

## SESAMO: UN ESTUDIO SOBRE LOS DISCURSOS LEGITIMANTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y UN ANÁLISIS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD\*

JONATHAN ARIEL POLANSKY\*\*

**Resumen:** Motivado por el alarmante número de personas que se encuentran privadas de su libertad sin contar con una sentencia condenatoria efectiva, este trabajo tiene por objeto realizar un análisis de los discursos que tienden a legitimar la posibilidad de aplicación del instituto de la prisión preventiva, a fin de determinar si sus formulaciones son respetuosas de las garantías constitucionales que deben observarse en el proceso penal.

**Palabras clave:** garantías constitucionales – prisión preventiva – principio de inocencia – discursos legitimantes – estado de derecho.

**Summary:** Motivated by the alarmingly large number of people deprived of their liberty without a definite sentence, the object of this paper is to analyze the arguments that legitimate the application of preventive detention in order to determine if their statements are compatible with our constitutional guarantees, which must be observed in the criminal process.

**Keywords:** constitutional guarantees – preventive detention – presumption of innocence – legitimating arguments – rule of law.

### I. INTRODUCCIÓN

El instituto de la prisión preventiva representa una de las mayores tensiones que se manifiestan entre la actuación del poder penal del Estado y el deber que tiene éste de respetar la dignidad y la vigencia plena de los derechos del imputado.

\* Recepción del original: 02/09/2013. Aceptación: 11/11/2013.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

*“Agradezco profundamente a Ignacio F. Tedesco, Analía Ploskenos, Mauro Benente, Norberto F. Frontini y Fernando Susini por sus consejos y ayuda al escribir este artículo”.*

En este sentido, se advierte que el encarcelamiento preventivo permite asegurar la realización del juicio, a la vez que vulnera muchos de los derechos fundamentales del acusado.<sup>1</sup>

Nuestra Constitución consagra el principio de inocencia. Domingo Fernández y Gastón Morillo<sup>2</sup> entienden que el mismo se encuentra regulado de forma indirecta en el texto constitucional. Sostienen que se deriva de las garantías de juicio previo, debido proceso y defensa en juicio, contempladas en el artículo 18. Al mismo tiempo, advierten que este principio se encuentra contemplado, expresamente, en numerosos tratados y pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución en virtud del artículo 75 inc. 22.<sup>3</sup>

Julio Maier considera que el principio de inocencia establece que toda persona debe ser tratada como inocente hasta que exista una sentencia penal que la condene. En este sentido, el autor observa que –desde el punto de vista jurídico– la persona imputada de un delito, en el marco de un proceso penal, debe gozar de la misma situación jurídica que un inocente, toda vez que no correspondería derivar ninguna consecuencia penal en su contra, más allá de aquellas reglas que deben soportar todos los ciudadanos.<sup>4</sup>

Es en este punto en donde se advierte la mayor tensión entre el instituto en cuestión y las garantías fundamentales de las que goza el imputado en un proceso penal. La prisión preventiva permite privar de su libertad a aquel que aún no ha sido declarado culpable en virtud de una sentencia condenatoria.<sup>5</sup> Esta privación de la libertad no solo vulnera el principio de inocencia, sino que también interfiere, en perjuicio del imputado, en la forma en la cual se va a desarrollar el proceso en su contra, sobre todo, restringiendo su capacidad de organizar su defensa.

No obstante lo dicho precedentemente, la prisión preventiva está regulada por nuestra legislación, es aplicada por la jurisprudencia y cuenta con numerosos cursos de legitimación.<sup>6</sup>

1. PASTOR, D. R., “El encarcelamiento preventivo”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 44.

2. FERNÁNDEZ, D. y MORILLO, G., “Garantías constitucionales frente a la ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 119.

3. Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

4. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal TI Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 492.

5. SERGI, N., “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva doctrina penal 2001/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 114.

6. GARCÍA, G. N., “La prisión preventiva es una pena”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 24 y 25.

El objeto de este trabajo consiste en estudiar aquellos discursos que legitiman la aplicación del encarcelamiento preventivo, a fin de determinar si los mismos resultan compatibles con los principios y garantías emanados de nuestra Constitución Nacional. Considero que el análisis de las distintas formulaciones discursivas adquiere relevancia toda vez que las mismas funcionan como base para la hermenéutica de las normas que reglamentan la utilización del instituto en cuestión y sirven de fundamento para que la jurisprudencia habilite su procedencia. En última instancia, este trabajo se propone realizar un estudio acerca de la constitucionalidad del encarcelamiento preventivo.

Este estudio no resulta ocioso desde que se advierte que en Argentina existe un elevado número de presos que carecen de una sentencia condenatoria firme. Un informe preliminar, realizado en julio del año 2009 por ex alumnos del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, indica que, en el orden federal, de los 9.106 presos alojados en sus cárceles, 4.824 aún no habían recibido una condena firme.<sup>7</sup> A su vez, en la provincia de Buenos Aires, el número de presos preventivos, según un informe del CELS realizado en el año 2011, rondaba alrededor del 74 por ciento respecto del total de las personas privadas de su libertad.<sup>8</sup>

Este fenómeno no es privativo de nuestro país sino que es común en toda nuestra región, en donde aproximadamente el 70 por ciento de los presos no cuentan con una sentencia condenatoria firme.<sup>9</sup>

Zaffaroni advierte que las tasas de prisionización de Latinoamérica no varían en virtud de las penas previstas en los códigos penales sino que éstas lo hacen en función de la habilitación o limitación que los códigos procesales establecen para la utilización de la prisión preventiva.<sup>10</sup> Es por este motivo que resulta urgente realizar un estudio acerca de las posibilidades que –según nuestra Constitución– el Estado tiene de encarcelar a una persona sin contar con una sentencia condenatoria.

7. *Ídem* p 31.

8. CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*, Buenos Aires Siglo XXI Editores, 2011, p. 184.

9. ZAFFARONI, E. R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p 532.

10. *Ídem*, p 533.

## II. ORÍGENES DE LOS DISCURSOS MODERNOS LEGITIMANTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los discursos actuales que legitiman la utilización de la prisión preventiva partieron del programa político-criminal de la Ilustración, en cuanto a la particular opinión –de los Iluministas– acerca del principio de inocencia.<sup>11</sup>

En la lucha contra el sistema inquisitivo, los principales referentes de la Ilustración consagraron al principio de inocencia como una de las más eficaces armas contra la arbitrariedad y la aplicación de la pena de sospecha. La finalidad de este principio radicaba en lograr que el Estado solo pudiera imponer castigo a los individuos luego de la celebración de un juicio, en donde la culpabilidad del acusado quedase demostrada por la producción de prueba suficiente en tal sentido.<sup>12</sup>

Bovino afirma que los denominados reformadores del derecho penal no lograron su objetivo y acabaron por perder la oportunidad histórica de sentar las bases de un derecho penal moderno, humanista y democrático. Sus críticas al poder inquisitivo no alcanzaron a afectar sus principales características: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad como finalidad del proceso. Al no cuestionarlas, permitieron consagrar un principio de inocencia con carácter restringido.<sup>13</sup> Es en este punto, en donde Bovino entiende que radica el más importante fracaso de los Ilustrados. El régimen procesal que adoptaron, al contener varios elementos del sistema inquisitivo, generó un proceso penal incapaz de asegurar la observancia de todas las garantías y derechos de las personas. De este fracaso se derivan consecuencias hasta la actualidad.<sup>14</sup>

Al comienzo de la Edad Moderna, el principio de inocencia fue vigorosamente defendido por gran parte de los autores clásicos.<sup>15</sup> Montesquieu sostenía que si no se aseguraba la inocencia de los ciudadanos, tampoco se aseguraba su libertad.<sup>16</sup> Al mismo tiempo, Marat consideraba que nadie tenía derecho a tratar como culpable a aquel cuya culpabilidad aún no había sido declarada por un juez.<sup>17</sup> Y, siguiendo

11. BOVINO, A., “Contra la inocencia”, en BOVINO, A., *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 87.

12. BOVINO, A., “El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 429.

13. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., pp. 87 y 88.

14. *Ídem*, p. 89.

15. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto, Andrés Ibáñez y otros), Madrid, Trotta, 1995, p. 550.

16. *Ídem*, p. 549.

17. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., pp. 89 y 90.

esta postura, Hobbes, aseguraba que la prisión preventiva constituía un acto hostil contra los ciudadanos.<sup>18</sup>

Bovino observa que la afirmación del principio de inocencia –por parte de los autores clásicos– se debía, en parte, a las fuertes críticas que éstos habían levantado contra la tortura. Al respecto, el citado autor sostiene que una conducta consecuente con tal afirmación requería un fuerte ataque a la prisión preventiva.<sup>19</sup>

Ninguno de los reformadores del derecho penal llegó a clamar por la supresión del encarcelamiento preventivo.<sup>20</sup> Todos ellos acabaron por permitir su utilización, o bien, como una medida tendiente a asegurar los fines del proceso o como una pena anticipada.<sup>21</sup> Al respecto, vale mencionar la opinión de Beccaria, quien aún admitiendo que la prisión preventiva vulneraba el principio de inocencia<sup>22</sup> y configuraba una pena anticipada,<sup>23</sup> admitía su procedencia bajo algunos supuestos, entre los que se destacan el peligro de fuga y la fama pública del imputado.<sup>24</sup> También Carrara aceptaba éste instituto. Entre sus justificaciones cabe mencionar el peligro de fuga del imputado y la posibilidad de que este cometa nuevos delitos.<sup>25</sup>

Ferrajoli considera que el pensamiento clásico acabó por justificar la utilización de la prisión preventiva bajo diversas necesidades.<sup>26</sup>

Estas justificaciones derivaron en distintos discursos que fueron legitimando la utilización del instituto hasta nuestros días y que serán analizados a continuación. Pero antes de eso, considero necesario hacer una última mención en defensa del pensamiento clásico.

Sería injusto analizar los escritos de los reformadores fuera de su contexto. En este sentido, corresponde recordar que la prisión recién logró su afirmación como pena dominante entre los siglos XVIII y XIX.<sup>27</sup>

En la época de los pensadores clásicos, las principales penas aplicables eran las pecuniarias, las corporales, la pena de muerte y las penas infamantes. En ese momento la cárcel era el lugar en donde el imputado aguardaba durante el proceso. Recién con la aparición del sistema de producción capitalista, los establecimientos

18. FERRAJOLI, ob. cit., pp. 551 y 552.

19. BOVINO, “Contra...”, ob. cit., p. 91.

20. FERRAJOLI, ob. cit., p. 552.

21. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 91.

22. *Ibidem*.

23. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas* (trad. Antonio Bonanno), Buenos Aires, Losada, 2005, p. 94.

24. *Ídem*, p. 93.

25. FERRAJOLI, ob. cit., pp. 552 y ss.

26. *Ídem*, p. 553.

27. PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (trad. Ignacio Muñagorri), Mexico, Siglo XXI Editores, 1996, p. 36.

carcelarios se consagraron como lugares de ejecución de la pena. A partir del descubrimiento del valor económico de la libertad, su privación —a través de la cárcel— se alzó como la pena principal de las sociedades productoras de mercancías.<sup>28</sup>

Al respecto, Bovino afirma que la crítica ilustrada fue anterior a la constitución de la cárcel como la principal institución referida a la ejecución del castigo.<sup>29</sup> En defensa de los reformadores, el citado autor sostiene que sus justificaciones respecto del encarcelamiento preventivo se fundaban en que el mismo representaba una medida menos grave, en cuanto a su naturaleza e intensidad, que las penas que —eventualmente— podían llegar a imponerse a los acusados en un proceso penal. Al no haber sido la privación de la libertad la pena dominante en su época, los autores clásicos se concentraron en la crítica a la tortura, dado que ésta sí resultaba similar, en cuanto a su naturaleza y gravedad, a las penas que se ejecutaban.<sup>30</sup>

En síntesis, el pensamiento clásico, si bien sentó las bases de los futuros discursos legitimantes de la prisión preventiva, lo hizo en un contexto en el cual el uso de esta medida de coerción procesal resultaba sustancialmente menos lesiva que las penas que se les imponían a los condenados. La prisión preventiva, en aquella época, respetaba el principio de proporcionalidad, en el sentido de que —como medida cautelar— nunca ostentaba una gravedad mayor o igual a la de la pena. Siendo en la actualidad la privación de la libertad la pena que se aplica tras el dictado de una sentencia condenatoria, resulta muy difícil poder justificar su aplicación a modo de medida cautelar sin que esto represente una manifiesta violación al principio de inocencia.<sup>31</sup>

No obstante, la mayoría de la doctrina reconoce, en general, dos clases de discursos que legitiman la utilización de la prisión preventiva: los sustancialistas y los procesalistas.<sup>32</sup>

28. *Ídem*, pp. 36 y 37.

29. BOVINO, A., “Contra...”, *ob. cit.*, p. 109.

30. *Ídem*, pp. 110 y ss.

31. SERGI, N., “La privación de la libertad durante el proceso en el derecho comparado”, en *Nueva doctrina penal 2004/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 127.

32. RUSCONI, M. A., “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 44.

### III. DISCURSOS SUSTANCIALISTAS

Los discursos sustancialistas le reconocen a la prisión preventiva funciones similares a las de la pena,<sup>33</sup> constituyendo –a la primera– como una –verdadera– pena anticipada. Aun así, legitiman el encarcelamiento durante el proceso, dado que lo consideran como instrumento de la defensa social.<sup>34</sup> Estos discursos se han identificado con el derecho penal autoritario de Ferri y Garofalo, durante el positivismo criminológico; de Manzini en el fascismo y el de diversos autores alemanes durante el nazismo.<sup>35</sup>

Estas formulaciones discursivas tienden a asignarle diversas finalidades al encarcelamiento preventivo. Finalidades que lo asimilan a la interposición de una pena. En tal sentido, se ha sostenido que la habilitación de esta medida se puede fundar en la necesidad de satisfacer la opinión pública<sup>36</sup> (justificación que ha sido recepcionada por alguna jurisprudencia Argentina en los últimos años),<sup>37</sup> de intimidar, prevenir o disuadir a potenciales criminales de cometer hechos delictivos (fundamento que Chiara Diaz identifica con la función de prevención general<sup>38</sup> que algunos autores le pretenden asignar a las penas) y por último en la de evitar –como si fuera una medida de seguridad– que el imputado cometa delitos.<sup>39</sup>

Conviene aclarar que no necesariamente todos los autores que se inscriben dentro del pensamiento sustancialista admiten todas las causales de habilitación del instituto. Lo característico de estas teorías es que le reconocen al encarcelamiento preventivo funciones que perfectamente se le pueden reconocer a la pena. Es en este sentido que estas justificaciones resultan completamente contrarias a nuestra Constitución Nacional.

Tal como se mencionó al comienzo de este trabajo, el principio de inocencia –según está consagrado en nuestra Carta Magna– establece que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que no exista una sentencia, producto de un juicio, que declare tal condición.

33. *Ídem*, p. 45.

34. KEES, J. M., “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 69.

35. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 36.

36. RUSCONI, M. A., ob. cit., p. 45.

37. CHIARA DIAZ, C. A., *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, p. 24.

38. *Ibidem*.

39. *Ibidem*.

Legitimar la utilización del encarcelamiento preventivo, entendiendo que éste configura una pena anticipada, significa legitimar la violación de todos los derechos del acusado en un juicio penal. De esta forma, el imputado quedaría en la misma situación que el condenado, con la única diferencia de que el primero careció de un juicio, de acusación, de prueba, de defensa y del respeto al principio de inocencia.<sup>40</sup>

Considero que –siendo tan manifiesta la violación de las garantías constitucionales– los argumentos citados precedentemente bastan para considerar inconstitucional la utilización del encarcelamiento preventivo según la óptica sustancialista.

#### IV. DISCURSOS PROCESALISTAS

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia predominante, no le reconocen a la prisión preventiva el carácter de pena anticipada, sino que la consideran como una medida de coerción estatal que tiene por objeto asegurar los fines del proceso penal<sup>41</sup> (la averiguación de la verdad y la –eventual– aplicación del derecho penal material).<sup>42</sup> Esta corriente de pensamiento ha sido denominada procesalista.<sup>43</sup> La mayoría de sus autores reconocen que la confrontación del instituto de la prisión preventiva con el principio de inocencia es de una gravedad tal que resulta muy difícil encontrar motivos para sostener su legitimidad. Es por ello que se han propuesto establecer principios y presupuestos que tienen por objeto restringir su utilización, a fin de que su procedencia quede limitada a los casos en los que resulta verdaderamente indispensable.<sup>44</sup>

El primer principio limitador indica que los únicos fines legítimos que pueden habilitar el uso de la prisión preventiva –en un Estado de derecho– son aquellos que tienden a proteger al proceso penal de ciertos peligros generados por la conducta del imputado. En este sentido, se sostiene que el acusado solo puede poner en riesgo al proceso en el caso de entorpecer la averiguación de la verdad o impidiendo la aplicación de la ley penal, mediante su fuga.<sup>45</sup>

Al respecto, resulta conveniente formular una aclaración. No todos los autores coinciden en afirmar que las dos conductas antes citadas configuran una habilitación para activar la medida de coerción procesal. De esta forma, Alberto Binder observa

40. PASTOR, D. R., “Ecolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva doctrina penal* 1996/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 287.

41. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 24.

42. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 116.

43. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 24.

44. SERGI, N., “La privación...”, ob. cit., p. 127.

45. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 116.

que el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para privar de la libertad –sin sentencia condenatoria– a un individuo, debido a que el Estado cuenta con múltiples medios para evitar que el acusado obstruya la averiguación de la verdad. El autor sostiene que el aparato estatal, que cuenta con fiscales, policías y jueces, tiene más posibilidades de proteger el proceso de las que tiene el imputado para dañarlo. En consecuencia, sostiene que el Estado no puede cargar contra el acusado su ineficacia para proteger el proceso y mucho menos puede hacerlo a costa de su libertad.<sup>46</sup>

En una postura similar a la de Binder se encuentra San Martín Castro, quien argumenta que si la protección de la investigación constituyera un fin legítimo para habilitar la prisión preventiva, nada impediría aplicarle medidas similares a peritos y testigos. Y agrega que esta finalidad carece de sentido, una vez concluida la investigación, observando que la privación de la libertad se extiende mucho más que ella.<sup>47</sup>

Continuando este pensamiento, Solemine advierte que la finalidad de evitar el entorpecimiento de la investigación solo puede dar lugar a una detención por un periodo de tiempo breve, a fin de garantizar la adquisición de los elementos de prueba amenazados.<sup>48</sup>

Bovino también critica al entorpecimiento de la investigación como fundamento para legitimar la privación de la libertad del imputado. Este autor se pregunta si estaría justificado el encarcelamiento preventivo en el caso de que el imputado pudiera probar que desde la prisión –tal vez por pertenecer a un grupo delictivo– contase con las mismas posibilidades de entorpecer el proceso que desde afuera.<sup>49</sup>

El peligro de fuga, como justificativo de la privación de la libertad antes de la sentencia, también ha recibido numerosas críticas. En primer lugar, se advierte que la garantía de defensa exige la vigencia del principio de inmediatez, lo cual implica, necesariamente, la presencia del imputado durante el juicio, a fin de que éste pueda controlar la producción de prueba y cuestionar las acusaciones que se le formulan durante el debate.<sup>50</sup> Rusconi observa que resulta absurdo que la preocupación por la vigencia de una garantía del imputado aparezca como una consecuencia de la privación de su libertad, bajo la forma de medida de coerción.<sup>51</sup>

46. BINDER, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 199.

47. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 30.

48. *Ídem*, p. 31.

49. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 107.

50. RUSCONI, M. A., ob. cit., p. 49.

51. *Ibidem*.

A su vez, Ferrajoli advierte que el peligro de fuga está provocado, antes que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si al imputado se le garantizaría su libertad durante el proceso –observa– tendría el máximo interés en asistir al juicio a fin de poder ejercer de forma plena su derecho de defensa.<sup>52</sup>

Algunos autores, atribuyendo que la legitimación de la prisión preventiva por el peligro de fuga se debe a que nuestro sistema no permite los juicios penales en ausencia del imputado, se animan a cuestionar esta última afirmación con el objeto de deslegitimar este fundamento del encarcelamiento sin sentencia.<sup>53</sup> Excede a los propósitos de este trabajo analizar tal posibilidad, pero considero oportuna su cita en cuanto a que la misma constituye un serio cuestionamiento a uno de los fines que legitiman el instituto que se analiza.

Además de las críticas sustanciales a los fines de la prisión preventiva, existen numerosos cuestionamientos relacionados a las dificultades que se le presentan al Estado para verificar la existencia de los peligros procesales aquí analizados.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la verificación de la existencia de un peligro procesal debe basarse, exclusivamente, en la posibilidad de que el acusado “abuse de su libertad”.<sup>54</sup> Al mismo tiempo, ha destacado la imposibilidad de que tal verificación se sustente en los antecedentes del imputado, ya que de esta forma se vulneraría el principio de inocencia.<sup>55</sup>

Al respecto, Bovino y Bigliani advierten que los peligros procesales no se presumen. Sostienen que para que la verificación de la existencia de un peligro procesal resulte razonable, se requiere la constatación efectiva de circunstancias objetivas, cuya existencia deberá ser demostrada en virtud de la incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco de un proceso penal para el caso concreto.<sup>56</sup>

En otro texto, Bovino nos advierte sobre las dificultades de demostrar –con certeza– la verificación de los peligros procesales. El juicio sobre la fuga o el entorpecimiento de la investigación es un juicio sobre el futuro. El hecho de que el imputado ya hubiese obstruido la averiguación de la verdad, no significa que lo vaya a hacer nuevamente. Este mismo razonamiento se puede aplicar al peligro de

52. FERRAJOLI, ob. cit., p. 558.

53. VANNINI, F., “El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso (desde las normas constitucionales)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 118.

54. BOVINO, A., “El encarcelamiento preventivo...” ob. cit., p. 446.

55. *Ibidem*.

56. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 35.

fuga.<sup>57</sup> El autor sostiene que, por tratarse de predicciones sobre el comportamiento, estas no pueden ser demostradas ni refutadas, y por consiguiente –concluye–, su legitimidad es dudosa en todos los casos.<sup>58</sup>

Respecto de la verificación de tales peligros, Juan Manuel Kees observa que la mayoría –no todos– de los modos de entorpecer la investigación penal constituyen –de forma autónoma– delitos tipificados en la ley penal. De esta forma, el autor considera que toda vez que el encarcelamiento preventivo intente prevenir la comisión de tales delitos, antes de configurar una medida cautelar, constituye una verdadera medida de seguridad a fin de neutralizar la peligrosidad criminal del imputado.<sup>59</sup> En este caso, le serían aplicables las críticas a las teorías sustancialistas.

El segundo principio limitador que se debe observar para la procedencia del encarcelamiento cautelar es el de la excepcionalidad. En virtud de la gravedad de esta medida coercitiva, su utilización debe limitarse a situaciones en donde su aplicación resulte indispensable, y siempre que no sea posible asegurar los fines del proceso con medidas menos gravosas para el imputado.<sup>60</sup> Alberto Bovino sostiene que el carácter excepcional que debe tener esta medida se deriva –fundamentalmente– del principio de inocencia.<sup>61</sup>

Como consecuencia de lo desarrollado precedentemente, el carácter excepcional de la prisión preventiva exige que su aplicación sea de *ultima ratio*. Y es en virtud de esto que la libertad del imputado debe configurar la regla durante el proceso penal y su privación, la excepción.

Lamentablemente, la gran cantidad de presos preventivos en nuestro país,<sup>62</sup> permite dudar acerca de si la aplicación del instituto es realmente excepcional.

El tercer principio que se impone como límite a la utilización del encarcelamiento preventivo es aquel que requiere la verificación del mérito sustantivo.<sup>63</sup> En este sentido se afirma que, para que proceda legítimamente –o de forma menos irracional– la privación de la libertad durante el proceso penal, deben existir medios de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho que se investiga.<sup>64</sup>

La verificación del mérito sustantivo es consecuencia de la gravedad que se le reconoce al encarcelamiento preventivo. El Estado no puede privar de la libertad a

57. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 102.

58. *Ídem*, p. 107.

59. KEES, J. M., ob. cit., pp. 90 y ss.

60. CHIARA DIAZ, C. A., ob. cit., p. 21.

61. BOVINO, A., “El fallo ‘Suárez Rosero’”, en BOVINO, A., *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 38.

62. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 31.

63. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 100.

64. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 21.

los individuos sin –por lo menos– demostrar que tiene ciertos elementos de prueba que indican que existe una alta posibilidad de que aquellos hayan participado en un delito.

Santiago Vegazzi advierte que el mérito sustantivo ha servido, en muchos supuestos, como único justificativo real para la aplicación de la medida cautelar. Sostiene que en los casos en donde la pena aplicable es muy alta, este principio, antes de limitar, ha funcionado como legitimante de la prisión preventiva.<sup>65</sup>

El control judicial del encarcelamiento cautelar es el cuarto principio destinado a limitar la utilización del instituto.<sup>66</sup> El mismo se refiere a la necesidad de que los tribunales controlen el respeto de ciertas normas referidas a la ejecución de la medida. Se debe evitar que el imputado sufra tratos crueles, inhumanos, etc.<sup>67</sup> –sufimientos que tampoco deben sufrir los presos condenados–.

El quinto de los principios es el de proporcionalidad. Éste indica que la privación de la libertad durante el proceso no puede superar en gravedad a la pena en expectativa que tiene el imputado.<sup>68</sup> Maier advierte que resulta racional impedir la procedencia del encierro preventivo para evitar que la persecución penal genere al imputado mayores daños que la reacción legítima del Estado, en el caso de condena.<sup>69</sup> Se debe evitar que el imputado –que aún es inocente– se encuentre en una situación peor que la del condenado.

Alberto Bovino sostiene que la proporcionalidad es una consecuencia derivada del principio de inocencia, dado que exige que los procesados sean tratados como inocentes, o en su defecto, no reciban un trato peor que los condenados.<sup>70</sup>

Natalia Sergi observa que este principio constituyó el primer límite a la aplicación del instituto analizado. Sostiene que el mismo restringió la aplicación del encarcelamiento preventivo en dos aspectos. En primer lugar, en el cualitativo, imposibilitando la aplicación del instituto en los casos en donde la pena en expectativa no era de privación de la libertad. Y en segundo –no siempre de forma efectiva–, en el aspecto cuantitativo, indicando que el tiempo de prisión preventiva no pudiese exceder el tiempo que debería ser privado de su libertad el imputado, en caso de obtener una sentencia condenatoria.<sup>71</sup>

65. VEGAZZI, S., “Los fines procesales de la prisión preventiva” en AA.VV., *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 534 y 535.

66. SERGI, N., “La privación...”, ob. cit., p. 134.

67. *Ibidem*.

68. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 51.

69. MAIER, J. B. J., *Derecho...*, ob. cit., p. 526.

70. BOVINO, A., “El encarcelamiento...”, ob. cit., p. 457.

71. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 136.

El principio de proporcionalidad es un arma de doble filo. Bovino advierte que si bien éste ha funcionado como límite al encarcelamiento preventivo cuando se trata de delitos con penas leves, también ha servido como una justificación de la utilización de la privación de la libertad del imputado por periodos de tiempo prolongados, cuando la pena aplicable resulta de duración elevada.<sup>72</sup>

Para solucionar este problema, Natalia Sergi propone dejar de lado la aplicación de este principio en los casos en los que funcione como legitimador de la prisión preventiva y sustituirlo por otro: el de inequivalencia.<sup>73</sup> De esta forma, se asegura que la privación de la libertad durante el proceso nunca equivalga a la pena en su aspecto cuantitativo y así como tampoco en el cualitativo.<sup>74</sup>

Alberto Bovino también se inscribe en el pensamiento desarrollado por Sergi. Sostiene que la única forma de que el principio de proporcionalidad funcione –verdaderamente– como un límite a la privación de la libertad durante el proceso, es redefiniendo su significado en términos de inequivalencia.<sup>75</sup>

El principio de proporcionalidad desnuda la imposibilidad de los procesalistas de legitimar la utilización de la prisión preventiva como medida de coerción procesal. La relación que tiene la eventual aplicación de la pena para medir la procedencia –en términos cualitativos y cuantitativos– de la prisión preventiva devela el carácter de pena anticipada de la misma. Si bien el principio de inequivalencia pretende darle un trato distinto al imputado respecto del condenado –en los dos aspectos mencionados–, esta solución parece conllevar algunos problemas en la práctica. Al respecto, cabría preguntarse si otorgarle a los presos preventivos un horario de visitas semanales que supere en una hora al de los condenados equivale a sostener que el trato que tienen los primeros en relación al de los segundos es cualitativamente diferente.

El sexto principio de limitación del instituto estudiado es el de la provisionalidad. Su contenido indica que para que el encarcelamiento preventivo continúe vigente, deben subsistir todos los requisitos precedentemente citados que habilitan su utilización.<sup>76</sup> La mera desaparición de alguno de los presupuestos, torna en ilegítima –si es que alguna vez fue legítima– la privación de la libertad del imputado. Este principio fue consagrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 35/07.<sup>77</sup>

72. BOVINO, A., “El encarcelamiento...”, ob. cit., p. 461.

73. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 137.

74. KEES, J. M., ob. cit., p. 77.

75. BOVINO, A., “Contra...”, ob. cit., p. 115.

76. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 45.

77. Informe 35/07 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parr. 105.

El límite temporal constituye el séptimo principio que tiende a restringir la utilización del encarcelamiento preventivo.

Daniel Pastor observa que la necesidad de establecer un límite a la duración de la prisión preventiva surgió después de la segunda guerra mundial. Este principio fue reconocido –por primera vez– en nuestra jurisprudencia en el caso “Motta”.<sup>78</sup>

Natalia Sergi advierte que de no contar con un límite temporal efectivo, respecto del plazo de duración de la medida coercitiva, carecerían de sentido todas las limitaciones al instituto estudiado.<sup>79</sup> La privación de la libertad, más allá del plazo razonable, se vuelve ilegítima por más de que subsistan todos los presupuestos que habilitaron su uso.<sup>80</sup> A su vez, Alberto Binder sostiene que si el Estado opta por utilizar una medida tan extrema para llevar adelante el proceso penal, consiguientemente, éste adquiere la obligación de maximizar sus recursos a fin de que el proceso se desarrolle lo más rápido posible.<sup>81</sup> El Estado cuenta con un periodo de tiempo limitado a fin de proteger el proceso mediante el encarcelamiento cautelar.<sup>82</sup>

Natalia Sergi entiende que este principio se complementa con el de proporcionalidad, ya que ambos tienen por finalidad lograr el cese de prisión preventiva ante determinados supuestos. En los casos en los que la duración de la privación de la libertad resulte desproporcional respecto de la pena aplicable, el encierro preventivo cesará a causa del principio de proporcionalidad. En cambio, en aquellos casos en donde la pena a aplicar sea muy elevada, la medida cautelar deberá cesar cuando su duración supere el plazo razonable, en virtud del principio de limitación temporal.<sup>83</sup>

El principal problema que se presenta respecto del límite temporal de la prisión preventiva es el de su determinación.

Nuestra legislación establece un plazo máximo de dos años para la duración de la privación de la libertad de los imputados. Plazo que puede ser extendido en algunos supuestos. Más allá de las críticas que puedan efectuarse a esta ley, considero conveniente aclarar que el plazo allí establecido, resulta un plazo máximo de duración del instituto, más no –en todos los casos– un plazo razonable. Esto por cuanto a que la privación de la libertad durante el proceso, en ningún caso podrá extenderse más allá del plazo que establece la ley. Pero puede resultar que el plazo

78. PASTOR, D. R., “Escolios...”, ob. cit., p. 283.

79. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 123.

80. MAIER, J. B. J., “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy” en ANITUA, G. I. y TEDESCO, I. F. (comps.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 403.

81. BINDER, A., ob. cit., p. 201.

82. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 64.

83. SERGI, N., “Límites temporales...”, ob. cit., p. 124.

máximo no resulte razonable.<sup>84</sup> Al respecto, la razonabilidad de la duración deberá ser analizada en cada proceso en particular según sus características.<sup>85</sup> En su informe 35/97, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció un criterio guía para determinar el plazo razonable. Allí consideró que el límite temporal a la prisión preventiva está constituido por el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo de la pena que le corresponde al imputado.<sup>86</sup>

Hasta aquí se han analizado los principios elaborados por los discursos procesalistas que pretenden restringir la utilización de la prisión preventiva. A continuación se desarrollaran los fundamentos constitucionales por los cuales estos discursos justifican el uso del instituto estudiado.

## V. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La consagración del encarcelamiento preventivo como una medida de coerción procesal excepcional, cuya habilitación se debe sujetar a los principios desarrollados precedentemente, parte de la noción de que este instituto es compatible con las normas de nuestra Constitución.<sup>87</sup>

Una primera postura sostiene que la prisión preventiva, como medida excepcional, es el producto de la interpretación armónica de dos preceptos constitucionales. De esta forma, se argumenta que la mención –en el preámbulo– del objetivo de “afianzar la justicia” habilitaría el uso del instituto analizado.<sup>88</sup> A su vez, la privación de la libertad durante el proceso se vería limitada por la consagración del principio de inocencia en el artículo 18 de nuestra Carta Magna y en numerosos tratados internacionales incorporados a ella.

Resulta pertinente mencionar la crítica que Gustavo Vitale y Gerardo García formulan a esta justificación del encarcelamiento preventivo. Ambos consideran que el objetivo de “afianzar la justicia” no se refiere a la realización de los juicios penales de cualquier forma; sino que –por el contrario– esta frase ordena al Estado llevar a cabo todos los procesos penales respetando la totalidad de las garantías constitucionales que los deben regir.<sup>89</sup> En consecuencia, la mención de “afianzar la

84. *Ídem*, pp. 126 y ss.

85. PASTOR, D. R., “Escolios...”, ob. cit., p. 292.

86. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 73.

87. CHIARA DIAZ, C. A., ob. cit., p. 32.

88. VITALE, G. L., y GARCÍA, G. N., “El ‘arresto’ del artículo 18 de la Constitución Nacional no legitima la llamada ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 208.

89. *Ibidem*.

justicia” se erige como una causal de ilegitimidad del instituto. Si la Constitución establece como garantías del imputado el principio de inocencia, la defensa en juicio, la igualdad entre las partes y una larga lista de etc., la privación de su libertad resulta violatoria de este objetivo mencionado en el preámbulo ya que vulnera los principios citados.

Otros autores advierten que la base constitucional de la prisión preventiva se encuentra en el mismo artículo que consagra el principio de inocencia (artículo 18) en cuanto a la mención que se hace de la facultad de arresto por orden escrita de autoridad competente.<sup>90</sup>

Gustavo Vitale refuta esta justificación. Sostiene que la facultad de arresto mencionado en la Constitución solo habilita la privación de la libertad por un periodo de tiempo limitado en que el imputado debe ser puesto a disposición de un juez. En consecuencia, no cualquier privación de la libertad queda legitimada por tal instituto.<sup>91</sup> Además —en un texto en coautoría con Gerardo García— sostiene, que una interpretación del artículo 18, adecuada a sus antecedentes, no puede transformar el arresto en prisión preventiva. Ambos son institutos que fueron concebidos de forma diferente.<sup>92</sup>

Una tercera base constitucional con la que se pretende fundar el encierro preventivo sostiene que este instituto esta regulado en numerosos tratados y pactos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.<sup>93</sup>

Es cierto que muchos instrumentos internacionales regulan el modo en que los Estados pueden privar de la libertad a los imputados. Pero también es verdad que nuestra Constitución regula la forma en se deben llevar a cabo los procesos penales, y que el encierro preventivo de los acusados resulta violatorio de los principios y garantías que los rigen. Al respecto, nuestra ley fundamental indica que la incorporación de los tratados internacionales no deroga ningún artículo de su parte dogmática.<sup>94</sup>

A su vez, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que los tratados internacionales sobre el tema generan un estándar mínimo de protección. Éste puede ser superado por el derecho interno de cada uno de los Estados.<sup>95</sup> Y, en virtud del principio *pro homine*.<sup>96</sup> se deberá aplicar aquella regulación que resulte

90. CHIARA DIAZ, ob. cit., p. 32.

91. *Ídem*, p. 33.

92. VITALE, G. L. y GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 231.

93. *Ídem*, p. 207.

94. Artículo 75 inc. 22.

95. MANILL, P. L., *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 47.

96. PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los

más favorable a los derechos de los seres humanos. Por consiguiente, cabe concluir que la prisión preventiva no puede justificarse por estar contemplada en tratados internacionales de Derechos Humanos.

También se ha sostenido que el encarcelamiento preventivo tiene fundamento constitucional en la prohibición de llevar a cabo juicios penales en rebeldía.<sup>97</sup> Las críticas a esta postura fueron desarrolladas al tratar la justificación del encierro preventivo por el peligro de fuga.

Por último, se argumenta que la palabra “detenidos” a la que hace referencia el artículo 18 de nuestra Carta Magna al establecer “(...) Las cárceles serán sanas y limpias...”, se refiere a los presos preventivos y no a aquellos que cuentan con una sentencia condenatoria.<sup>98</sup> Al respecto, Vitale y García señalan que esta norma se debe interpretar de forma dinámica y se debe considerar que la misma se refiere a las personas para las cuales ha sido creada la institución carcelaria: presos condenados.

Hasta aquí se han desarrollado los discursos que intentan encontrar fundamento constitucional a la prisión preventiva y sus críticas. A continuación se desarrollará la forma en que el instituto ha sido receptado por nuestra legislación nacional.

## VI. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Nuestro Código Procesal Penal parece inscribirse dentro de la corriente procesalista. En su artículo 280 establece que la libertad personal solo podrá ser restringida cuando esto resulte indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad (ante el entorpecimiento de la investigación) o la aplicación de la ley penal (ante el peligro de fuga). Este artículo sienta el principio general que debe regir para la privación de la libertad de un imputado. A su vez, el artículo 319 –en sintonía con el 280– indica que se le podrá negar la excarcelación o la exención de prisión al acusado, con el objeto de proteger los fines del procedimiento. También, manteniendo cierta coherencia con estos artículos, el 313 establece un tratamiento distinto para los presos preventivos respecto de los condenados.

El problema comienza a aparecer con el artículo 312. Los discursos procesalistas indican que la libertad del imputado debe ser la regla durante el proceso y su privación, la excepción. El artículo en cuestión comienza su redacción indicando que “El juez ordenará la prisión preventiva...”. En este caso, parece invertirse el

---

Derechos Humanos”, en ABREGÚ, M., y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

97. VITALE, G. L. y García, G. N., ob. cit., p. 209.

98. *Ídem*, p. 210.

principio de excepcionalidad, constituyendo al encierro preventivo del imputado como la regla durante el juicio penal.

Los arts. 316 y 317 agravan aún más la situación. Ambos señalan los motivos por los cuales se puede negar la exención o la excarcelación, respectivamente. Ninguno de estos tiene relación con los fines procesales de los que habla el artículo 280.<sup>99</sup> Ambos consagran al monto de pena aplicable como aquello que determina la libertad del imputado y establecen que, para determinados delitos, la aplicación de la prisión preventiva –en relación al mínimo y máximo de escala penal– es automática, negándole al imputado la posibilidad de obtener la exención o la excarcelación.<sup>100</sup>

Con el objeto de adecuarlos a los principios de nuestra Constitución, se ha sostenido que estos artículos presumen que el imputado pondrá en riesgo los fines del proceso<sup>101</sup> cuando se trata de delitos con elevadas escalas penales. Presunciones que desde una lectura literal de las normas parecen ser *iure et de iure*. Consecuencia de esto es la consagración de ciertos delitos como inexcusables. La jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de esta categoría de delitos a partir del caso Napoli.<sup>102</sup> Al respecto, Solimine considera que estos artículos no alterarían los principios constitucionales en la medida en que dichas presunciones fueran *iuris tantum*.<sup>103</sup>

Paola Bigliani y Alberto Bovino sostienen que los peligros procesales no se presumen, afirmando que resultan inválidas tanto las presunciones *iure et de iure* como las *iuris tantum*.<sup>104</sup>

Santiago Vegazzi observa que los artículos en cuestión no hacen referencia a ningún tipo de presunciones. Sostiene que la inconstitucionalidad de los mismos no se deriva de la presunción de los peligros procesales, sino que la misma es consecuencia de que el Código establece que se deba aplicar la prisión preventiva –de forma automática– a ciertos delitos en base al monto de pena aplicable.<sup>105</sup>

En síntesis, nuestro Código Procesal parece hacer eco de los discursos procesalistas en la forma en la que contempla el encarcelamiento preventivo en los artículos 280, 313 y 319. Recepción que parece haber llegado con ciertas interferencias a los artículos 312, 316 y 317. Dado que éstos alteran la forma en que las

99. VEGAZZI, S., ob. cit., p. 531.

100. *Ídem*, p. 544.

101. *Ídem*, p. 545.

102. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 25.

103. VEGAZZI, S., ob. cit., p. 540.

104. BIGLIANI, P. y BOVINO, A., ob. cit., p. 31.

105. *Ídem*, p. 545.

teorías procesalistas conciben a la privación de la libertad de los imputados durante los procesos penales.

## VII SÍNTESIS

La problemática acerca de la relación entre la vigencia de las garantías constitucionales de los imputados durante el proceso penal y el encarcelamiento preventivo ha sido descripta, de forma precisa y contundente, por Daniel Pastor de la siguiente forma: “En la prisión preventiva se juega el Estado de Derecho”.<sup>106</sup>

En este trabajo se ha observado que los discursos modernos que legitiman la privación de la libertad de los imputados tienen su origen en el pensamiento de los reformadores del derecho penal. Estos habían tolerado la utilización de este instituto, sea tanto para neutralizar cierta peligrosidad del acusado (derivación en la teoría sustancialista) o para permitir que se lleve a cabo el proceso penal y se pueda, en caso de que corresponda, aplicar la ley (derivación en la tesis procesalista).

A diferencia de las formulaciones discursivas modernas, los autores clásicos si bien permitían el uso del instituto estudiado, lo hacían en virtud de que ésta medida de coerción respetaba cierta proporcionalidad respecto de la pena aplicable en ese momento. Respeto que no se advierte en la actualidad.

Las tesis sustancialistas conciben a la prisión preventiva, directamente, como una pena anticipada. La finalidad que estos discursos le asignan al encarcelamiento preventivo resulta imposible de diferenciarse con las finalidades que se le suelen asignar a las penas. En este sentido, la privación de la libertad de los imputados durante el proceso resulta manifiestamente violatoria de todas las garantías constitucionales a favor de los seres humanos que revisten la calidad de imputados en el marco de un proceso penal.

La tesis procesalistas si bien, discursivamente, le asignan al encarcelamiento preventivo el carácter de una medida cautelar, tiene muchas dificultades para poder sostener esa hipótesis respecto de la utilización fáctica del instituto.<sup>107</sup> La prisión preventiva se lleva a cabo en los mismos establecimientos y bajo las mismas condiciones que las penas.<sup>108</sup> Asimismo, las finalidades que estos discursos le pretenden asignar a la medida de coerción resultan inverificables en la realidad. Además, carecen de idoneidad para los fines que pretenden perseguir. El peligro de fuga lo genera la propia amenaza de la prisión preventiva.<sup>109</sup> La finalidad de averiguación

106. PASTOR, D., “Escolios...”, ob. cit., p. 286.

107. *Ídem*, pp. 286 y 287.

108. KEES, J. M., *ob cit.*, p. 97.

109. FERRAJOLI, L., *ob. cit.*, p. 558.

de la verdad resulta incompatible con la privación de la libertad de una de las partes. Nuestra Constitución consagra al juicio por jurados como forma de llevar a cabo los procesos penales.<sup>110</sup> En este sentido, la construcción de la verdad judicial debe ser una actividad exclusiva de las partes durante el proceso.<sup>111</sup> Para lograr esto se requiere que el imputado goce de su libertad durante el juicio que se lleva en su contra. Ferrajoli advierte que el acusado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo para respetar la dignidad de los ciudadanos que se presumen inocentes, sino que también para que éste quede situado en pie de igualdad con la acusación y para que pueda organizar de forma efectiva su estrategia de defensa.<sup>112</sup> Solamente en libertad, el imputado puede –efectivamente– producir prueba a su favor, tendiente a atenuar o contradecir las acusaciones que se le formulan. De esta forma, el encarcelamiento preventivo de una de las partes atenta contra el modo en que se deben llevar a cabo los juicios penales según nuestra Constitución; quiebra la igualdad –si es que alguna vez existió– entre las partes; restringe las facultades del imputado de organizar su defensa y, en combinación con otros institutos del proceso penal, como por ejemplo, el juicio abreviado, funciona como una verdadera coacción al imputado, tendiente a obtener su confesión.<sup>113</sup>

Como se ha visto, nuestro Código Procesal –a pesar de los artículos 312, 316 y 317– recepta el discurso procesalista a los fines de regular la prisión preventiva. El problema es que este instituto carece por completo de fundamento constitucional. Ninguna cláusula de nuestra Carta Magna habilita semejante vulneración de los derechos y garantías del imputado.

Al respecto, el derecho procesal debe velar por los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce a sus habitantes.<sup>114</sup> De allí que se sostenga que el derecho procesal es el derecho constitucional reglamentado.<sup>115</sup> En este aspecto debe asegurarse que los juicios penales se lleven a cabo de la forma establecida por nuestra ley fundamental, consolidando la libertad del imputado.

110. HENDLER, E. S., “El significado garantizador del juicio por jurados”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 330.

111. BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 232.

112. FERRAJOLI, ob. cit., p. 559.

113. VITALE, G. L., “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 14.

114. KEES, J. M., ob. cit., p. 79.

115. MAIER, J. B. J., *Derecho...*, ob. cit., pp. 163 y ss.

La frase de Daniel Pastor, citada al comienzo de este apartado, resulta imprescindible para comprender los peligros que entraña el instituto de la prisión preventiva para el Estado constitucional de derecho.

Bajo la formulación discursiva que sea el encierro preventivo constituye un adelantamiento de pena.<sup>116</sup>

La prisión preventiva puede transformar al más liberal de los derechos penales en la peor versión del derecho penal del enemigo. En defensa de la sociedad o del proceso, es capaz de volver vano todo intento de contención del poder punitivo. En este sentido, la privación anticipada de la libertad de los individuos, por la mera circunstancia de ser imputados en la comisión de un delito, constituye el talón de Aquiles del Estado de derecho.

Su utilización corre el riesgo de transformar a todos los delitos en delitos procesales. En su crítica al método inquisitivo, Friederich Spee sostuvo que mediante el procedimiento inquisitorial se podía condenar, en esa época, por brujería a cualquier persona.<sup>117</sup> Bastaba una acusación, luego la tortura hacia el resto.

Tal vez esta comparación pueda resultar exagerada, pero lo cierto es que en la actualidad, la prisión preventiva causa, en muchas ocasiones, la condena del imputado por el mero hecho de haber sido acusado de un delito grave y privado de su libertad durante el proceso (además de las –ya descritas– dificultades que encarna para la defensa del acusado que éste se encuentre preso). Un ejemplo de esto sucede cuando el imputado preso “pacta su libertad” en un juicio abreviado, en virtud del cual, el fiscal solicita que se le aplique por pena la cantidad de tiempo que este estuvo detenido preventivamente a cambio de su confesión.<sup>118</sup>

No es posible –mediante ninguna formulación discursiva– considerar que la prisión preventiva resulta armónica con la forma en que nuestra Constitución exige que se deben realizar los juicios.

## VIII. CONCLUSIÓN - HACIA LA ABOLICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los discursos que han sido analizados en este trabajo han servido para legitimar la utilización de la prisión preventiva. Han funcionado como base hermenéutica para armonizar su regulación en el Código Procesal respecto de las normas constitucionales y para fundamentar su utilización por parte de la jurisprudencia.

Las críticas que se han realizado a los argumentos que pretendían legitimar el encierro preventivo permiten sostener que el mismo resulta inconstitucional.

116. VITALE, G. L., ob cit., p. 5.

117. ZAFFARONI, E. R., ob. cit., p. 40.

118. VITALE, G. L., ob. cit., p. 14.

Como se ha indicado, en la actualidad, la mayoría de la doctrina, jurisprudencia y legislación, se inclina por adoptar las teorías procesalistas de la prisión preventiva. Éstas, en su faz más liberal, no reconocen expresamente la legitimidad del instituto en cuestión, pero sí admiten su procedencia en caso de que se verifiquen los presupuestos y principios citados oportunamente en este trabajo. Estas teorías se proponen limitar al máximo su utilización.

Los hechos demuestran que tal pretensión ha fracasado. Lejos de disminuir, la cantidad de presos preventivos ha ido aumentando en los últimos años.<sup>119</sup> Los principios limitadores han servido para legitimar la interposición del encierro cautelar, antes que para disminuirlo.

Todo discurso que no declare la inconstitucionalidad de la prisión preventiva y la necesidad de su abolición, corre el riesgo de transformarse en un instrumento para su legitimación. Es por eso que, desde la faz discursiva resulta imperativo poner en evidencia la necesidad de finalizar para siempre con la privación de la libertad cuando no se cuenta con una sentencia condenatoria firme. Porque solo de esa forma se da cumplimiento a las garantías constitucionales y se protege la vigencia del Estado de derecho.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas* (trad. Antonio Bonanno), Buenos Aires, Losada, 2005.
- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 429-470.
- , “Contra la inocencia”, en BOVINO, Alberto, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 85-116.
- , “El fallo ‘Suárez Rosero’”, en Alberto BOVINO, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 3-54.

119. GARCÍA, G. N., ob. cit., p. 20.

- , “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 219-240.
- CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*, Buenos Aires Siglo XXI Editores, 2011.
- CHIARA DIAZ, Carlos A., *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.
- GARCÍA, Gerardo N., “La prisión preventiva es una pena”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 1-18.
- HENDLER, Edmundo S., “El significado garantizador del juicio por jurados”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 329-341.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal T I Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- , “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy” en ANITUA, Gabriel I. y TEDESCO, Ignacio F. (comps.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 399-412.
- FERNÁNDEZ, Domingo y MORILLO, Gastón, “Garantías constitucionales frente a la ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 119-128.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto, Andrés Ibáñez y otros), Madrid, Trotta, 1995.
- KEES, Juan M., “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 69-98.
- MANILI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- PASTOR, Daniel R., “El encarcelamiento preventivo”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 43-64.
- , “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva doctrina penal 1996/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 283-315.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (trad. Ignacio Muñagorri), México DF, Siglo XXI Editores, 1996.

- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172.
- RUSCONI, Maximiliano A., “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 41-68.
- SERGI, Natalia, “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva doctrina penal 2001/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 115-142.
- , “La privación de la libertad durante el proceso en el derecho comparado”, en *Nueva doctrina penal 2004/A*, Buenos Aires., Editores del Puerto, 2004, pp. 127-153.
- VANNINI, Fabiana, “El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso (desde las normas constitucionales)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 99-118.
- VEGAZZI, Santiago, “Los fines procesales de la prisión preventiva” en AA. VV., *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 527-546.
- VITALE, Gustavo L., y GARCÍA, Gerardo N., “El ‘arresto’ del artículo 18 de la Constitución Nacional no legitima la llamada ‘prisión preventiva’”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 203-236.
- , “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo)”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 1-18.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.