
EL ENCARCELAMIENTO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. PROPUESTAS CRÍTICAS A UNA INSOSTENIBLE REALIDAD PUNITIVA

*Gisela SANTANGELO y Mauro LOPARDO**

Fecha de recepción: 9 de enero de 2015

Fecha de aprobación: 10 de febrero de 2015

Resumen

En este trabajo nos ocuparemos de destacar las características básicas de la aplicación práctica del encarcelamiento preventivo en la República Argentina, con particular hincapié en los aspectos punitivos de este instituto. Intentaremos, en ese sentido, poner en tela de juicio la justificación predominantemente cautelar que se le ha dado a esta medida de coerción, y señalar su función de adelantar el castigo. Por último, se explicará por qué el nuevo Código Procesal Penal de la Nación no escapa a las críticas que se le pueden formular a la aplicación de prisión preventiva en el proceso penal, y se resaltarán como rasgo positivo el establecimiento de medidas alternativas, tal como han sido reguladas en el nuevo código.

Palabras clave

Abolicionismo penal - prisión preventiva - Código Procesal Penal de la Nación - conmoción social - pena anticipada - punitivismo

REMAND IMPRISONMENT IN THE NEW FEDERAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURE. A CRITICAL APPRAISAL OF AN UNTENABLE PUNITIVE REALITY

Abstract

In this article we will shed some light on the main characteristics of the application of remand imprisonment in the Argentine Republic, with particular emphasis on the punitive aspects of such procedural institute. In that sense, we will try to put into question the

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

SANTANGELO, G., y LOPARDO, M. (2015) "El encarcelamiento cautelar en el Código...", pp. 141-155.

predominantly precautionary justification of this restriction to fundamental freedoms and point out its functions as an anticipatory punishment. Lastly, we will try to explain why the new Federal Code of Criminal Procedure cannot escape this critique but also to underline, as a positive feature of this code, the establishment of alternatives to incarceration.

Keywords

Penal abolitionism - Remand Imprisonment - Federal Code of Criminal Procedure - Social Turmoil - Anticipatory Punishment - Punitivism,

"Toda injusticia cometida con el individuo, es en último término sentida por toda la humanidad".

— Pedro KROPOTKIN (1887: 4)

I. Introducción

Desde la disciplina jurídica se han abordado los diversos problemas que presenta la prisión preventiva en su aplicación. Sin embargo, no todas las perspectivas fueron cubiertas en su totalidad puesto que la discusión, en general, se ha conservado en una única postura reaccionaria: el límite temporal, la naturaleza jurídica, los alegados fines que se le atribuyen, el inadvertido estado de inocencia o el cuestionado anclaje en el modelo resocializador del individuo.

Al respecto, abundan los criterios de autoridad y las declamaciones normativas (locales y convencionales) que amparan y legitiman la vigencia, operatividad y hasta la necesidad del encarcelamiento preventivo como herramienta para sostener el funcionamiento del sistema de administración de justicia penal.¹ En este sentido, cierto es que desde la teorización de la ciencia penal y de los ámbitos afines poco se ha escrito acerca de los cimientos más profundos de la cuestión.

* Abogados graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Correos electrónicos de contacto: gisela.santangelo@gmail.com y maurolopardo@gmail.com.

¹ Sin ir más lejos, la reciente promulgación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, por medio de la ley 27.063 y el decreto 2321, confirma la vigencia del instituto del encarcelamiento cautelar durante la sustanciación del proceso y con ello el fundamento de su alegada necesidad como un recurso *útil* para la administración del servicio de justicia.

La enorme inconsistencia de base constitucional que envuelve a la prisión preventiva logró avasallar toda perspectiva de contención y reducción de la intervención del Estado sobre la persona, así como cualquier clase de propuesta de reforma estructural de base. Precisamente, la intensidad crítica que caracteriza al movimiento detractor penal no logra controvertir e imponerse al cada vez más enaltecido lema del debido proceso judicial que, como se observa en casos de libertad personal, no es más que un enmascarado argumento justificante de una tibia fantasía de mínimas garantías. En efecto, quienes a diario se enrolan en esta postura *formalista* pierden de vista que ello, ante las fragilidades propias del sistema penal, no es más que un simple y agraciado discurso que se luce al servicio de la coerción cautelar, como sostén de los fines que justifican el desarrollo del proceso.²

Hasta hoy la sociología ha sido la disciplina de mayor explosión racionalizante y reformista dentro de la cultura burguesa. A pesar de ello, frente al imperturbable discurso del Derecho Penal, por esencia conservador y reaccionario, mucho no pudo hacerse. La disciplina jurídico-penal, tanto retrasada por sus recurrentes falacias discursivas cuanto enfrascada en su falsa creencia de resocialización, está distanciada y es resistente a las observaciones provenientes de la sociología.³ Tanto es así que pocos fueron quienes se distanciaron del enfoque constitucional y adjetivo del encarcelamiento cautelar para problematizar a esta mal llamada herramienta judicial y postular su supresión, puesto que en verdad solo encubre un severo e irreparable castigo personal tras su velo instrumental.⁴

² Es correcta y necesaria la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y también de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de delimitar estándares para aquello que resulta ajustado a un ideal procesal. Pese a ello, consideramos que una proyección funcional del sistema de administración de justicia penal debería orientarse a erradicar el encarcelamiento durante la sustanciación del proceso y no fijar pautas o directivas de actuación a fin de justificar la aplicación mecánica de dicho instituto. En este sentido, un debido proceso penal debe partir de la base necesaria del respeto irrestricto de la libertad e inocencia de la persona acusada. Sobre los estándares interamericanos, véase: BOVINO y BIGLIANI (2008).

³ Como una simple mención a esta postura, el criminólogo y penalista italiano Alessandro BARATTA reflejó la idea en su *"Criminología crítica y crítica del Derecho Penal"* con la metáfora de *"escasa permeabilidad"* de la ciencia jurídico penal a las adquisiciones de las ciencias sociales (BARATTA, 1982: 158-61). Para un desarrollo más extenso, véase: LOPARDO y ROVATTI (2012: 71-84).

⁴ Ninguno de los autores del pensamiento liberal clásico llegó a postular y pedir en forma coherente la supresión del vituperado instituto, cual si se tratase de una 'injusticia necesaria' o como sin él fuese 'imposible proteger el derecho y la sociedad' (FERRAJOLI, 1989: 551-2).

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

SANTANGELO, G., y LOPARDO, M. (2015) "El encarcelamiento cautelar en el Código...", pp. 141-155.

A través de este trabajo expondremos que la prisión cautelar no cumple los fines adjetivos que con liviandad mecánica el discurso penalizador autorizado favorece. Intentaremos delinear un sendero racional en miras de solucionar —o reducir— los terribles detrimentos que pone al descubierto este monopolio de castigo anticipado⁵ para luego abordar el asunto y proponer en su reemplazo opciones de menor intensidad lesiva que hagan prevalecer a la dignidad humana por cualquier otro fin. Nuestro esfuerzo se centrará entonces en aportar una mínima cuota de racionalidad interpretativa que sea consciente de la realidad vindicativa que nos convoca, y que a su vez permita comprender que dentro de los márgenes de la disciplina jurídico-penal no existen obstáculos para imaginar y alterar el curso *naturalizado* del castigo como reacción al conflicto.

En lo sucesivo aspiramos aportar un programa de ideas frente al castigo innecesario e inconstitucional que significa la detención cautelar y presentar un discurso de reducción práctico que cautive a la ciudadanía, rompa con la mediatización dramática que exhibe a esta alegada solución como inequívoca, abra las perspectivas de progreso e impulse el pensamiento crítico respecto del sufrimiento que el Estado emprende a través de la maquinaria punitiva.

II. La absurda dialéctica de la prisión preventiva

Los fines del proceso y la realización del programa constitucional son caras de una misma moneda. La búsqueda de eficacia y el respeto por las garantías judiciales mínimas son extremos en tensión constante ante la aplicación del derecho sustantivo. Sin embargo, el mandato constitucional y supra legal es por demás claro e irrestricto, pues siempre que se aplique alguna medida de coerción se produce una agresión a la persona. En este contexto, como primera cuestión, el conocimiento crítico de la dogmática jurídica penal es imprescindible para dar batalla y emprender el camino de concientización de reducción, no solo desde el campo forense diario, sino incluso aun desde los centros de enseñanza del derecho (ALAGIA, 2013: 276).

⁵ Es interesante la postura crítica de Gustavo VITALE (2014), acerca de la denominación "prisión preventiva". En ese sentido, el autor sostiene que su nombre es desconcertante, puesto que hablamos de un encierro carcelario para gente que bien puede no merecerlo, ni haberlo merecido nunca. En su trabajo, con justa razón, opta por referirse al instituto como "prisión por las dudas", "prisión anticipada" y "prisión por sospecha", para demostrar, una vez más, la irracionalidad de la medida (*id.*).

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Estamos acostumbrados a leer que el Estado está facultado a restringir temporalmente la libertad ambulatoria de las personas en la administración del servicio de justicia penal, con extrema excepcionalidad por la severidad de sus consecuencias. En efecto, se reconoció que el encierro en prisión como medida cautelar debe ser el último recurso para preservar los fines del proceso y que sólo será procedente cuando el abanico de las restantes opciones resulten infructuosas para la consecución de los objetivos propuestos; que su excepcionalidad se mantiene constante en el tiempo, siendo necesaria su sustitución por una medida de menor gravedad; y que es una regla indiscutible el respeto en todos los casos del derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso por el cual se pretende determinar la culpabilidad o no de la persona acusada y, a su vez, si correspondiese, la aplicación del encierro efectivo en prisión.⁶ Detrás de esta idea, otra pauta y corolario lógico del principio de jurisdiccionalidad es el respeto al estado jurídico de inocencia de la persona sometida al poder penal público y su inmunidad.

No obstante, la práctica diaria y las desviaciones políticas del sistema demuestran que esto no sucede así. La necesaria *excepcionalidad* de la detención cautelar parece ser más una perversa recomendación sobre su aplicación que un requisito esencial de legitimidad. Se advierte que este principio rector y limitador ha sido desfigurado por parte de un ejercicio discrecional represivo de la autoridad, en claro desinterés por evitar que el instituto se convierta en regla, y se así desvirtúe su fin. Aquel recaudo y mandato de preservar la naturaleza cautelar de esta medida durante el trámite del proceso, hoy en día, no es más que letra muerta.

Sin dudas la realidad es otra: esta medida luce directamente punitiva. Hemos pasado por el juego de palabras de estrictas necesidades procesales de la prisión cautelar

⁶ Nos interesa ponderar que —en el campo de la ciencia jurídico-penal— múltiples juristas se han explayado sobre cada uno de los presupuestos y aspectos interpretativos de esta temática procesal. En efecto, el voto de la Dra. Ángela E. LEDESMA en el plenario número 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal, caratulado “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”, resulta por demás explicativo y ajustado en cada uno de sus extremos. A su vez, puede consultarse el informe n° 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso n° 12.553 caratulado “José, Jorge y Dante Peirano Basso” del 01.05.2007 y el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso “López Álvarez vs. Honduras” del 01.02.2006. A nivel doctrinario, resulta esencial el artículo “Aporías” del Dr. Alberto BOVINO (2008) y el libro *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. de José I. CAFFERATA NORES (2000).

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

SANTANGELO, G., y LOPARDO, M. (2015) "El encarcelamiento cautelar en el Código...", pp. 141-155.

a comprender que, en verdad, su finalidad es preventiva y de defensa social (FERRAJOLI, 1989: 553-4). En este sentido, somos testigos de una indiferencia jurídica por parte del Estado frente a las notorias secuelas perjudiciales que representa este castigo anticipado en el proceso. En el contexto judicial de la actualidad, generalmente no existe ninguna clase de tutela los de derechos fundamentales de la persona. No hay protección, ni valorización. Simplemente se pregona la ignorancia y la anulación social, la repercusión del aislamiento cautelar por sobre la dignidad humana.

El avance a pasos agigantados de la aplicación de esta medida se debe a varios motivos, principalmente a los discursos de alarma social y a la manipulación, tergiversación y desinformación de las agencias de comunicación.⁷ Frente al incontestable poder persuasivo de la *mass media*, esas alocuciones de hostilidad encienden en la sociedad un estado de pánico e inseguridad al que se antepone el aumento de penas y la aplicación automática del encierro preventivo como solución reactiva. Estos criterios propagados son de suma gravedad. Inmersos en esta vorágine de comunicar a cualquier costo, si una persona presuntamente responsable de un hecho punible no es encarcelada inmediatamente —o, lo que es peor, si es arrestada y liberada días después— se entiende que ha sido eximida de pena, o así al menos se lo comunica. Es entonces cuando aparecen distintos actores políticos que, en provecho del sobresalto y de la desesperación social, exponen a la cárcel como la única respuesta posible a la problemática de la inseguridad y la delincuencia, construyendo campañas electorales sobre la base de recrudecer el proceso e incrementar las penas. A su vez, cuando todos esos discursos parecen adquirir mayor fuerza, la agencia judicial se aparta del principio rector de la excepcionalidad y de los fines procesales que se le asignan a la prisión preventiva para emplearla compulsivamente y así convencer a la sociedad de la eficiente actuación de la *justicia*. Ese modo de obrar evidencia el uso interesado que se hace del encarcelamiento cautelar, cuya finalidad práctica deja de ser *asegurar los fines del proceso*. Detrás del manto procesal con el que se intenta justificar el ciego apego de contar con esta *herramienta* se expone lo que en verdad es: una salida de compromiso, un adelantamiento de pena.⁸ Y aquellas injustas necesidades procesales que —según se dice— legitimarían la

⁷ Prueba de ello es el reconocimiento de la "conmoción social" por el hecho ocurrido como argumento para el dictado de la prisión preventiva que se preveía en el artículo 185 del anteproyecto del Código Procesal Penal de la Nación elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional y presentado al Congreso Nacional con fecha 21.10.2014, luego suprimido en el debate legislativo.

⁸ Así surge de las estadísticas sobre población carcelaria que demuestran que el 56% de las personas privadas de su libertad en cárceles federales no tienen condena firme, es decir que son

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I
Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación

medida, son en verdad míseras conveniencias discursivas de autoridad ante lo cual la ciudadanía no opone resistencia.

Así, a pesar del esfuerzo por abolir el sistema penal en general, como la prisión preventiva en particular, la evidencia empírica nos indica que no podemos pedir tanto en este momento histórico ni en este lugar del planeta (VITALE, 2014). La resistencia a la crítica y al cambio son protagonistas en escena. Estamos adiestrados de forma ilusoria a la solución correctiva y no hay representación ni idea que no esté así ligada. En el fundamento jurídico y político de la inexorabilidad del castigo, es cierto, formamos parte de un apego patológico al discurso de autoridad (ALAGIA, 2013: 290-1).⁹

III. Una mirada crítica al nuevo Código Procesal Penal: Propuestas para evitar y erradicar el encarcelamiento anticipado

La reciente promulgación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación fue el cumplimiento de una gran deuda pendiente y el anhelo de toda la ciudadanía.¹⁰ Muchos fueron los cambios crecientes en la materia. Lo esencial, el paso del sistema de enjuiciamiento inquisitivo vetusto a uno de corte acusatorio, con todas las ventajas que ello implicará para la correcta prestación del servicio de justicia. En concreto, el reconocimiento de principios primarios como la igualdad de partes, la oralidad, la publicidad, la concentración, la contradicción, la intermediación, la simplicidad, la celeridad y la desformalización, son la base elemental del cambio.

A su vez, se destaca la explícita separación de las funciones propias del acusador de las del juzgador, como esquema estructural lógico y necesario para el debido

inocentes. Así surge del Informe Anual del año 2012 de la Procuración Penitenciaria de la Nación (<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202012%20Completo.pdf>).

⁹ Son acertadas las palabras del autor respecto de la problemática en cuestión: “[e]s cierto que las ilusiones punitivas son profecías que se cumplen: ‘si los hombres definen las situaciones como reales aunque no lo sean, las consecuencias son reales’. La pena no salva la sociedad de su aniquilamiento, pero basta con creerlo para levantar guillotinas y campos de concentración. Éste ha sido siempre el problema de la servidumbre subjetiva. No alcanza la denuncia de la autoridad política, académica o del monopolio mediático cuando apelan al miedo o al terror para justificar castigo” (ALAGIA, 2013: 291).

¹⁰ El nuevo Código Procesal Penal de la Nación fue sancionado por el Congreso Nacional el 04.12.2014 por medio de la ley 27.063 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 09.12.2014 a través del decreto 2321/14 cuya publicación se materializó el 10.12.2014 en el Boletín Oficial.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I
SANTANGELO, G., y LOPARDO, M. (2015) "El encarcelamiento cautelar en el Código...", pp. 141-155.

funcionamiento del sistema; el reconocimiento del plexo de derechos de la víctima, como manifestación cierta de la tutela judicial efectiva imperante desde la órbita convencional; la consagración, tan esperada, de restricciones temporales razonables para la sustanciación de los procedimientos como para la toma de decisiones jurisdiccionales; la facultad en cabeza de la fiscalía para prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción por medio de los criterios de oportunidad, y la implementación del mecanismo de jurados, entre otros aspectos.

Hasta aquí, el nuevo modelo adjetivo es un paso novedoso y cercano al ideal *debido* que se impone desde la periferia legal. Sin embargo, en varios aspectos el texto promulgado genera cierto desconcierto, incertidumbre y hasta desilusión, como consecuencia, quizá, de un debate parlamentario apresurado y desapegado de los grandes progresos conseguidos a lo largo de arduas batallas de litigio.

Es claro que la década de los años noventa selló sus marcas progresivas en términos de reforma sistémica, tanto a nivel primario (el texto constitucional, 1994) como secundario (el Código Procesal Penal de la Nación, conocido como "Código Levene", de 1992). Sin embargo, esta transformación pareció no proyectar las posibles y gravosas consecuencias sustanciales que se podían desencadenar al momento de administrar justicia. Sin ánimo de exceder el margen de este trabajo, basta solo mencionar ciertos precedentes que representan el modo malabarístico que debió articularse para armonizar el sistema normativo interno al estándar de mínimas garantías que convencionalmente nos comprometimos a respetar. Así, duras discusiones engendraron casos como "Llerena",¹¹ "Quiroga",¹² "Casal",¹³ "Barra",¹⁴ entre muchos otros, que se transformaron en las válvulas de escape de los callejones sin salida generados como consecuencia de modificaciones legales ilusorias y ajenas a las reales necesidades funcionales.

Frente a este complicado contexto que implicó más de veinte años de esfuerzo interpretativo en búsqueda de un sentido adjetivo razonable, el imaginar una reforma del

11 CSJN (17.05.2005), *in re* "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y Lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal causa N° 3221" (Fallos 328:1491).

12 CSJN (23.12.2004), *in re* "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302" (Fallos 327:5863).

13 CSJN (20.09.2005), *in re* "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa" (Fallos 328:3399).

14 CSJN (09.03.2004), *in re* "Barra, Roberto Eugenio Tomás s/ defraudación por administración fraudulenta" (Fallos 327:327).

procedimiento implicaba esperar una grata bocanada de aire fresco, donde las grandes discusiones pasaran a ser puro recuerdo y los tiempos de cambio una esperanza resonante. Precisamente, la lucha intrasistémica, producto de la doctrina del control de convencionalidad,¹⁵ permitió tener pleno conocimiento de cómo deberían encararse las cosas o, mejor dicho, de qué manera ya no debían de hacerse: permitió establecer qué visión general del sistema de administración de justicia penal sería ajustado al ideal filosófico, político y jurídico que emerge de nuestro texto constitucional, conforme a un ideal republicano de gobierno. No obstante, los avances señalados en la implementación del nuevo sistema procesal penal fracasarán en lo inmediato en caso de que, tal como lo establecía el proyecto de reforma inicial, se instalen en el campo forense argumentos justificantes del encarcelamiento anticipado de entidad vetusta como la *conmoción social* por el hecho ocurrido.

Frente a las pautas objetivas de procedencia cautelar basadas en datos concretos de realidad, criterios de esta naturaleza dejan al descubierto razones de subjetividad absolutamente arbitrarias de que el imputado pretenderá obstaculizar la investigación para así justificar el accionar cautelar con fines de asegurar el desarrollo del proceso — por ejemplo, por medio del ocultamiento de elementos probatorios, amenaza de testigos—. Dejar librada la libertad de una persona a la trampa ilusoria sobre la afectación e impacto que el suceso que podría haber cometido —que, procesalmente, no estaríamos en condiciones de afirmar— ha provocado en el resto de la sociedad, implicaría convertir a quien es un sujeto de derechos en un claro objeto a merced de un pedido de venganza.

En este supuesto, la persona acusada se vería expuesta a diversas circunstancias ajenas a su proceso. En primer lugar, tendría que soportar (y confiar) en la información que los medios masivos de difusión decidan brindar sobre lo que ocurrió. Luego, verse sometido a la sensación de *panic attack* que ese reporte provoque en la sociedad y cómo ésta se manifieste en función de ello. Finalmente, su futuro dependerá de un

¹⁵ Este *test*, establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obliga a los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos a analizar la compatibilidad de su ordenamiento interno con el mencionado tratado internacional, teniendo en cuenta las interpretaciones realizadas justamente por la Corte Interamericana en los distintos casos. Véase: CoIDH (26.09.2006), *in re* “Almonacid Arellano vs. Chile”, excepciones preliminares, Fondo y Costas, párr. 124. Respecto de la recepción de esta doctrina en el sistema jurídico argentino, véase: CSJN (13.07.2007), *in re* “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad.” (Fallos 330:3248).

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

SANTANGELO, G., y LOPARDO, M. (2015) "El encarcelamiento cautelar en el Código...", pp. 141-155.

interpretación, en cabeza del juez, condicionada inequívocamente por la fuerza emocional del clamor ciudadano ligado a la creencia, persistencia y esperanza del castigo, y de la aplicación que de todo ese grueso —sustancialmente subjetivo— se haga para decidir sobre lo máspreciado de cualquier hombre: su libertad. Asimismo, dada la amplitud interpretativa que el concepto de "conmoción social" en sí establece, como cualquier otro criterio sustantivo que se utilice para la procedencia del encarcelamiento cautelar, los jueces una vez más deberán ser malabáricos a fin de montar un razonamiento uniforme sobre qué hecho conmueve a la sociedad, a qué parte de la sociedad —pues puede ocurrir que un mismo hecho no repercuta de manera homogénea en todos los que toman conocimiento de él— y cómo ello afecta al sujeto imputado. Los datos de la realidad, como ya mencionamos, demuestran que hoy los jueces aplican la prisión preventiva de forma indiscriminada frente a la posibilidad de que la sociedad, enardecida por el constante bombardeo de los medios de comunicación, exija su destitución. Incorporar conceptos de esta entidad que avalen situaciones de apego emocional a la solución represiva sólo retrocede.

Frente a este panorama, celebramos que esos argumentos hayan sido descartados de la discusión parlamentaria. Caso contrario, todas las mejoras señaladas carecerían de sentido frente a la inclusión de parámetros que responden a discursos amarillistas, a la agenda electoral y mediática y que colocan en cabeza del proceso penal la respuesta a la demanda de seguridad. De todos modos, debemos advertir que si bien el requisito de "conmoción social" por el hecho ocurrido se eliminó del proyecto de reforma procesal, aún así el artículo 185 hace mención a la "la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado" como una razón de procedencia para dictar la prisión preventiva. Así, otra vez se establecen parámetros que se alejan de los únicos criterios a considerarse ante la posible obstaculización del proceso por el acusado: entorpecimiento de la investigación o su fuga. Mal que nos pese, esta idea forma parte del texto promulgado y para nada favorecerá a reducir la aplicación de la prisión preventiva.

Estas observaciones nos llevan a considerar que el debate parlamentario no debió desatender el contexto social, político y cultural en el cual sería implementado el nuevo sistema de justicia penal, y mucho menos a quiénes serán los que la llevarán a la práctica. Las decisiones judiciales no dejan de demostrar que las personas acusadas penalmente son vistas como *entes peligrosos* a los que hay que alejar de la sociedad lo más rápido posible, sin siquiera aguardar al dictado de una sentencia de condena firme que así lo implore. En pocas palabras, para qué esperar con la soga al cuello del riesgo procesal cuando no es necesario, cuando la máquina punitiva estatal tiene facultado un castigo

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I
Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación

anticipado. Hay sacrificio porque la autoridad responde con ello a lo que la población pide (ALAGIA, 2013: 295).

En concreto, la reforma procesal presenta dos caras en cuanto a la libertad del sujeto previo a la condena o absolución. Por un lado, mantiene la prisión preventiva como medida cautelar con parámetros para su aplicación que se alejan de los estándares de mínima garantía reconocidos. Sin embargo, por el otro, avanza y pone un freno, o así lo intenta, al establecer en el apartado k) del artículo 177 que esa medida debe ser supletoria a las que enumera en los apartados anteriores. En efecto, la norma de mención dispone:

[e]l representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de:

- a. la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- b. la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- c. la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- d. la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- e. la retención de documentos de viaje;
- f. la prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- g. el abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;
- h. la prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

SANTANGELO, G., y LOPARDO, M. (2015) "El encarcelamiento cautelar en el Código...", pp. 141-155.

la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;

- i. la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;
- j. el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;
- k. la prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto.

La novedad de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación se encuentra ya vigente en los ordenamientos jurídicos de diversas provincias de nuestro país. Ejemplo de ello son los códigos procesales de las provincias de Chubut (art. 227) y Neuquén (arts. 113 y 114) que establecen explícitamente la prioridad de las medidas alternativas con prioridad a la aplicación de la prisión preventiva.¹⁶

¿Existe alguna vinculación entre la aplicación de medidas alternativas con la reducción o supresión de la prisión preventiva? Sí, ya que toda medida que implique la reducción del tiempo de encierro o que limite la aplicación de cárcel en virtud de otra alternativa menos lesiva es considerada un umbral de resistencia crítica al poder punitivo que asiduamente busca avasallar la integridad de las personas. En este punto, el nuevo código avanzó considerablemente hacia el respeto de los derechos fundamentales y ofrece herramientas prácticas para el desarrollo del proceso sin necesidad de afectar la libertad

¹⁶ En este último caso, se deberá interpretar cuidadosamente el artículo 227 del Código Procesal Penal de Chubut cuando dice "[q]uien decida, aún de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes". Esa expresión, no debe entenderse de forma que deje librada a discrecionalidad del juez la posibilidad de aplicar cualquiera de las medidas cautelares o la prisión preventiva, según él lo considere necesario. En esa oración, la palabra "preferirá" se debe leer de acuerdo con su sentido imperativo, que ordena la prioridad de aquellas medidas por sobre el encarcelamiento preventivo.

personal. Precisamente, todos estos años el problema radicó, en gran parte, en la falta de imaginación no punitiva de los administradores de justicia. Tampoco ayudó el rol de los fiscales, en la constante de concebir la prisión preventiva como algo ajeno a sus decisiones y así evitar cualquier repercusión de entidad social. Justamente, el nuevo sistema adjetivo nos lleva a esperar que el fiscal, con las amplias facultades ahora conferidas, sea el operario de mayor interés por implementar medidas más eficaces para el desarrollo de la investigación, pero menos lesivas para asegurar los fines del proceso.

Pese a las críticas que puedan desarrollarse, somos conscientes que esta innecesaria herramienta de castigo procesal no va a desaparecer de la noche a la mañana. Aún debemos convivir con su existencia, pero podemos reducir los supuestos objetivos de procedencia, acotar los plazos de aplicación o directamente procurar su reemplazo por medidas menos lesivas que satisfagan los mismos fines procesales para los que fue ideado. Aunque el peso de nuestra historia sea negativo, las medidas alternativas no son una segunda opción ni una elección del juez. Todo lo contrario, son medidas que deben funcionar como “reformas negativas”¹⁷ que reduzcan la aplicación del sistema carcelario y fomenten el imaginario no punitivo. Si se crean herramientas en este sentido es porque vienen a reemplazar la aplicación de prisión preventiva y no a ser adicionales a ella. Caso contrario, implicaría la pérdida del terreno ganado por el Estado de Derecho frente al de policía, volviéndose aquellas herramientas que se pensaron para contenerlo, en contra, para ampliarlo.

IV. Palabras finales

Si el Estado de Derecho tiene la función de contener el poder punitivo y evitar su expansión, seamos sinceros, no lo estamos logrando. Parece que el sistema de compuertas, en el que el Derecho Penal debería programar el ejercicio del poner punitivo como un dique que contenga al estado de policía (ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, 2002: 83), ha dejado varias abiertas donde el anhelo de punición supo filtrarse bien en plena transgresión de derechos fundamentales.

¹⁷ En palabras de MATHIESEN (1989: 110): “[p]ensé que para llegar a la abolición se necesitaba una estrategia cuidadosamente trabajada y sobre todo un análisis de la relación entre las reformas a corto plazo y la abolición, a largo plazo. Concretamente, creí que para no obstaculizar el objetivo abolicionista a largo plazo, las reformas, a corto plazo, debían ser del tipo ‘negativo’. Es decir, que cuando se trabajara por mejoras mediatas del sistema carcelario, se lo hiciera por reformas que negaran la estructura de base de las cárceles, contribuyendo así, en algo, a su demolición”.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

SANTANGELO, G., y LOPARDO, M. (2015) "El encarcelamiento cautelar en el Código...", pp. 141-155.

Es a consecuencia de los discursos que avalan el poder punitivo —tan arraigados en la sociedad y que se reflejan en las decisiones judiciales— que concebimos irrealizable la abolición de la prisión preventiva de la noche a la mañana. Pretenden engañarnos con la naturaleza cautelar de la medida, pero detrás de su apariencia legítima se advierte la ejecución anticipada de pena, la certificación apresurada e infundada de la culpabilidad por la mera sospecha y la categórica anulación del juicio previo, en cuanto garantía primaria de nuestro ordenamiento.

Sabemos que el camino a transitar es largo y tedioso. También, que la necesidad de producir estos cambios en lo inmediato choca con la necesidad de hacerlo bien, y ello a su vez con el riesgo paradójico de convertir en ineficaz el objetivo propuesto "como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto" (CALAMANDREI, 1996: 43). Somos conscientes que el cambio no será de un día para el otro y que es necesario no sólo modificar algunas leyes, sino impulsar una transformación más profunda. No tenemos dudas de que vale la pena transitar este sendero. La reticencia es esforzada, los avances son lentos y casi ni se advierten, frente a los pasos agigantados que puede saltar el poder punitivo de un momento al otro. Por eso se trata de una resistencia constante a los discursos represivos y mutiladores de derechos humanos. Son esas las razones que nos llevan a reivindicar los cambios que logran conseguirse, como los comentados en este artículo. Creemos que las críticas que podemos hacer a la reforma del código, solo pueden ser pensadas como aportes a mejorar los argumentos invocados en pos del respeto a los derechos y garantías que el Estado tiene la obligación de reconocerle a cada ser humano que se vea alcanzado por el ala del Derecho Penal.

Quizá el día de mañana, a través de estas propuestas logremos erradicar la prisión preventiva y sorprendernos de que durante tantos años personas inocentes hayan sido encerradas porque innecesarios fines procesales prevalecían por sobre su libertad y dignidad, o porque así nos lo hacían ver.

Bibliografía

ALAGIA, A. (2013) *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar.

BARATTA, A (1982) *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación

- BOVINO, A. (2008) "Aporías", en SCHÜNEMANN, B. *et al*, *Cuestiones actuales del sistema penal: Crisis y desafíos*. Lima, ARA, pp. 383-432.
- BOVINO, A. y BIGLIANI, P. (2008) *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires, Del Puerto.
- CAFFERATA NORES, J. (2000) *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires, Del Puerto/CELS.
- CALAMANDREI, P. (1996) *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Buenos Aires, El Foro.
- FERRAJOLI, L. (1989) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995.
- KROPOTKIN, P. (1887) *Las prisiones*. Enmaquetación digital, Octubre 2001, consultado en [<http://bivir.uacj.mx/libroselectronicoslibres/Autores/PedroKropotkin/Kropotkin,%20Pedro%20-%20Las%20prisiones.pdf>] el 06.01.2015.
- LOPARDO, M. y ROVATTI, P. (2012) "El abolicionismo penal como aproximación a un modelo de ciencia social integrada" en POSTAY, M. (comp.) *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires, Del Puerto, pp. 71-84.
- MATHIESEN, T. (1989) "La Política del Abolicionismo", en COHEN, S. (dir.) *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires, Ediar, pp. 109-25.
- VITALE, G. (2014) *Recursos contra la prisión sin condena en el Código Procesal Penal de Neuquén*, consultado en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/recursos-contraprision-sin-condena-cpp-neuquen>] el 06.01.2014.
- ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002) *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Buenos Aires, Ediar.