.

### Capítulo III - Estadísticas de prisión preventiva

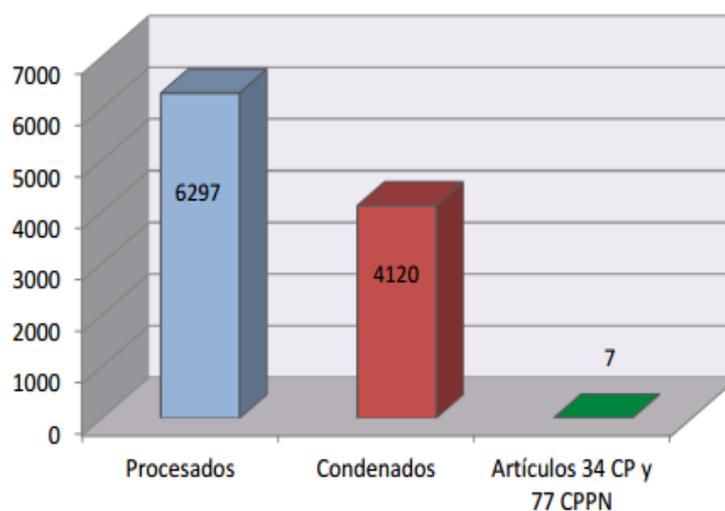
#### Estadísticas de la Prisión Preventiva a nivel Internacional<sup>52</sup>

Estado	Personas privadas de libertad	Porcentaje de procesados	Porcentaje de condenados
El Salvador	26,883	6,459 (24%) Procesados	20,424 (76%) Condenados
Ecuador	19,177	9,409 (49%) No sentenciados	9,768 (51%) Sentenciados
Guatemala	14,635	7,357 (50.3%) Preventivos	7,278 (49.7%) Condenados
Honduras	12,407	6,064 (48.9%) Procesados	6,343 (51.1%) Condenadas
Nicaragua	9,168	1,127 (12.3%) Acusados	8,041 (87.7%) Condenados
Panamá	14,521	9,443 (65%) En proceso	5,078 (35%) Condenados
Paraguay	7,901	5,780 (73.1%) Procesados	2,126 (26.9%) Condenados
Perú	58,681	34,508 (58.8%) Procesados	24,173 (41.2%) Sentenciado
Uruguay	9,330	6,065 (65%) Prisión preventiva	3,265 (35%) Condenados
Venezuela	36,236	18,735 (52%)	17,501 (48%) Con sentencia firme

<sup>52</sup> Estadísticas Rescatadas de: [oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf](https://oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf)

Estadísticas de la Prisión Preventiva a nivel Nacional<sup>53</sup>

Estado	Número de personas privadas de libertad	de de de	Porcentaje de procesados	Porcentaje de condenados
Argentina	10,417		6,297 (61%) Procesados	4120 (39%) Condenados

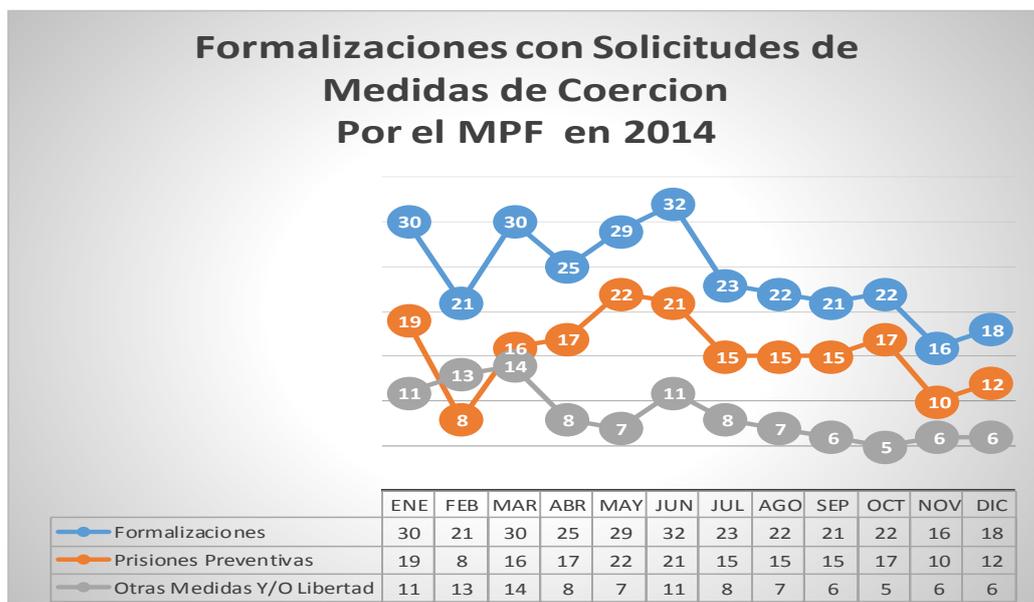


Se destaca como dato alarmante que el 60,41% de la población presa en cárceles federales lo está en situación de procesada (6.297 detenidos), lo que significa que carecen de una sentencia condenatoria firme. La aplicación de la prisión preventiva debiera ser de total excepcionalidad y sin embargo las cifras muestran obstinadamente su uso generalizado, pues 6 de cada 10 detenidos se encuentran bajo dicha medida cautelar. Cuando se observa la

<sup>53</sup> Estadísticas rescatadas de: [ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014\\_0.pdf](http://ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf)

evolución de este indicador en el tiempo se pone de manifiesto que constituye un problema estructural que se mantiene a lo largo de los años, pudiéndose advertir incluso su profundización en el último trienio, como lo muestra el gráfico siguiente. De hecho, el incremento de la cantidad total de personas detenidas en el SPF que observamos en los últimos años debe ser atribuido al encarcelamiento preventivo, pues como se observa la cantidad de condenados incluso muestra un leve descenso desde el año 2011. En cambio, podemos valorar positivamente la evolución de la cantidad de detenidos a los cuales se les ha aplicado el artículo 34 del CP o 77 del CPPN, esto es, que se encuentran en prisión pese a haber sido declarados inimputables. Respecto de los problemas que enfrenta este colectivo muy vulnerable, puede consultarse el capítulo correspondiente de este Informe Anual

## Estadísticas de la Prisión Preventiva a nivel Local



Delitos contra la vida (93)

Lesiones Leves Calificadas: 50

Lesiones Leves: 22

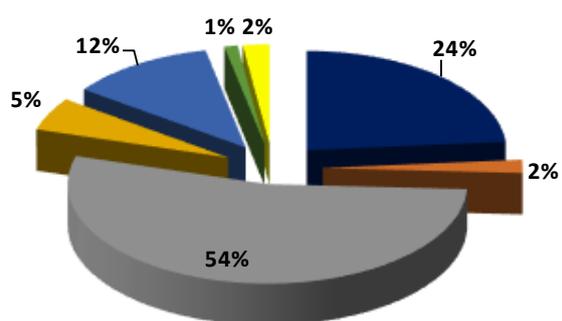
Lesiones Graves: 11

Homicidio Simple: 5

Homicidio Culposo: 2

Homicidio en grado de tentativa: 2

Homicidio Calificado: 1

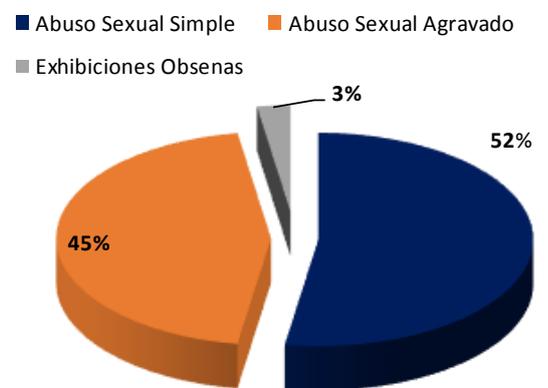


Delitos contra la libertad sexual (40)

*Abuso Sexual Simple: 21*

*Abuso Sexual Agravado: 18*

*Exhibiciones Obscenas: 1*



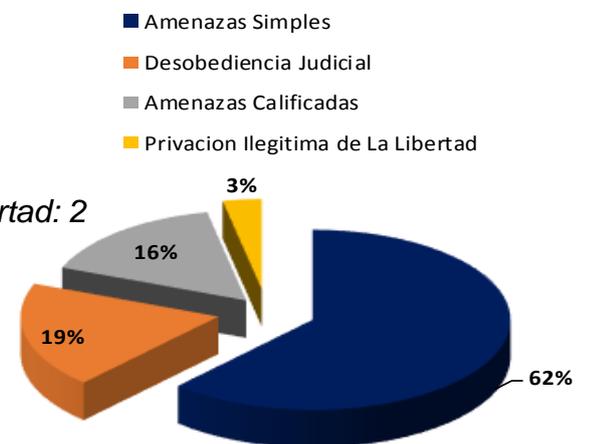
Delitos contra la libertad (63)

*Amenazas Simples: 39*

*Amenazas Calificadas: 12*

*Desobediencia Judicial: 10*

*Privación Ilegítima de la libertad: 2*



Delitos contra la propiedad o el patrimonio (91)

*Robo Calificado: 35*

*Robo Simple: 34*

*Robo en grado de tentativa: 7*

*Hurto: 4*

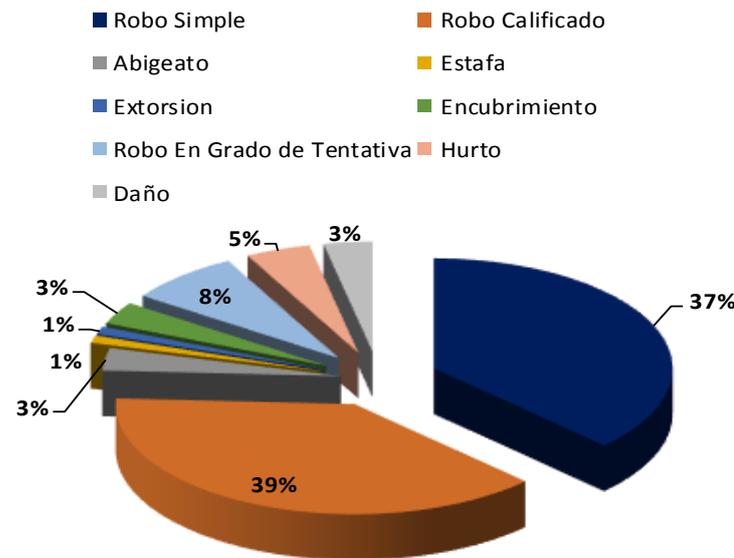
*Abigeato: 3*

*Encubrimiento: 3*

*Daño: 3*

*Estafa: 1*

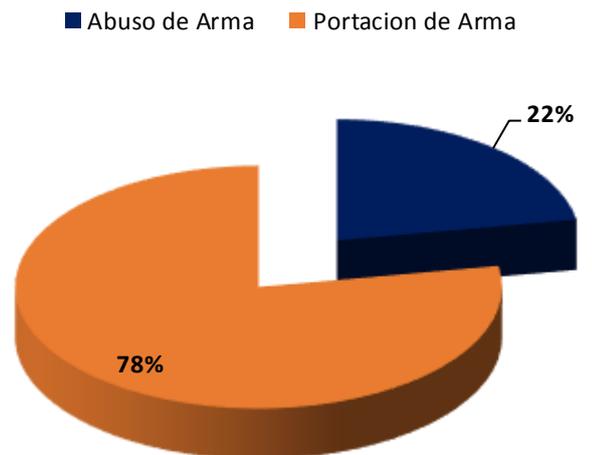
*Extorsión: 1*



Delitos contra el orden público (9)

*Portación de arma: 7*

*Abuso de Arma: 2*



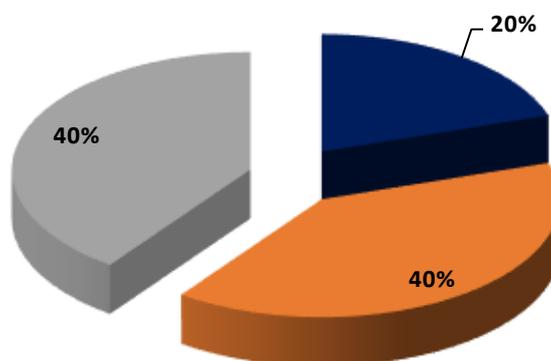
Delitos contra la fe pública (4)

*Uso de moneda Falsa: 2*

*Falsificación de moneda: 1*

*Falsificación de documento: 1*

■ Falsificación de moneda    ■ Uso de Moneda Falsa  
■ Falsificación de documento



Delitos en Total:

*Delitos contra la vida (93)*

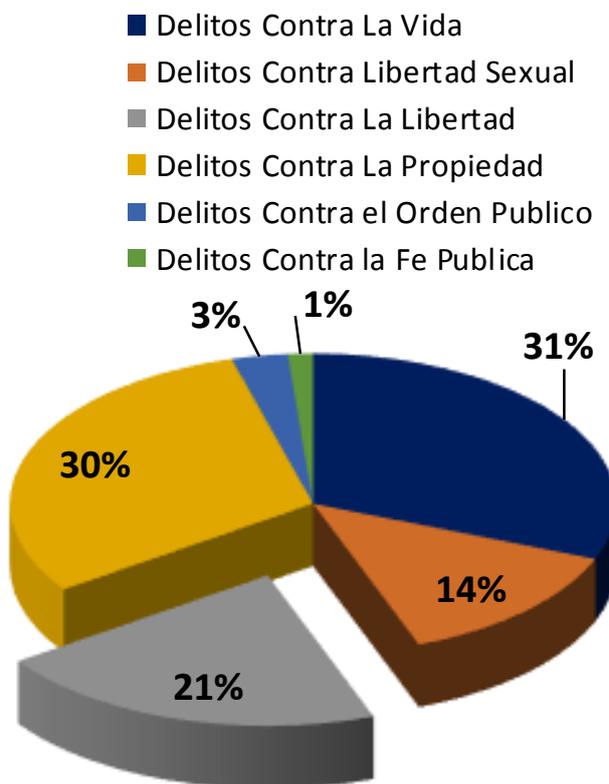
*Delitos contra la propiedad o el patrimonio (91)*

*Delitos contra la libertad (63)*

*Delitos contra la libertad sexual (40)*

*Delitos contra el orden público (9)*

*Delitos contra la fe pública (4)*



---

## Capítulo VI - Posibles soluciones a la prisión preventiva

---

### Pautas concretas para lograr el uso excepcional de la prisión preventiva.

En lo sucesivo se intentará desarrollar sintéticamente algunos aspectos que permitirían concretar la función reductora de la praxis carcelaria.

Se trata pues de planificar un esquema teórico y práctico que reduzca el crecimiento de la población carcelaria, tabulando aquellas prisionizaciones que, en atención a la ausencia de proporcionalidad, deben rechazarse por su carácter inhumano o degradante. En función del principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto.

Por lo demás, toda consecuencia de una punición (bajo el ropaje que se le ponga) debe cesar en algún momento, nunca puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión por cuanto ello implicaría admitir la existencia de personas descartables.

La prisión preventiva puede ser arbitraria e ilegítima en abstracto pero también en concreto, según los parámetros internacionalmente establecidos. En otras palabras, si las condiciones de una prisión niegan al imputado su condición de sujeto, el principio de inocencia, la racionalidad de la medida impuesta, y su control efectivo y permanente por parte de los tribunales, se aplica como pena

anticipada y aniquilan su dignidad, lo que importa que el Estado se convierte en delincuente y el prisionizado en víctima.

### *La reducción de la criminalización primaria*

Según lo expone el Doctor Raúl Eugenio Zaffaroni en su obra "*Derecho Penal Parte general*", todas las colectividades contemporáneas que establecen la autoridad en forma de estado, someten a su coacción a un grupo de individuos con el fin de imponerles una pena ante una falta o incumplimiento o bien una violación a ese poder organizado. Esta selección se llama *criminalización* y se lleva adelante por consecuencia de la gestión de agencias que conforman el llamado sistema penal.

El proceso selectivo de criminalización se despliega en dos fases, llamadas *primaria y secundaria*.

Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material. Se trata de un acto formal, que establece cuando se instaure una acción como debe ser penada, esto mismo debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas como el poder Legislativo, en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios). Mientras que la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos, la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas,

que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso.

La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable. La disparidad entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema es tan enorme e inevitable que no llega a ocultarse con el tecnicismo de llamarla cifra negra u oscura. Las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y su crecimiento sin control desemboca en una utopía negativa. Por ende, se considera natural que el sistema penal lleve a cabo la selección criminalizante secundaria, sólo como realización de una parte ínfima del programa primario.”<sup>54</sup>

Ahora bien, la primera y mejor solución para el problema de la superpoblación carcelaria resulta, sin dudas, la reducción de la criminalización secundaria, ya que ello constituye un freno a la expansión punitiva mediante el recurso de la ley penal, para lo cual es menester convencer a las agencias políticas de que en la legislación material abandonen la opción en favor de la pena

---

<sup>54</sup> Derecho penal: parte general Libro de Alejandro Alagia, Alejandro Slokar y Eugenio Raúl Zaffaroni – Año 2008- Editorial Ediar -

privativa de la libertad para los delitos menos graves, aplicando el recurso de hacer intervenir a otras ramas del derecho que suministran soluciones para los conflictos.

*La propuesta en el ámbito penitenciario: el cupo o números clausus.*

Por otra parte, deviene también indispensable contar con una capacidad establecida del sistema carcelario para asegurar un mayor respeto a las personas que son sometidas al encarcelamiento. El límite de alojamiento debe estar preestablecido al momento de la planificación estratégica del Estado.

Es indispensable que se determine el número de detenidos y la capacidad receptiva del establecimiento, y así el recurso a la privación de la libertad no deberá exceder de la capacidad real de las unidades carcelarias.

En consecuencia, al llegarse al número máximo de capacidad, el operador judicial deberá escoger entre los procesados para generar una vacante mediante su soltura sujeta a determinadas reglas, o, de lo contrario, no deberá habilitar el ingreso de un nuevo detenido.

Un cupo penitenciario se hace necesario para garantizar las condiciones de salubridad y detención en el que se puedan resguardar todos los derechos de los detenidos en ellas, y pretende fijar un límite a la expansión punitiva que se traduce en serias

vulneraciones a los derechos humanos en el ámbito de esta y otras instituciones totales de encierro.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Gabriela GUSIS – Año 2013 - La prisión preventiva en Argentina: su aplicación como pena anticipada y las implicancias en el ámbito penitenciario - Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva - Sede Washington

---

## Capítulo V - Conclusión.

---

Luego de la lectura y análisis íntegro del presente trabajo, corresponde hacernos una pregunta; “¿Para que utilizamos la prisión preventiva?”

Una correcta respuesta a la misma, la fundamentaríamos bajo el examen de diferentes leyes procesales, códigos penales, y diversa doctrina relacionada al tema, pudiendo entonces llegar a la conclusión de que la detención preventiva se debe usar exclusivamente con un fin cautelar y solamente en ciertos casos taxativos.

Lamentablemente, nada más alejado de la realidad. Debido al tenso equilibrio que existe hoy en día entre el principio de inocencia; y la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad, parece romperse este fundamento principal, dado a la petición social de *mayor seguridad y castigo*, y como secuela de la misma, el encarcelamiento preventivo, tiende a responder a otros fines, por lo que de esta manera se proporciona a la ciudadanía la sensación de que, con la imposición de una prisión preventiva, se soluciona el problema o por lo menos se lo reduce, y es esta situación es la que produce *el uso Abusivo de la Prisión Preventiva.*-

Como vimos, el sistema penal pone en evidencia el temor de rebeldía procesal, que se convierte en una paranoia de fuga. Para superar este razonamiento es fundamental tener en cuenta que la

libertad es un derecho y no un beneficio, si se entiende correctamente esto, no haría falta detener siempre a una persona para investigar, como así también se podrían usar medidas sustitutivas de la prisión preventiva, antes de imponerla desde un primer momento y, si es que resulta necesaria, acudir obligatoriamente a una razonada y sólida fundamentación.

Otro problema grave que encontramos al generar de manera abusiva detenciones preventivas, es el efecto estigmatizador que se concibe en el imputado, ya que al ingresar en el sistema penal las estadísticas muestran que gran porcentaje de estas personas no logran salir completamente y arrastran un prontuario que les genera innumerables consecuencias negativas en su cotidiano, anclándolo en un estilo de vida estigmatizado.

Asimismo encontramos que la prisión preventiva como medida cautelar ha sufrido muchos cambios, y en casos es utilizada como pena anticipada, y con ella se violentan de los más diversos derechos, entre ellos el más fundamental que es la Presunción de inocencia que goza el imputado hasta tanto no se declare su culpabilidad bajo sentencia firme.

La realidad fáctica que demuestran estadísticas, recopilaciones, estudios, y demás investigaciones es que la prisión preventiva fue creada por el legislador con un fin que de cumplirse en su manera

óptima sería más que beneficioso para el sistema punitivo estatal, pero lastimosamente fue tal la deformación que ha sufrido la detención preventiva por parte de los operadores jurídicos, llegando a un uso excesivo y desmedido, concibiendo indirectamente una inversión real del principio de inocencia, en el cual la persona investigada por la presunta comisión de un delito es tratada como el autor real del mismo.

*La prision enseña las peores habilidades. Se sobrevive siendo esquivo, aislándose, temiendo cualquier alianza. No enseñan a integrarse o a ser productivo: justo lo contrario. Se aprende que no se puede confiar en nadie, que la única persona con la que se puede contar de verdad es uno mismo, que se debe estar alerta a todas horas.*

---

Nicolás E. ROJO MATEOS

---

Vanesa J. YOLI