

VII Encuentro Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal

Crisis y futuro de la legislación Penal

Tema III: Proyecto integral de reforma del Código Penal

Título: Los procesados, ¿los olvidados de siempre?

Autora: Victoria Sánchez Soulié

Ayudante docente en la materia Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal correspondiente a la cátedra del Dr. Edmundo Hendler, en la comisión a cargo de la Dra. Alejandra Alliaud; perteneciente al Ciclo profesional Común de la Universidad de Buenos Aires

Teléfono: 15-5019-9164

Dirección: Av. De los Inmigrantes 1950 piso 2 oficina 213, CP: 1104

E-mail: vsanchezsoulie@yahoo.com.ar

LOS PROCESADOS, ¿LOS OLVIDADOS DE SIEMPRE?

Por Victoria Sánchez Soulié

INTRODUCCIÓN

El artículo 26 del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de 2006 (de aquí en adelante Anteproyecto), establece:

“El juez podrá reemplazar la pena de prisión impuesta que no exceda de tres (3) años por igual de tiempo de detención de fin de semana, trabajos para la comunidad, limitación o prohibición de residencia, sometimiento a instrucciones o multa reparatoria no superior a ciento ochenta (180) días. Los sustitutos serán aplicados de conformidad a lo previsto en el art. 8 de este Código Penal, separada o conjuntamente y pueden ser modificados durante su ejecución.”

“El reemplazo podrá ser cancelado y se cumplirá la prisión si el penado cometiese un nuevo delito sobre el que haya recaído sentencia condenatoria firme o desobedeciese las penas sustitutivas; no obstante, podrá disponerse de un nuevo plazo si la evolución posterior del penado fuera favorable y revelase predisposición para el acatamiento de los sustitutos.”

Los casos a los que se refiere la mencionada norma son aquellos sobre los que recayó una sentencia condenatoria firme que no supera los tres años de prisión de cumplimiento efectivo. Por lo tanto, en menos de tres años debe realizarse la instrucción y el debate oral, cumpliendo de así con las etapas del proceso que exige nuestra ley procesal.

Ahora bien, claramente puede verse que el grupo de casos a los que se aplicaría la norma en cuestión es por demás acotado. Esto teniendo en cuenta el tiempo que, en nuestro país, requiere el desarrollo de las dos etapas del proceso mencionadas; que son muy pocos los delitos a los que se podría aplicar ese tipo de pena y, más reducido aún, es el grupo de personas sobre las que se aplicaría una condena de cumplimiento efectivo de menos de tres años.

Otra cuestión directamente relacionada con esto, y por la cual decidí realizar este ensayo, es que la mayoría de las personas que se encuentran privadas de su libertad son procesados y, en la mayoría de los casos, suelen estar años en esta condición. Si bien el tiempo que permanecen bajo el régimen de la prisión preventiva, bajo la actual normativa, les es computado en caso de recaer sentencia condenatoria, no podría aplicarse ninguna de las alternativas a la prisión preventiva ya que la norma se refiere exclusivamente a los condenados. Esto significa poner en peor condición a una persona que es inocente que a una que ya fue declarada culpable por los órganos competentes.

En este trabajo intentaré analizar si es o no posible que se aplique a personas que están procesadas las penas alternativas a la privación de la libertad, y si, teniendo en cuenta que nos referimos a inocentes, es necesario tener en cuenta el límite de los tres años.

LAS PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

El Anteproyecto regula desde el artículo 18 hasta el 25 todas aquellas penas alternativas a la pena de prisión.

La primera es la detención de fin de semana. Consiste en la limitación de la libertad ambulatoria por períodos correspondientes a los días sábados y domingos, con una duración mínima de treinta y seis horas y máxima de cuarenta y ocho horas, pudiendo extenderse por veinticuatro horas más en caso de un día feriado que anteceda o suceda inmediatamente al fin de semana. Podría cumplirse en días de la semana si el caso así lo requiriese. El lugar de cumplimiento será distinto al lugar del destinado a la pena de prisión.

La segunda es la prestación de trabajos para la comunidad. El penado debe cumplir entre ocho y dieciséis horas de trabajo no remunerado en las instituciones, establecimientos u obras de bien público que establezca el juez y bajo el control de las autoridades de aquellas. Esta actividad no puede afectar la actividad ordinaria del penado y tampoco, por supuesto, su dignidad.

La tercera consiste en la obligación de residencia. En este caso se exige al penado habitar en un lugar determinado y no salir de él sin autorización judicial. El lugar será establecido por el juez y puede fijarse con relación a un perímetro urbano o rural, partido, departamento, municipio o provincia. Bajo ningún punto de vista puede utilizarse como pena de deportación. Los objetivos de

esta medida son: prevenir conflictos, ejercer un mayor control del penado y/o favorecer su integración social.

La cuarta es la prohibición de residencia y tránsito. Es exactamente la opuesta a la señalada en el párrafo anterior. Sin la autorización del juez el condenado no puede residir o transitar por determinado lugar que puede ser urbano o rural, partido, departamento o municipio. El objeto es evitar conflictos futuros. No puede tener la forma de un castigo de destierro.

La quinta es el arresto domiciliario, el cual consiste en la obligación del penado de permanecer en su domicilio y salir únicamente con autorización del juez.

La sexta es la pena de cumplimiento de instrucciones judiciales. Ésta consiste en someterse a un plan de conducta en libertad. El juez va a dar directivas que deben estar relacionadas con el hecho punible. El Anteproyecto enumera varias instrucciones pero permite al juez establecer otras si fuera necesario. Las directivas pueden ser: fijar residencia; observar reglas de inspección y de asistencia; dar satisfacción material y moral a la víctima; adoptar un trabajo; asistir a cursos, conferencias y reuniones de enseñanza; someterse a un tratamiento o control médico o psicológico; abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con ciertas personas; abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas o tóxicos y aceptar los exámenes de control.

Las instrucciones pueden ser modificadas, con intervención del penado, durante la ejecución de la pena. Será el juez quien controle que las directivas se cumplan con la colaboración de asistentes, nunca de organismos policiales ni de seguridad.

La séptima y última es la pena de multa reparatoria. Esta obliga al condenado a trabajar y a pagar a la víctima o a su familia una parte de sus ingresos mensuales, entregando el dinero al Estado. Éste lo destinará a un fondo especial para solventar la asistencia social a las víctimas de los delitos y a las familias de los condenados. El juez controlará que el trabajo sea el más productivo posible atendiendo a las capacidad y perspectiva laboral futura del penado.

Ahora bien, surge claramente del artículo 26 del Anteproyecto que la aplicación de las soluciones alternativas a la pena de prisión tiene como destinatarias a aquellas personas que tengan una sentencia condenatoria firme. Léase, ninguno de estos institutos podría ser aplicado a personas que se encuentran sujetas a un proceso y privadas de su libertad.

Éste es precisamente el problema: no se permite la aplicación de institutos, que son claramente mucho menos perjudiciales que la prisión, a personas inocentes pero sí a condenados.

EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Tal como señalé en la introducción una de las preocupaciones por las que decidí realizar este estudio tiene que ver con que un gran número, la mayoría, de las personas que se encuentran detenidas son procesados. Esto es, personas que sin tener una sentencia firme, por lo tanto inocentes, se encuentran privadas de su libertad.

El principio de inocencia impone la exigencia normativa de que toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos. Es el “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo.¹

A partir de esta regla podemos decir que, en principio, bajo ningún punto de vista debemos tratar a una persona sospechada de haber cometido una conducta delictiva de la misma manera que a una persona que ha sido declarada culpable, hasta que un tribunal competente confirme esa sospecha a través de una sentencia condenatoria y aplique una pena. *“Los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”*².

Así, la situación de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, más allá de la imputación deducida. *“Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente”*³

Este principio no afirma que el imputado sea inocente sino que no puede ser tratado ni considerado como culpable hasta tanto no exista una decisión que ponga fin al procedimiento penal condenándolo. La consecuencia más importante de esto consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso.

La obligación de respetar el estado jurídico de inocencia surge de diversos instrumentos internacionales. Uno de ellos es la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11, inc. 1: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”. Otro es el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, inc. 2 donde prevé: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”.

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho hasta aquí, en la práctica no se ha podido eliminar la posibilidad de usar coerción contra el imputado durante el procedimiento de persecución penal. El lugar que viene a ocupar el principio señalado es de limitar las medidas de coerción procesal que pueden aplicarse contra el imputado, pero no a eliminarlas.

Según señala Cafferata Norez⁴ repugna al Estado de Derecho anticipar una pena al imputado durante el proceso. Pero, aún así, se aplica la pena de prisión como medida cautelar a personas que son inocentes. A continuación veremos los fundamentos de esto.

PRISIÓN PREVENTIVA Y FINES DEL PROCESO

Es necesario partir de la base que la regla es la libertad del imputado a lo largo del proceso. Por su carácter de inocente debe respetársele su libertad.

Respecto a esto se sostiene el principio *in dubio pro libertatis*: todos los instrumentos procesales deben tender a la restitución más rápida de la libertad del sometido a proceso cuando no se presente ningún tipo de peligro procesal.⁵

Nuestra legislación procesal vigente no recepta concretamente este principio. Sin embargo, es posible derivarlo de la interpretación de los artículos 2 y 3 del CPPN. Mientras que el primero sostiene que toda medida que coarte la libertad del imputado debe ser interpretada de forma restrictiva, el segundo establece el principio del *in dubio pro reo*. Por ello “*el principio de inocencia y la regla de libertad durante el proceso exigen que la duda respecto si corresponde o no aplicar una medida restrictiva de la libertad se resuelva a favor de la no imposición de la medida*”⁶.

Ahora bien, si bien esta interpretación puede realizarse fácilmente nos encontramos con otra cuestión. El hecho de reconocer el principio de inocencia y que, por ello, la libertad es la regla, no impide la regulación y aplicación de medidas de coerción durante el proceso. *“La afirmación que el imputado no puede ser sometido a una pena y, por tanto, no puede ser tratado como un culpable hasta que no se dicte la sentencia firme de condena, constituye el principio rector para expresar las medidas de coerción procesal contra él”*⁷.

Para no vulnerar el principio de inocencia y que se puedan aplicar medidas de coerción, es necesario cumplir con una serie de requisitos y condiciones que determinan su legitimidad.

Así, se afirma que debe diferenciarse la pena de las medidas procesales, la coerción material de la procesal. Estos dos institutos no se diferencian en cuanto a la aplicación de la fuerza pública ni en lo referente a la privación de libertades, ya que son elementos comunes de ambas; la discrepancia radica en los fines que cada uno persigue. La finalidad de la coerción penal tiene que ver con los fines del proceso.

Se sostiene que para respetar el principio de inocencia es indispensable tener en cuenta, en todo momento y en todos los casos, que no se puede otorgar fines materiales a la privación de la libertad procesal. Esto significa que no se puede utilizar a la detención preventiva para buscar finalidades que sean propias de la pena.⁸

Por lo tanto, los únicos fines que puede tener la detención preventiva se relacionan con la búsqueda de la verdad en el caso concreto y el cumplimiento del derecho material. Así lo establece el artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación: *“La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley”*.

Concretamente los fundamentos de la detención de una persona imputada en una causa se relacionan, en primer término, con el hecho de que pueda fugarse, razón por la cual no podría continuarse con el proceso ya que su presencia es necesaria para que pueda ejercer su derecho de defensa y, de este modo, conducir el proceso hasta una decisión final. En segundo término, con el hecho de que al ser el imputado el principal interesado, éste podría realizar acciones que influyan en el resultado del procedimiento evitando la averiguación de la verdad.

Se ha cuestionado la legitimidad del supuesto de peligro de entorpecimiento de la investigación. De esta manera, se afirma que el encarcelamiento preventivo sólo puede ser justificado para asegurar la comparecencia del imputado al proceso.

“...el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque e Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado”⁹. De todos modos se sigue sosteniendo que ambos fines son válidos al momento de evaluar la procedencia de una medida de coerción procesal.

Ahora bien, como ya se dijo, la detención preventiva es una medida excepcional y sólo puede aplicarse en aquellos casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia u obstaculizar la investigación. El derecho preeminente es la libertad personal y la detención preventiva se presenta como un riesgo para la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso.

Al momento de evaluar la procedencia de una medida de coerción deben aplicarse varios principios.

El primero es el principio de excepcionalidad, se relaciona con la idea ya expresada del derecho a la libertad que tiene toda persona durante el desarrollo de un proceso que lo tiene como imputado, es la regla. Este principio surge de la combinación de la libertad ambulatoria regulada por el artículo 14 de la Constitución Nacional y el principio de inocencia anteriormente desarrollado. Es por esto que la posibilidad de encarcelar preventivamente a una persona queda reducida a aquellos casos de absoluta necesidad para proteger los fines del proceso y solo cuando no se pueda arribar al mismo resultado aplicando una medida menos perjudicial para el imputado.¹⁰

En cada caso en particular se debe evaluar concretamente la existencia del peligro procesal, éste no se presume. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro procesal que genera la necesidad de la medida de coerción.¹¹

De más está decir que, además de comprobar fehacientemente que exista peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, existe una exigencia ineludible que consiste en la comprobación de la posible responsabilidad del imputado por el hecho delictivo que se le atribuye. Debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible;

esto es, que existan elementos de prueba que corroboren la probable responsabilidad penal del imputado. No debemos olvidarnos que cuando nos referimos a la prisión preventiva estamos hablando de la medida de coerción más grave que existe en el marco del proceso penal, por lo tanto debe existir cierto grado de desarrollo de la imputación que permita determinar su mérito sustantivo a través de los elementos de prueba colectados hasta ese momento.

El segundo es el principio de proporcionalidad que alude a la relación que debe existir entre la pena que se espera de una condena eventual y los medios de coerción aplicables durante el procedimiento.¹²

Se trata de un juicio de ponderación que mide la gravedad de la medida de coerción en cuestión, los fines que se persiguen y los derechos que tiene el sujeto cuyos intereses se afectan.¹³

Señala Bruzzone¹⁴ que las cuestiones a tener en cuenta para decidir acerca de la adopción de una medida de coerción son: 1) *Nulla coactio sine lege*, la medida debe estar prevista en la ley; 2) órgano competente, el órgano que la dicta debe ser competente para disponerla en ese momento; 3) necesidad, que la medida sea necesaria; 4) idoneidad, que sea adecuada para el fin buscado; 5) proporcionalidad, se deben tener en cuenta los intereses afectados.

Directamente relacionada con la proporcionalidad se encuentra la cuestión referente a la duración temporal de la medida de coerción. Aquí ya no se refiere a la proporción que debe guardar la medida con la pena que se espera sino a la duración del procedimiento penal. Cuando se habla de límites temporales para la privación de la libertad se piensa en un criterio razonable que restrinja los plazos procesales, fundado en la imposibilidad de aceptar que el procedimiento de persecución penal dure indefinidamente o, al menos, tanto como la pena que establece la ley penal. Existe la necesidad de que una vez detenido el imputado y manteniéndoselo privado de su libertad el juicio público sobrevenga de inmediato, o al menos, en un tiempo muy próximo. Esto se relaciona directamente con lo referido anteriormente en cuanto a que el Estado no puede detener a una persona para luego investigar si es autora o partícipe en un hecho punible, sino que, al contrario, sólo está facultado para privar a una persona de su libertad cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio casi inmediatamente.¹⁵

Surge como derivado de los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad el principio de idoneidad. Consiste en que en caso de tener que aplicar una medida limitativa de derechos fundamentales sólo puede ser aquella que sea adecuada para obtener los fines perseguidos. Las medidas de coerción deben ser cualitativamente aptas para alcanzar los fines previstos; esto es,

*“idóneas por su propia naturaleza”*¹⁶. Desde esta perspectiva, el dictado de la prisión preventiva no sería justificado, por ejemplo, cuando en el caso en concreto no se espere la imposición de una pena privativa de la libertad o cuando no se haya verificado fehacientemente que los fines del proceso están en riesgo.

No siempre una medida procesal de coerción personal, cualitativamente adecuada con el fin perseguido, resulta tolerable en un Estado de Derecho. No lo será si su duración e intensidad no son exigidas por la propia finalidad que pretenda alcanzar, cualquiera sea el proceso y el carácter de la medida.¹⁷

De todo lo dicho hasta aquí respecto de la prisión preventiva, podemos sintetizar: a) debe responder al resguardo de la finalidad procesal; b) debe ser excepcional; c) debe encontrar su sustento en constancias fácticas necesarias que permitan entender que existe mérito para limitar el derecho fundamental; d) debe estar limitada por el principio de proporcionalidad; y e) debe tener un plazo razonable de duración.

A partir de esta síntesis debe ponerse de resalto nuevamente que la prisión privativa de la libertad durante el desarrollo del proceso es la medida de coerción más grave que puede aplicarse a una persona. El encarcelamiento preventivo sólo se justifica cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal con medidas de coerción alternativas al encarcelamiento preventivo. Por lo tanto, siguiendo esta idea y los principios sucintamente esbozados, si puede aplicarse una medida alternativa es ésta y no la prisión la respuesta. A continuación me ocuparé de este punto.

MEDIDAS DE COERCIÓN ALTERNATIVAS EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

La principal exigencia que deriva de los principios de excepcionalidad y de proporcionalidad consiste en la necesidad de agotar todas las posibilidades de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción distintas a la privación de libertad, que resulten menos lesivas de los derechos del imputado.

La ley de ejecución privativa de la libertad (24.660) contempla la posibilidad de aplicar nuevas instituciones en lugar del encarcelamiento preventivo en una Unidad de detención tal como lo conocemos. Estas son: prisión domiciliaria, semidetención, prisión discontinua, salidas transitorias, semilibertad y libertad asistida.

La mencionada ley establece un “programa de tratamiento” interdisciplinario e individualizado, basándose en el régimen de progresividad.

El programa consiste en actividades que el condenado debe cumplir para poder alcanzar los objetivos que le permitan ir avanzando en las distintas fases del tratamiento; por lo tanto, el cumplimiento de estas actividades se vuelve una “carga” para el penado. Si el interno no satisface los objetivos trazados en el programa, se verá impedido de progresar en el régimen penitenciario y, consecuentemente, de gozar de los distintos derechos.

Como se ve, el sentido del sistema no es que el interno avance a través de las distintas fases por el mero paso del tiempo, sino que debe mostrarse que hay un progreso real en el tratamiento.

El “programa de tratamiento” está integrado por tres períodos: el de observación, el de tratamiento y el de prueba.

En el período de observación se confecciona la historia del interno y se determina la fase del período de tratamiento a la que debe ser incorporado, la sección o establecimiento adecuado, y se comienza a elaborar el programa de tratamiento individual (artículo 7 del Decreto 396/99 que es el reglamento de las modalidades básicas de la ejecución).

El período denominado de tratamiento se termina de conformar el “programa” propuesto por el servicio criminológico. Se fracciona en tres fases: socialización, consolidación y confianza (artículo 14 del Decreto 396/99). Va avanzando por cada una de estas subfases a medida que cumpla con los objetivos previamente establecidos. El avance debería traducirse en la disminución de las medidas de vigilancia, la posibilidad de traslado a otro sector o establecimiento, mayor recreación, visitas, etc.

En el período de prueba es donde se otorgan mayores beneficios al condenado, pues se disminuyen las medidas de vigilancia, concediéndose un régimen de autodisciplina. Este período implica la posibilidad de obtener salidas transitorias y laborales fuera del establecimiento. La incorporación al régimen de semilibertad que consiste en la posibilidad de trabajar fuera de la Unidad en iguales condiciones a las de una persona que se encuentra en libertad. A través de estas salidas transitorias se intenta preparar al penado para el regreso al medio libre, buscando que ocurra de modo gradual.

Existiría una última fase del “programa” que es la de la libertad condicional, pero no se la suele considerar como parte del tratamiento ya que no se da por el avance del penado a través de las distintas fases señaladas, sino que es un derecho que tiene el condenado una vez cumplidos los requisitos legales, por ser un verdadero “derecho” no puede ser negado discrecionalmente por el juez.

Ahora bien, se plantea la cuestión acerca de si es posible que la ley de ejecución penitenciaria, en particular la fase de la semilibertad y salidas transitorias del “programa de tratamiento”, que fue creado para los condenados, se aplique a los procesados.

Se plantean, básicamente dos argumentos que sostienen que no se puede aplicar a los procesados.

El artículo 11 de la ley 24.660 establece que dicho cuerpo normativo es aplicable a los procesados siempre que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables para resguardar su personalidad, con excepción de lo establecido en el artículo 7. Este último dispone que el condenado puede ser promovido a cualquier fase del tratamiento que se adecue mejor a sus condiciones personales.

El artículo 5 del Decreto 396/99 establece que el régimen de progresividad puede ser aplicado a los procesados que se hayan incorporado a la Ejecución Anticipada Voluntaria.

A su vez este programa de ejecución anticipada está regulado por el Decreto 303/96 el cual en su artículo 37 establece que mientras no recaiga una sentencia condenatoria firme el procesado sólo podrá ser promovido hasta la última fase del período de tratamiento de la progresividad del régimen de la ejecución de la pena.

A partir de esta normativa se sostiene que las salidas transitorias no pueden otorgárseles a quienes están procesados ya que el propio decreto reglamentario limita la promoción de quien no tiene condena firme hasta esa fase.¹⁸

Por otra parte también se sostiene que las modalidades de semilibertad plantean el interrogante de si son o no congruentes con la finalidad cautelar de la prisión preventiva. *“La prisión preventiva, a la cual está sometido el procesado, es una medida de coerción personal tendiente a neutralizar la peligrosidad procesal del imputado, a fin de que no eluda la acción de la justicia o no perturbe las investigaciones. Salvo el momento de libertad provisional se extiende hasta la sentencia. Por ello las modalidades que sobre la libertad transitoria establece la presente*

ley de ninguna forma pueden aplicarse a los procesados, ya que conspiran contra los fines cautelares de la prisión preventiva”¹⁹.

Contrariamente a las dos posturas mencionadas entiendo que es posible aplicar a personas que no están condenadas los beneficios del régimen de la semilibertad.

En primer lugar, si bien es cierto que una interpretación literal de la normativa aplicable al caso la solución que corresponde es la de excluir al procesado de este beneficio, debo preguntarme si esto no sería colocarlo en una situación peor aún que la de un condenado.

A partir de la relación que existe entre el encarcelamiento preventivo y la perspectiva de pena en el caso concreto que regula principio de proporcionalidad, se trata de impedir que la situación de un individuo que aún es inocente sea peor que la de la persona ya condenada.

Por otra parte, no cabe duda de que, desde una perspectiva puramente lógica el artículo 37 del decreto 303/96 es cuestionable. El procesado es sometido a un régimen penitenciario similar al destinado para los condenados. Si se verifica que, a partir de la evolución del causante, éste se encuentra en condiciones objetivas de ser incorporado al período de prueba, resulta irrazonable que tal extremo no pueda ser cumplido porque aún no ha recibido condena. Resulta aún más incongruente la norma si se tiene en cuenta que las legislaciones procesales han previsto la culminación de la prisión preventiva para quienes se encuentran procesados, pero en condiciones objetivas de acceder a la libertad condicional. Es decir: aun cuando no se hubiesen acogido al régimen de ejecución anticipada, podrían recuperar su libertad quienes, sin haber transitado por el período de prueba, objetivamente se encontrasen en condiciones de obtener el beneficio del artículo 30 del Código Penal.²⁰

Respecto de la segunda interpretación entiendo que se priorizan los fines de las medidas cautelares por encima de las personas. Se omite toda referencia al principio de proporcionalidad y al de idoneidad, ya que si se tienen en cuenta estos principios, tal como ya expresé, debe comprobarse en cada caso en particular que es necesaria la aplicación del encarcelamiento preventivo. No debe perderse de vista que éste es la excepción y la libertad la regla, no al revés. “...de la mano del principio de proporcionalidad del encarcelamiento procesal, según el cual éste, como medida cautelar, no puede ser más gravoso que la propia pena cuya imposición cautela, ni su rigor innecesario a estos fines, lo que deberá reflejarse tanto en la modalidad de la ejecución de la prisión preventiva como en la posibilidad de excarcelación”²¹.

LA SITUACIÓN EN EL ANTEPROYECTO

Como dije al comenzar este trabajo el Anteproyecto de reforma otorga al juez la facultad, en los casos que se de una condena de tres años o menos de cumplimiento efectivo, de optar por aplicar una de las penas alternativas.

Tal como lo dice el enunciado del artículo y como surge de su interpretación, ya que en todo momento habla de penas, las alternativas a la prisión sólo son aplicables a personas que tienen una condena firme. Si bien en este caso no hay una prohibición concreta como señalamos anteriormente que existe en la ley vigente, la referencia es exclusiva para los condenados.

La gran diferencia con la ley actual es que en el Anteproyecto el juez decide que tipo de pena va a imponer en cada caso en particular, mientras que en la ley vigente sólo se accede al régimen de la semilibertad a través del paso por las distintas etapas del tratamiento.

El punto a analizar en el caso del Anteproyecto consiste en si desde el momento en que una persona es detenida podría solicitar al juez, y éste tendría la facultad para otorgar, cualquiera de las penas alternativas. Debo recordar que mientras una persona está encarcelada preventivamente, como se dice habitualmente, está “cumpliendo”. Esto es que este tiempo se restará de la condena que se le de. Ahora si finalmente su caso entra en la posibilidad de aplicársele al momento de ser condenado una pena alternativa y, de hecho así sucede, ¿no sería ilógico que haya pasado durante el desarrollo del proceso penal en prisión preventiva?

Entiendo que sí. Partiendo de todo lo dicho al momento de criticar las posturas que se oponen a la posibilidad de otorgar el régimen de semilibertad a los procesados de acuerdo con la legislación actual, creo que si interpretamos literalmente el texto del Anteproyecto lo único que estamos haciendo es poner a los procesados en una situación peor que la de los condenados.

Todos somos conscientes que cuando hablamos de prisión preventiva no hablamos de algo que dura unos pocos días. Sabemos que los procesos penales llevan años y, con suerte, meses. Si bien es cierto que la libertad es la regla y el encarcelamiento preventivo es la excepción, la realidad

marca que aquellas personas a las cuales se aplica una condena de cumplimiento efectivo de tres años (como lo marca el artículo) permanecen privadas de su libertad durante el proceso.

Lo que quiero decir con todo esto es: si estamos ante una posibilidad cierta de que se aplique una condena de cumplimiento efectivo por qué no permitirle a esa persona que comience a “cumplir” desde un primer momento con alguno de los institutos alternativos.

Como quedó referenciado, el principio de proporcionalidad alude a la relación que debe existir entre la pena que se espera de una condena eventual y los medios de coerción aplicables durante el procedimiento.²² Se trata de un juicio de ponderación que mide la gravedad de la medida de coerción en cuestión, los fines que se persiguen y los derechos que tiene el sujeto cuyos intereses se afectan.²³ Por lo tanto, una correcta aplicación de este principio hace que en aquellos casos en los cuales al llegar el momento de la condena pueda, eventualmente, aplicarse una pena alternativa esta deba emplearse desde el primer momento.

La situación no varía si llegado el momento en el que concretamente si dicte sentencia el juez se decida por una condena de prisión ya que, si existía la posibilidad debe aplicarse, al procesado, la alternativa por ser menos perjudicial. Es una aplicación concreta del principio de inocencia.

A partir del principio de excepcionalidad surge que el encarcelamiento preventivo tiene que ser absolutamente indispensable para evitar el peligro de fuga o el entorpecimiento de la actividad probatoria. Esto es, que no puedan ser evitados acudiendo a otros medios de coerción que, racionalmente, satisfagan el mismo fin con menor sacrificio de los derechos del imputado. *“Solo así aparece claro que la privación de la libertad debe ser, en el proceso penal, un medio de coerción de utilización excepcional”*²⁴.

No aplicar las penas alternativas a una persona por el sólo hecho de ser procesado y, por lógica no condenado, significa colocar en una peor situación a un individuo que aún es inocente que a quien ya no lo es.

Esto lleva a una nueva reflexión: más allá de la expectativa de pena en cada caso en concreto, esto es que sea de tres años o que sea de más, ¿no podría aplicarse, como una nueva opción a la prisión preventiva, institutos como la detención de fin de semana o la prestación de trabajos a la comunidad, etc., a casos que se encuadren en tipos penales más graves?

Teniendo en cuenta que nos referimos a inocentes, creo que podría aplicarse a ellos cualquiera de las penas alternativas más allá de cuál sea la expectativa de pena que pese sobre ellos. De esta manera se le permitiría comenzar a cumplir, en caso de que llegado el momento recaiga una sentencia definitiva; y, no alejarse de su familia, su medio, su trabajo, en caso de que no recaiga condena.

Llevado a la práctica, para el caso de detención de fin de semana por ejemplo, van a existir establecimientos distintos a los que están destinados a la pena de prisión para que puedan cumplir con la alternativa, cuestión que facilitará enormemente la aplicación concreta.

Si existe la posibilidad de no quitarle la libertad a una persona inocente, cualquiera sea la alternativa, está es la opción y no otra.

¿IDEOLOGÍA VS REALIDAD?

Ferrajoli²⁵ señala que la admisión de la prisión *ante indicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por la orden del juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio. El arresto sin juicio se percibe como un acto de fuerza y de arbitrio, contrario al sentimiento común de justicia. De este modo, parte de la idea de que la prisión preventiva es una injusticia y que es una clara violación del principio *nulla poena sine indicio*. Sólo sirve para poner al imputado en una situación de inferioridad ante la acusación, ya que lo coloca como un presunto culpable. En definitiva, se trata de un instituto que viola directa o indirectamente todas las garantías penales y procesales establecidas en la Constitución. De esta manera no concibe que los procesados puedan quedar en las mismas condiciones que los condenados.

Debo decir que coincido completamente con la concepción de la prisión preventiva que esboza Ferrajoli, como ya expresé en reiteradas oportunidades, entiendo al igual que él que el imputado debería permanecer libre hasta el momento de la sentencia condenatoria. Comparto también que los procesados, bajo ningún punto de vista, pueden quedar en las mismas condiciones o equiparados a los condenados; nunca hay que olvidar que hablamos de inocentes.

Pero aquí se plantea el dilema: la realidad indica que la mayoría de las personas que están detenidas son procesados, lo que significa que no muchos jueces comparten la idea expresada sobre

la prisión preventiva. No se puede negar la realidad, si bien quisiera pensar que algún día los hombres permanecerán libres hasta que su culpabilidad sea demostrada tal como postula el profesor italiano, debe darse algún tipo de respuesta a las miles de personas que hoy se encuentran encarceladas preventivamente. Creo que esta respuesta consiste en darles la posibilidad a través de las penas alternativas que establece el Anteproyecto.

CONCLUSIÓN

Las condiciones en las que se ejecuta hoy en día la pena privativa de la libertad en nuestro país, por no decir en prácticamente todo el mundo, es el problema más grave al que deberíamos enfrentarnos y, sobre todo, ocuparnos todos aquellos que de alguna manera estamos relacionados con el derecho penal.

“Hay superpoblación carcelaria en establecimientos vetustos donde no se trabaja, los funcionarios son insuficientes y están desmoralizados y el incremento de la violencia hace que el autentico poder lo detenten las mafias carcelarias”²⁶.

Es necesario dar una salida al problema de la prisión preventiva. Pero la realidad actual indica que la desaparición del encarcelamiento preventivo no es posible. Por ello es que entiendo que las alternativas que plantea el Anteproyecto son positivas. El punto es que es necesario ampliar su campo de acción a todas aquellas personas que se encuentran imputadas en un proceso penal más allá de la calificación que se les otorgue en abstracto.

Sólo después de que se haya podido responder en forma satisfactoria a ello podrá buscarse una alternativa menos dolorosa a la pena de prisión.

No cabe otra interpretación de la norma de referencia que aquella que amplíe de la mayor manera posible su aplicación. Se trata de una forma más beneficiosa de ejecución de la medida de coerción que hasta ahora sólo conocemos con el nombre de prisión preventiva.

Siendo que nos referimos a inocentes, la interpretación debe ser siempre a su favor y debe ir más allá del tipo penal que se pueda llegar a aplicar en caso que recaiga una sentencia condenatoria. No se puede diferenciar el régimen que se aplique durante el proceso según la carátula que, arbitrariamente y basada en presunciones, se le haya dado en el inicio de la instrucción. Tampoco

puede, por una cuestión de redacción, ponerse a una persona imputada en una causa en peor situación que alguien que ya fue condenado, ya que sería contrario a toda lógica y a todos los principios del derecho penal y procesal penal.

Para finalizar, citaré una frase que resume el espíritu del presente ensayo: “*Tan poca pena como sea necesaria, tanta asistencia social como sea posible*”²⁷.

¹ Bovino, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, trabajo incluido en su libro *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Editores Del Puerto, Buenos Aires 1998, pág. 130.

² Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo I, editorial Ediar, Buenos Aires 1960, pág. 231.

³ Maier, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires 2003, pág. 492.

⁴ Cafferata Nores, José, *La excarcelación*, editorial Lerner, Córdoba-Buenos Aires 1977, págs. 24 y ss.

⁵ Leonne, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Doctrinas Generales*, traducido por Santiago Sentis Melendo, editorial Ejea, 1990, págs. 188 y 189.

⁶ Solimine, Marcelo A., *Independencia entre procesamiento y libertad procesal por duda (a partir de las diferencias entre el in dubio pro reo y favor libertatis)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n° 8 A, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 239.

⁷ Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 512.

⁸ Bovino, Alberto, op. cit., pág. 136.

⁹ Binder, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 199.

¹⁰ Pastor, Daniel, *El encarcelamiento preventivo*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal de la Nación. Analisis crítico*, Editores Del Puerto, Buenos Aires 1993, págs. 45 y ss. Otros autores, como Inés Cantisani en el artículo titulado *Un criterio rector en materia de excarcelación: el principio de proporcionalidad*, publicado en *Revista de derecho procesal penal. Excarcelación, doctrina, actualidad*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2005, le dan a éste principio el nombre de “principio de necesidad”

¹¹ Bovino, Alberto, op. cit., págs. 144 y 145.

¹² Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 522

¹³ Cantisani, Inés, *Un criterio rector en materia de excarcelación: el principio de proporcionalidad. Revista de derecho procesal penal. Excarcelación, doctrina, actualidad*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2005, pág. 263.

¹⁴ Bruzzone, Gustavo A., *La “nulla coactio sine lege” como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, en *La justicia penal hoy*, editorial Di Plácido, Buenos Aires 2000, págs. 207 y 211.

¹⁵ Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., págs. 529 y ss.

¹⁶ González Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, editorial Colex, Madrid 1990, pág. 160.

¹⁷ Idem., pág. 172.

¹⁸ Este criterio fue sostenido por la Cámara Criminal de Neuquén en la resolución interlocutoria 301/2004, 15/10/2004 citada por José Daniel Cesano en el artículo de doctrina *La aplicación de algunos institutos de la ley 24.660 como mecanismos para atemperar o evitar la prisión preventiva*, publicado en *Revista de derecho procesal penal. Excarcelación, doctrina, actualidad*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2005, págs. 290 y 291.

¹⁹ Edwards, Carlos Enrique, *Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad*, editorial Astrea, Buenos Aires 1997, págs. 45 y 46.

²⁰ Cesano, José Daniel, op. cit. págs. 292 y 293.

²¹ Cafferata Nores, José I., *¿La ley N° 24.660 da cabida a una “semiprisión preventiva” o nuevas hipótesis excarcelatorias?*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 7, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1997, pág. 993.

²² Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 522

²³ Cantisani, Inés, op.cit., pág. 263.

²⁴ Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 524.

²⁵ Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid 2005, págs. 555 y ss.

²⁶ Bueno Auras, Francisco, *Panorama moderno de la pena de prisión*, en Boletín Da Faculdade de Dereito, Universidad de Coimbra, vol. LXX, 1994, págs. 247/266, citado por Martín Bargallo y Daniel C. Ranuschio en *Pena de prisión y sistemas alternativos*, Jurisprudencia Argentina, editorial Lexis Nexis Tomo 2001-II, pág. 846.

²⁷ Jescheck, C. F. S., *Tratado de Derecho Penal, parte general*, editorial Comares, Granada 1993, pág. 693.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *El nuevo Código procesal de la Nación. Análisis crítico*, Editores Del Puerto, Buenos Aires 1993.
- Binder, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Bovino, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, trabajo incluido en su libro *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Editores Del Puerto, Buenos Aires 1998.
- Bruzzone, Gustavo A., *La “nulla coactio sine lege” como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, en *La justicia penal hoy*, editorial Di Plácido, Buenos Aires 2000.
- Cafferata Nores, José, *La excarcelación*, editorial Lerner, Córdoba-Buenos Aires 1977.
- Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo I, editorial Ediar, Buenos Aires 1960.
- Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 7, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1997.
- Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n° 8 A, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Edwards, Carlos Enrique, *Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad*, editorial Astrea, Buenos Aires 1997.
- Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid 2005.
- González Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, editorial Colex, Madrid 1990.
- Jescheck, C. F. S., *Tratado de Derecho Penal, parte general*, editorial Comares, Granada 1993.
- Jurisprudencia Argentina, editorial Lexis Nexis Tomo 2001-II.
- Leonne, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Doctrinas Generales*, traducido por Santiago Sentis Melendo, editorial Ejea, 1990.
- Maier, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires 2003.
- Revista de derecho procesal penal. Excarcelación, doctrina, actualidad*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2005.