

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA**



## **FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS**

### **SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES**

#### **TÍTULO: La prisión preventiva “Como Regla”**

Apellido y Nombres del los alumnos: Gavotti Gallego Tamara Yanina, Isla Sebastián Fernando, Llana Rivera Julian.

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Procesal Penal

Encargado del curso Prof.: Marull Francisco

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2020

INDICE:

Introducción	3 pág.
Antecedentes Históricos	4 pág.
Antecedentes en Nuestro País	5 pág.
¿Qué es la prisión preventiva?	6 pág.
Naturaleza Jurídica	9 pág.
Nuevo Código Procesal Penal de La Pampa y sus	
Modificaciones	10 pág.
Límites a la Prisión Preventiva	13 pág.
¿Cómo se receptan estos límites en el actual Cód. Procesal Penal?	16 pág.
Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva	18 pág.
Consecuencias del abuso de la Prisión Preventiva	19 pág.
Vulnerabilidad	26 pág.
Impacto Social	28 pág.
Conclusión	30 pág.
Bibliografía	32 pág.

## 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.-

## **Antecedentes Históricos.-**

El contexto en el que gira el proceso penal siempre ha estado relacionado en torno al hombre y el estado, a la formación política de la comunidad, al equilibrio o desequilibrio entre los valores del individuo y de la sociedad. Esto se trasladó al problema de la excarcelación, debido a que se vincula con la libertad del imputado en el proceso penal y con la aplicación de la coerción sin que haya recaído una sentencia firme y sin que se den los requisitos para que proceda, es decir, participación del imputado, comprobado en un proceso justo y equitativo. Cabe destacar con ello que la prisión preventiva surgió a priori para inmovilizar mediante ataduras al imputado, y a medida que el proceso se hacía más complejo la prisión se trasladaba a lugares más cerrados para detener a personas acusadas de la comisión de un delito a la espera de su juicio. Por ello, su primera aparición se halla en el Derecho Romano, donde se establecía que no hay que encadenar al imputado si puede conseguir fiadores, salvo que el delito cometido sea tan grave que no pueda admitírsele fiadores. De tal forma la detención podía ser de tres maneras, en la cárcel, en libertad pero custodiado por una persona, o bajo la vigilancia de un soldado. Con el paso del tiempo, en el Derecho Romano, la prisión preventiva fue dejada de lado a tal extremo que ni los procesados por delitos muy graves eran privados de su libertad. (Chichizola, 1963, pág. 16.9)

En Grecia, la prisión preventiva solo se admitía por delitos contra la patria, la moral y el orden público, en los demás casos se los dejaba en libertad bajo fianza. Sin embargo el logro más importante, y que debería ser tomado en cuenta en forma estricta, aunque la realidad

demuestra que ello está muy distante, se dio, según el reconocido autor Mario Chichizola, con la Constitución Inglesa donde se estableció: El principio de que nadie podrá ser arrestado, encarcelado, o privado de sus bienes, ni desterrado o colocado fuera de la ley si no en virtud de una sentencia de sus pares. Con ello se deja claro el carácter absoluto de la libertad personal y la naturaleza eminentemente excepcional del arresto durante un proceso penal. Cabe destacar en materia de antecedentes en prisión preventiva al Estatuto de Eduardo III de 1315 que ya declaraba que: "ningún hombre en cualquier estado o condición será expulsado de sus tierras o viviendas, ni prendido ni encarcelado, ni condenado a muerte sin someterle a un interrogatorio de acuerdo al debido proceso". No menos importante fueron los Fueros de Aragón, ellos fueron la defensa fundamental de la libertad personal de los habitantes aragoneses, (Chichizola, 1963, pág. 10). Incluso mucho tiempo antes que el derecho inglés, en dicha materia, comenzara a funcionar. En el mismo sentido, una ordenanza de Luis XII concedió a los magistrados la posibilidad de excarcelar siempre y cuando ofrecieran suficiente caución que asegurare que el imputado se presentara cuando la justicia lo cite. De otra manera el procesado se convertiría en un objeto de persecución y al mismo tiempo la prisión preventiva asumiría el carácter indiscutible de pena anticipada, por lo tanto "el inicio del proceso es el comienzo del castigo"

### **Antecedentes en nuestro país.-**

En la Argentina los antecedentes se remontan al Reglamento del 12 de octubre de 1812, donde en la Junta Conservadora se dispuso que el poder ejecutivo no podría tener arrestado a ningún individuo en ningún caso. También en el Decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811, se indicaba que ningún ciudadano podía ser arrestado sin pruebas o sin indicios vehementes. En nuestro país la valoración de la prisión preventiva fue incorrecta, ya

que si bien deben darse ciertos requisitos previstos en el código procesal penal, en la práctica se suele aplicar sin darle mayor análisis a los requisitos que deberían ser indispensables para que un juez la otorgue. No contemplando así los jueces el objetivo buscado por este instituto. (Velez Mariconde, 1969)

## **¿Que es la Prisión Preventiva?**

Existen distintas posturas para definir este tipo de medida cautelar.

Algunos la entienden como una herramienta más eficaz, a la hora de combatir los delitos y la criminalidad. Otros como analogable a cualquier medida cautelar. Y una tercera posición es de la doctrina constitucional (a la cual pertenece Maier) es la que se adecua a los estándares constitucionales.

Binder habla de una cuarta posición que es una irrupción, puesto que hay problemas penales. Para él la prisión preventiva es un tipo de sentencia, porque según nuestros principios constitucionales, las garantías del imputado deberían ser como la piedra en el zapato y entonces de algún modo limitar el poder coercitivo del estado. Esto hoy día no se da y por ello él la entiende como una sentencia.

*-“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”.*  
(Chiara Diaz, 2011)

“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 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”. (Maier, 2004)

*“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.”*(Fontan Balestra, 2006)

Para Zaffaroni no es un tema de derecho procesal, sino de derecho penal. Puesto que para él la prisión preventiva es un tipo de pena. Las teorías tradicionales, donde encontramos autores como Santo Tomas de Aquino, hablaban de proporcionalidad, es decir, que el reproche por parte del estado debía ser proporcional al delito cometido, entonces si el ladrón robaba había que cortarle las manos.

Esto abre una nueva línea de pensamiento que es la de la peligrosidad policial, donde lo que se trata es de defenderse de un enemigo que en este caso sería quien incurre en el delito o supuesto delito. Donde hay que detener al enemigo y se deja libre al derecho penal el cual se vuelve un acto meramente administrativo. Todo esto lleva a la coerción directa por parte del Estado.

Es por lo antes expuesto que llega a la conclusión que, la prisión preventiva es la que se aplica al molesto, es decir, al reincidente, que no llega a cometer delitos graves como para que se le imponga una prisión perpetua, pero que aun así comete delito y molesta al sistema.

Los procesalistas garantistas dicen que la prisión preventiva no es una pena. Pero en contra posición tenemos a los positivistas quienes si lo entienden como la aplicación de una pena.

Por un lado la pena tiene carácter de límite retributivo y la medida de seguridad no, el único límite es la peligrosidad.

En la realidad, al sujeto lo ponemos en la misma cárcel, le hacemos cumplir el mismo reglamento. Pero decimos que esta beneficiado por la presunción de inocencia. Sin sentencia le estamos haciendo cumplir una pena que no es tal, porque para serlo debería emanar de un juez como resultado de un juicio previo y la sentencia debiera esta firme.

Podríamos decir entonces que la presunción de inocencia en la práctica no tiene ningún tipo de valor ya que en definitiva el individuo se encuentra cumpliendo una pena.

Otros hablan de que es una medida de seguridad de carácter administrativo.

“Habla Zaffaroni de que la prisión preventiva es una pena con otro nombre. Llamémosla una medida de seguridad de contención administrativa, es coerción directa, derecho penal del enemigo. Donde tenemos más de 70% de nuestros presos bajo esta modalidad. Y esta modalidad se otorga o se deniega teniendo en cuenta la peligrosidad judicial, es decir, que tan peligrosa es una persona para el juez. No la peligrosidad del sujeto en sí” (Zafaroni, 2011)

Observando que la realidad no se condice con las leyes, estamos en condiciones de afirmar que la prisión preventiva se ha convertido en el poder más arbitrario e ilegítimo de coerción estatal.



## **Naturaleza Jurídica**

Resulta totalmente necesario establecer cuál es la naturaleza jurídica del instituto en cuestión. Ya sea que se trate de una medida cautelar o de una pena. Para ello creemos conveniente precisar dichos términos.

Las medidas cautelares son aquellas medidas tendientes a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, es decir asegurar los fines del procedimiento. Hay distintos tipos de medidas cautelares: personales – aquellas que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal- reales – siendo aquellas que limitan la libre administración o disposición de los bienes del imputado.

Por otra parte, la pena es aquella que el Estado le impone a una persona que ha cometido un delito. La cual puede ser utilizada con fines diversos. La pena será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente.

Una vez analizado estos dos conceptos estamos en condiciones de 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”*(Constitucion, 1994), *“y toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...”* por lo que sería contradictorio con el máximo cuerpo legal nacional, que el fin de la prisión preventiva sea una pena en sí misma.

## **Nuevo Código Procesal Penal de La Pampa y sus modificaciones**

**Este código, la recepta de la siguiente manera:**

**Artículo 243.- PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDENCIA.** Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, previo requerimiento fundado del Ministerio Público Fiscal o del querellante particular, se ordenará su prisión preventiva cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

**Artículo 244.- FORMA. REQUISITOS. DURACIÓN.** 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).

La prisión preventiva podrá establecerse por plazos o hasta la finalización del proceso, conforme los peligros procesales indicados. La prisión preventiva no podrá durar más de dos (2) años, conforme lo dispuesto en el artículo 150. Vencidos estos plazos no

se podrá dictar una nueva medida privativa de la libertad. El auto que imponga esta medida de coerción será impugnabile.

**Artículo 245.- PELIGRO DE FUGA.** Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: 1) Arraigo, determinado por el domicilio real, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos; 2) La pena que se espera como resultado del proceso; 3) 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 4) La posibilidad cierta de ausentarse del país o permanecer oculto.

**Artículo 246.- PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN.** Para decidir acerca del peligro de obstaculización para el desarrollo del proceso se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba; 2) Influirá para que coimputados, peritos o testigos informen falsamente o se comporten de manera reticente; 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos; y 4) Persistirá en su accionar respecto de la víctima.

**Artículo 247.- SUSTITUCIÓN.** Siempre que el peligro de fuga o la averiguación de la verdad puedan razonablemente evitarse por aplicación de otra medida de coerción menos gravosa, el Tribunal competente, deberán imponerle al imputado en lugar de la prisión preventiva alguna de las alternativas siguientes:

- 1) Arresto domiciliario, sin vigilancia alguna o con la que el Juez o Tribunal disponga;
- 2) Obligación de someterse al cuidado de la Unidad de Abordaje, Supervisión y Orientación para Personas en Conflicto con la Ley Penal, la que informará periódicamente;

3) 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;

4) 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

5) 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. Ante el incumplimiento de cualquiera de las medidas sustitutivas, se hará efectiva la prisión preventiva.

Luego de la mención realizada sobre el código procesal penal de La Pampa no debemos olvidarnos de establecer algunas de las nuevas modificaciones entre ambos cuerpos normativos.

Algunas de ellas son:

1- Cuando se habla de quién puede solicitar la prisión preventiva en el viejo Código Procesal Penal de La Pampa art. 243 reza que quien puede hacerlo es el Ministerio Público Fiscal, mientras que, la nueva normativa en su art. 250 incorpora también al querellante particular.

2- otro de los puntos donde notamos diferencias es en la duración de la medida. el antiguo código establece que la duración máxima era de no más de un año. Podía extenderse excepcionalmente 3 meses más en el caso de haberse dictado sentencia condenatoria y mientras se tramita la impugnación deducida. Mientras que el código actual en el art. 244 establece que esta tendrá una extensión de 2 años máximo los cuales una vez vencidos no

podrá dictarse una nueva medida privativa de la libertad. También establece en el art. 150 cómo se va a contabilizar ese plazo.

3- Por último el código actual ya no habla de “juez de control” sino de Tribunal. Así como tampoco habla de Patronato de Liberados, sino de Abordajes de Supervisión y Orientación para personas en conflicto con la ley penal.

### **Límites a la Prisión Preventiva:**

En un sistema penal como el argentino, donde las garantías constitucionales son la regla general y a su vez el límite que contiene de cierto modo el poder coercitivo, éste último debería aplicarse excepcionalmente. Encontrando el sustento de esta excepcionalidad en el principio de ultima ratio.

Según la presunción de inocencia, consagrado en el art 18 de nuestra Constitución Nacional, se ha fundado en protección del imputado un principio según el cual durante el proceso el acusado no puede ser tratado como un culpable. Esta presunción rige hasta que se demuestra lo contrario en el marco de un juicio, respetando los derechos y garantías procesales del imputado.

Si bien la prisión preventiva es la excepción, la realidad nos muestra lo contrario. Pues parece ser que recae sobre el imputado una presunción de culpabilidad y no de inocencia como la Constitución establece.

Este tipo de cautelar, se trata nada más y nada menos que del encarcelamiento de una persona para garantizar que comparezca a juicio, asegurar el cumplimiento de la pena, evitar el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.

En la realidad de nuestros sistemas procesales, la prisión preventiva es una medida habitual, aplicada con un altísimo grado de discrecionalidad y, en última instancia constituye, para muchos de los casos, la verdadera pena. Este fenómeno se ha denominado “los presos sin condena”.

Si bien la prisión preventiva es admitida constitucionalmente, es aplicable de forma restrictiva, teniendo su sustento en varios principios:

1- El principio de Proporcionalidad: establece que la violencia que se ejerce como medida de coerción por parte del estado, nunca puede ser mayor a la violencia que se podrá eventualmente aplicar mediante la pena, en caso de probarse el delito cuestionado.

2- Limitación Temporal: Toda persona sometida a proceso tiene derecho a que el mismo termine dentro de un lapso razonable. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como la prisión preventiva, para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir cuanto antes.

La propia Corte Suprema ha reaccionado y ha puesto límites concretos en función de este principio de limitación temporal, estableciendo que la prisión preventiva no puede tener la misma duración que todo el proceso.

3- Principio de minimización de la violencia: tales como la imposibilidad de imponer restricciones a la correspondencia, a las visitas, salvo las que deriven de elementales razones de disciplina de un determinado establecimiento carcelario. Asimismo, las limitaciones ambulatorias o de trabajo dentro del establecimiento, o en cuanto a las comodidades que el mismo imputado pueda procurarse, deben ser las mínimas posibles. La prisión preventiva debe ser lo menos semejante a una pena que sea posible, para conservar su legitimidad

constitucional. Cuando ésta se asemeja por completo a una pena en su ejecución concreta, pierde legitimidad constitucional del mismo modo que la perdería por la falta de los requisitos sustanciales procesales, por su excesiva duración, el carácter no excepcional, el carácter no restrictivo o la falta de proporcionalidades. Lo que no se puede admitir en modo alguno es que el imputado comience a ser clasificado, a ser sometido a tratamiento, es decir, a ser tratado dentro de la cárcel como si estuviese condenado, porque sigue siendo inocente, al menos hasta que se demuestre lo contrario.

La aplicación de la prisión preventiva recae fundamentalmente sobre los sectores de la población más desfavorecidos en términos socioeconómicos; afectando especialmente a franjas de población más desprotegidas y vulnerables. En Argentina el uso de la prisión preventiva se ha ampliado, dejando de ser una medida excepcional para convertirse en la regla. Más del 50% del total de la población privada de libertad, en las distintas jurisdicciones del país lo está en cumplimiento de una prisión preventiva.

Parece que resultaría imposible aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, puesto que ésta se ve coartada por la existencia en nuestra constitución de dos preceptos esenciales que limitan el uso de la fuerza del poder estatal durante el proceso penal. Se trata del principio del “Juicio Previo” y de “Inocencia”.

La Constitución Nacional en su artículo 18 prevé que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

Hay quienes discuten afirmando que, en realidad, en el proceso penal existe una sospecha o presunción de culpabilidad, desconociendo que lo que está en juego es una garantía política que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de actuación de las normas procesales y

penales. No interesa que exista una presunción de culpabilidad o que ciertos actos impliquen necesariamente un grado de sospecha. Lo importante es que nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare como tal, se requiere que la pena no sea anterior al proceso, ni sea impuesta por fuera de él.

El acusado llega al proceso libre de culpa y sólo la sentencia podrá declararlo culpable; entre ambos extremos deberá ser tratado como un ciudadano libre sometido a ese proceso porque existen sospechas respecto de él, pero en ningún momento podrá anticiparse su culpabilidad. Lo que nos lleva al problema de la prisión preventiva que comúnmente es utilizada como pena. –

## **Como se receptan esos límites en el Actual Código Procesal**

### **Penal de La Pampa**

El Nuevo Código Procesal Penal de La Pampa establece todas las garantías fundamentales en su Título Primero como son: el juez natural, el juicio previo, estado de inocencia, non bis in ídem, la interpretación restrictiva y analógica de las normas, la defensa en juicio y el in dubio pro reo. En ese sentido recepta principios propios de Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Una de las cuestiones más importantes que tiene el código es la importancia de contar con una sentencia firme para declarar culpable a una persona y por lo tanto romper con el principio de inocencia. Sentencia firme que deberán ser conforme las leyes que regulan el juicio, de acuerdo a la Constitución, a las Convenciones Internacionales y el Código Procesal Penal de nuestra provincia. Si bien esta cuestión ya estaba incorporada en nuestras leyes de procedimiento el nuevo código las ratifica.



**Artículo 1°.- JUEZ NATURAL. JUICIO PREVIO. ESTADO DE INOCENCIA.**

Nadie podrá ser juzgado por otros que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias; ni penado sin juicio previo, realizado sin dilaciones indebidas, fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de este Código. Los ciudadanos participarán en la administración de la justicia penal conforme a lo previsto en las leyes que regulen el juicio por jurados. El imputado gozará de un estado de inocencia y no será considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal.

**Artículo 2°.- “NON BIS IN ÍDEM”.** Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal: 1°) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo clausuró el proceso; 2°) Cuando el archivo del proceso proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la persecución penal, que no debió iniciarse o proseguirse, o que no debió iniciarse o proseguirse por quien la ejerció, según obstáculo legal que no inhiba la punibilidad del imputado; y 3°) Cuando un mismo hecho deba ser juzgado, por disposición de la ley, ante tribunales o por procesos diferentes, que no pueden ser unificados según las reglas respectivas. La absolución o el sobreseimiento por un delito no impedirá la persecución penal posterior por una contravención o falta derivada del mismo hecho imputado

**Artículo 5°.- INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA Y ANALÓGICA.** Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho, o que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente y analizada conforme a la Constitución de la Nación y de los tratados

internacionales con jerarquía constitucional. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía.

**Artículo 6°.- “IN DUBIO PRO REO”.** En caso de duda razonable deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado.(Boletín Oficial, 2020)

### **Medidas alternativas a la Prisión Preventiva:**

Como alguna de las medidas alternativas a la prisión preventiva, podemos mencionar a la prisión domiciliaria, las cauciones, las pulseras magnéticas, otras alternativas pueden ser, albergues administrados por agentes no estatales, la participación de la sociedad civil en el monitoreo de las medidas tomadas.

El uso de estas prácticas está enfocadas a la implementación por parte de los jueces, para posibilitar que la persona investigada continúe en libertad hasta tanto exista un verdadero riesgo procesal que evite llegar a la verdad jurídica.

Estos mecanismos o medidas entendidas como buenas prácticas no son utilizados con frecuencia en el ámbito penal para lograr una disminución de la población carcelaria, al menos no con la frecuencia deseable.

Lejos de aplicar alguna de estas medidas paliativas o alternativas a la prisión preventiva en la provincia de La Pampa según demuestran las estadísticas del superior tribunal de la Provincia, en el fuero penal ha crecido la cantidad de medidas preventivas dictadas.

Muestra de estos es que respecto de la Prisión preventiva en 2019 el Superior Tribunal de nuestra Provincia en un informe estadístico sobre labor Judicial presenta un observación interesante sobre la aplicación de esta medida diciendo

Preventivas en la Pampa:

Entre las estadísticas oficiales de la Justicia provincial –relevadas a través de la Dirección General de Administración–, vale subrayar el incremento del dictado de prisiones preventivas en la etapa de control, es decir en los momentos iniciales del proceso penal.

En el año 2018, los jueces de control dictaron 637 preventivas contra 395 del año anterior, lo que marcó una suba del 61,2 por ciento. Ese incremento se dio casi exclusivamente por lo ocurrido en Santa Rosa, donde existieron 180 resoluciones más de ese tiempo; marcando un incremento del 93,7 por ciento. Como contrapartida, en General Pico y General Acha esa tendencia hacia arriba solo fue del 4,5 y el 3,7 por ciento, respectivamente.” (Superior Tribunal de Justicia, 2018)

Aca entonces vemos como crece de manera exponencial año tras años la cantidad de preventivas adoptadas por los jueces, mostrando así que la medida de la prisión preventiva es la regla en los procesos y uno una medida de excepción como lo plantea el código y las garantías constitucionales y convencionales de nuestro sistema normativo.

### **Consecuencias del abuso de la Prisión Preventiva:**

- 1) HACINAMIENTO: 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 los gobiernos.

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 para garantizar que estará exenta de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes, principio receptado tanto en nuestra Constitución Nacional como así también en los Tratados de Derechos Humanos en los cuales Argentina es participe.

Uno de los derechos más vulnerados por el hacinamiento es el DERECHO A LA SALUD ya que, la persona privada de su libertad ya sea de modo definitivo o transitorio se encuentra expuesta al contagio de enfermedades y propagación de enfermedades. (Zaffaroni, 2001)

Prueba de ello es el caso “En el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*.

DONDE 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 concluyo que; “las personas recluidas 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, 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”

Por ello la Corte, concluyó que “el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable 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. (Montero Aranguren y Otros (Reten de Catia) vs Venezuela, 2006)

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 implica violar derechos fundamentales tanto de la población carcelaria como de los funcionarios que deben realizar tareas en condiciones muy difíciles y riesgosas.

En nuestro país uno de los fallos mas renombrados es el caso “VERBITSKY” (2005) 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.

Tal como lo destaco 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 (Verbisky, H s/ Habeas Corpus)

### Hacinamiento en tiempos de pandemia:

El hacinamiento en las cárceles Argentinas es un tema bastante sonado en los últimos años, pero sobre todo en los últimos días ya que el Covid 19 hizo notar aún más la situación que se venía viviendo.

Hace años que nuestro país viene incrementando la población carcelaria a través de un marcado punitivismo que llevo necesariamente a la superpoblación de sus cárceles, ya que dicho punitivismo no fue acompañado con la creación de nuevas cárceles ni el mantenimiento de las existentes, es decir, no estaba coordinado con obras públicas.

Como apreciamos anteriormente una de las consecuencias inmediatas del hacinamiento es el impacto en la salud de los presos. Y durante la pandemia esta situación no tardó en hacerse notar por medio de una serie de motines, donde los reclusos pusieron en evidencia las malas condiciones en las que debían llevar adelante el cumplimiento de la pena, además de estar privados totalmente de la visitas de sus familias lo cual no es para nada un dato menor, ya que en estas situaciones de cumplimiento de condena es casi siempre la familia quien le acerca s artículos de higiene personal y demás a los reclusos.

Si bien el estado debe proveer de los elementos de higiene sobre todo durante la emergencia sanitaria fue de público conocimiento la escasez de insumos que vivió y viven las cárceles.

Ante todo este panorama de superpoblación, malas condiciones en los establecimientos carcelarios y pandemia los organismos internacionales de DDHH tomaron cartas en el asunto por medio de una serie de recomendaciones.

Como lo es el caso de la Organización de los Estados Americanos que ha dicho lo siguiente:

“ ... En este sentido y considerando el contexto de la pandemia del virus COVID-19, en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, la Comisión recomienda a los Estados:

1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.

2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores.

4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia.”...

(FUENTE: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>)

## 2) VIOLACION DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA E INDUBIO PRO REO.

Conforme lo establece nuestra CN “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario” el sentido de este principio es garantizar las libertades individuales de los sujetos de derecho. Dicha premisa que también es receptada en tratados internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica art 8, apartado 2 que dice, “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. También receptado en el código procesal penal de LP

La presunción de inocencia expresa que todo imputado durante el transcurso del proceso penal debe en principio ser considerado como inocente hasta que se tenga una sentencia condenatoria firme. Ello solamente se logra por medio de un 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”

3) 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. Si bien nuestro código le establece un límite temporal para la extensión de la prisión preventiva este no siempre se respeta.

El uso 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 estricta mente

Desviación de la medida como mero trámite:

Última ratio es una expresión latina que se traduce literalmente por último argumento, o última razón. 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. (51 Gabriela GUSIS - Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva - Año 2013 - Sede Washington)

La prisión preventiva al ser la medida cautelar gravosa, debería ser aplicado de manera condicional y acatadamente, siendo su finalidad de aseguramiento procesal, aseguramiento de la presencia del imputado al proceso y 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 en virtud de un proceso, con el debido respeto de sus garantías constitucionales. 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. Nuestro código procesal provincial,

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 el Código. 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.

### **Vulnerabilidad:**

“La prisión preventiva somete a personas inocentes a la dolorosa incertidumbre de no saber cuánto tiempo durara su encierro” (Gauna Alsina, 2014) .

Generalmente quienes se encuentran atrapados por el sistema penal son personas de bajos recursos, que responden a un contexto social, económico, cultura y estereotipo que los coloca en una situación de vulnerabilidad, que les impide conocer y ejercer sus derechos.

Estas características personales a la hora de evaluar la posible aplicación de una medida cautelar, como lo es la prisión preventiva, se torna un punto en contra de la libertad del imputado.

Esta situación es consecuencia inevitable de un Estado ausente en distintos ámbitos, entendiéndose políticas públicas y programas de desarrollo. Que no se hace presente cuando los conflictos producto de la propia vulnerabilidad comienzan a manifestarse, pero si a la hora de castigarlos, encarcelando a aquellas personas que quedan fuera del sistema de mercado.

Parece ser que juega como presunción en contrario el hecho de no tener un domicilio fijo, trabajo estable y niveles obligatorios de alfabetización.

Se podría deducir entonces que es imputado por derecho penal de autor, es decir se encarcela a la persona por lo que es (o no llega a ser) y no por las acciones que comete. Demás está decir que dicho juzgamiento no es legal pues, la acusación siempre debe versar sobre hechos.

El estado lejos de buscar paliativos para la prisión preventiva, busca un alcance aun mayor prueba de esto es la modificación que propone el poder Ejecutivo de La Provincia de Buenos Aires con respecto a la acción de habeas corpus y competencia del tribunal de casación. Respecto de la primera se limita su alcance como acción para atacar la prisión preventiva o la detención que no respete las disposiciones constitucionales o que no emane de una autoridad competente. En relación con la segunda se propone reformar los artículos 164, 405 y 406 del código procesal penal de la provincia de Buenos Aires limitando el sistema de impugnación contra la decisión que impusiera la prisión preventiva. La reforma propuesta traerá como consecuencia que la prisión preventiva se haga efectiva hasta que se dicte la sentencia que decreta paradójicamente “la inocencia”. (Perez Esquivel, 2017)

Por otra parte la vulneración de derechos más recurrentes dentro de la materia es el caso de los jóvenes, como por ejemplo con el uso extendido de la prisión preventiva que es de uso masivo en los procesos penales, vulneración de las garantías procesales a través del juicio abreviados, estos mecanismos de carácter excepcional se han transformado en los más utilizados.-

## **Impacto Social**

Los fundamentos legales de la prisión preventiva nada tienen que ver con los motivos reales por los que se aplica a poblaciones vulnerables.

El abuso de esta medida remarca las desventajas propias de estos grupos, generando una re victimización. Es decir, el pobre ya no solo es pobre sino que además es peligro haciendo suponer que dicha condición lo llevaría a delinquir. Claramente versa sobre él una presunción de culpabilidad.

Ahora el imputado vulnerable es además castigado por tal motivo. Lo cual aumenta el padecimiento, por el solo hecho de encontrarse en tal circunstancia.

Un claro ejemplo de esto es el caso de MARIA OVANDO, una mujer misionera de 37 años. Madre de 12 hijos, desocupada. Acusada por el delito de abandono de persona agravado por la muerte de una de sus niñas, fallecida presuntamente por desnutrición.

Quien permaneció privada de su libertad durante dos años en prisión preventiva y finalmente fue absuelta. Tal medida se respaldó en la posible fuga a la Republica de Paraguay, donde anteriormente había vivido. (OVANDO, MARIA RAMONA S/ ABANDONO DE PERSONA AGRAVADO POR EL RESULTADO DE LA MUERTE Y POR EL VINCULO”, 2011)

Dicho fundamento quedo desvirtuado al conocerse sus imposibilidades económicas, analfabetismos, pobreza extrema, esto sumado a que sus otros hijos vivian en Misiones y una posible discriminación basada en su género.

En Argentina un país de corte machista, la cuestión de género no es ajena a esta compleja situación social. Durante la década neoliberal el número de detenidas creció en un 350% (CELS, DNG Y PPN, 2011). Dicha estadística es un claro indicio de estos procesos de empobrecimiento y desempleo que atraviesa nuestro país.

**CONCLUSION:** a lo largo del presente trabajo hemos podido analizar un instituto muy importante en la actualidad del Derecho Procesal Penal como lo es la prisión preventiva, que como hemos visto en su naturaleza jurídica esta un tanto discutida mientras algunos afirman que es una medida cautelar otra parte de la doctrina platea que se trata de una pena anticipada. Si la entendemos como medida cautelar, la cual en conjunción con otros principios propios de la materia nos indicaría que su aplicación por parte de los jueces u órgano competente debería ser dictada de modo excepcional, solo cuando luego de un análisis del caso en concreto resulte de él peligros procesales los cuales están plasmados en el código taxativamente. Sin embargo vemos que esto no funciona así. La prisión preventiva se ha vuelto moneda corriente en los procesos penales, donde antes la simple petición del fiscal el juez la concede.

También hemos podido notar cómo juegan un rol muy importante otros factores socio económicos, como la pobreza, la falta de estabilidad en cuando al domicilio o empleo, la alfabetización. Como el Estado lejos de proteger a los sectores más vulnerables los criminaliza y encierra resguardándose en una mentirosa “prevención” que muchas veces termina siendo la condena definitiva.

Año a año aumenta el porcentaje del dictado de la prisión preventiva y con ellos surgen otros problemas como el hacinamiento, las malas condiciones de higiene y salud. Vulnerando aun mas los derechos de quienes deberían gozar de la “presunción de inocencia” un principio básico de Nuestra Constitución y también de los Tratados Internacionales a los que Argentina ha adherido.

Por todo esto cabría preguntarnos, ¿es realmente la prisión preventiva una herramienta, o una medida cautelar como debería serlo?, o ¿es una regla utilizada por el sistema penal?, ante determinadas preguntas podemos optar por responder que en el sistema penal se ha hecho de la prisión preventiva una regla general, se volvió lo esperable. La cual se aplica en un gran porcentaje de casos en los que a los imputados no se les respeta el principio de inocencia, contemplado en nuestra constitución nacional, ya que a los mismos se los reprime sin importar que no hayan sido

declarados culpables por tribunal competente al efecto, y sin someter al instituto de la prisión preventiva a un análisis correcto y exhaustivo de los requisitos que se solicitan en el código penal. Se termina haciendo un mal uso y hasta incluso un abuso de esta institución, llenando las cárceles de inocentes poniéndolos en igualdad con los condenados, sin contemplar todo el daño que se le está causando a esa persona. Sobre todo en aquellos casos donde la prisión preventiva se vuelve un cumplimiento de condena anticipado, condena que aun no se tiene. El Estado garante de los DDHH es en este caso quien viola estos derechos, derechos a los que se comprometió tanto en el plano Nacional como Internacional. Y lo hace aplicando su poder coercitivo como regla general y en la mayoría de los casos cuando este debería ser siempre la excepción y ultima ratio.

**La pregunta final sería ¿QUIEN NOS CUIDA DEL ESTADO?**

## BIBLIOGRAFÍA

- Boletín Oficial. (Enero de 2020). *La Pampa.gob.ar*. Obtenido de <https://www.lapampa.gob.ar/images/Archivos/BoletinOficial/2020/Sep3396.pdf>
- Chiara Diaz, C. (2011). *Código Penal Comentado*. Buenos Aires: Nova Tesis.
- Chichizola, M. I. (1963). *La Excarcelación*. Buenos Aires: La ley.
- Constitución, N. (1994).
- Fontan Balestra, C. (2006). *Justificación de la prisión preventiva*. Obtenido de [cdigital.dgb.uanl.mx](http://cdigital.dgb.uanl.mx).
- Gauna Alsina, F. (2014). *Por una agenda progresista para el sistema Penal*. Buenos Aires: Siglo XII.
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto S.R.L.
- Montero Aranguren y Otros (Reten de Catia) vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de Julio de 2006).
- OVANDO, MARIA RAMONA S/ ABANDONO DE PERSONA AGRAVADO POR EL RESULTADO DE LA MUERTE Y POR EL VINCULO”, 1831-d-2011 (Tribunal Oral en lo Penal N° 1 de Eldorado 2011).
- Perez Esquivel, A. (2017). *Informe de la comisión para la Memoria de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata. Obtenido de <http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/informes/informes-ante-organismos-internacionales/informe-alternativo-cct-2017.pdf>
- Superior Tribunal de Justicia. (2018). *justicia.lapampa.gob.ar*. Obtenido de <https://justicia.lapampa.gob.ar/mas-noticias/641-estadisticas-del-fuero-penal-2018>
- Velez Mariconde, A. (1969). *Derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner.



Verbisky, H s/ Habeas Corpus, 2005 (Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Zafaroni. (Agosto de 2011). *¿Tiene Futuro la Prisión Preventiva?* Obtenido de Youtube:

<https://www.youtube.com/watch?v=ASG5ahbTM5w>

Zaffaroni, R. E. (2001). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*. Buenos Aires: Siglo XXI.

**Fallo de María Ovando.**

(<https://drive.google.com/file/d/0BxF2tiP12VribDg3NlcyYUt4YzA/view>)