

CONSULTA DESTACADA
JURISPRUDENCIA

Julio de 2016

Prisión preventiva
*Análisis de jurisprudencia e información
estadística*

ÍNDICE

a. Introducción

b. Personas detenidas en establecimientos carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal

b.1. El incremento de la cantidad de personas privadas de la libertad y de los detenidos con prisión preventiva

b.2. La situación de las mujeres privadas de la libertad

b.3. La prisión preventiva en la justicia nacional

c. La prisión preventiva en la jurisprudencia de los tribunales nacionales

c.1. Necesidad y motivación de la prisión preventiva

- *Motivación*
- *Principios inherentes al sistema acusatorio*
- *Cauciones y medidas alternativas a la prisión preventiva*
- *Riesgo de fuga*
- *Entorpecimiento de procedimiento*

c. 2. Proporcionalidad de la prisión preventiva

c.3. Principio de inocencia y prisión preventiva: ejecución de sentencias de condena que no adquirieron firmeza

d. Mujeres en prisión

d.1. Límite etario de los niños

d.2. El requisito de discapacidad

d.3. El arresto domiciliario y los riesgos procesales

d.4. Interpretaciones estereotipadas

e. Conclusiones

PRISIÓN PREVENTIVA

Análisis de jurisprudencia e información estadística

a. Introducción

Este informe tiene lugar a partir de la identificación en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de una cantidad cada vez mayor de personas privadas de la libertad y, en particular, de personas encarceladas cautelarmente. A la luz de ello, la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia –con la colaboración de Auditoría y Control de Gestión y la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación– se propuso analizar la información estadística confeccionada por el Servicio Penitenciario Federal durante el periodo 2012-2016 y aquella que se desprende del sistema de gestión de la Defensoría General de la Nación a efectos de constatar el modo en que ha evolucionado la población carcelaria en la República Argentina.

En este marco, se analizará la situación en el fuero ordinario (o nacional) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Este relevamiento tiene interés a los efectos de este informe, fundamentalmente, por dos motivos. Primero, porque es la jurisdicción que cuenta con mayor cantidad de personas privadas de la libertad en establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario Federal. Segundo, en razón de la reciente puesta en funcionamiento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional¹. Así, se constatará, por un lado, el modo en que ha variado la cantidad de personas en prisión preventiva y, por otro, la calidad de los argumentos esgrimidos por los tribunales nacionales para disponer este tipo de medida.

Por último, se buscará describir la situación específica de las mujeres en establecimientos carcelarios; en particular, se procurará determinar cómo impacta la prisión preventiva en este colectivo y –a partir de la jurisprudencia sistematizada por la Comisión de Género de la Defensoría General de la Nación– cómo se aplica el arresto domiciliario como mecanismo alternativo a la prisión.

¹ Este tribunal –el de superior jerarquía en materia penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– emitió sus primeros pronunciamientos a principios de 2015; hasta ese momento, en jurisdicción nacional, intervenía como tribunal de casación la Cámara Federal de Casación Penal (que actualmente desempeña esa labor en la órbita federal).

b. Personas detenidas en establecimientos carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal

b.1. El incremento de la cantidad de personas privadas de la libertad y de los detenidos con prisión preventiva

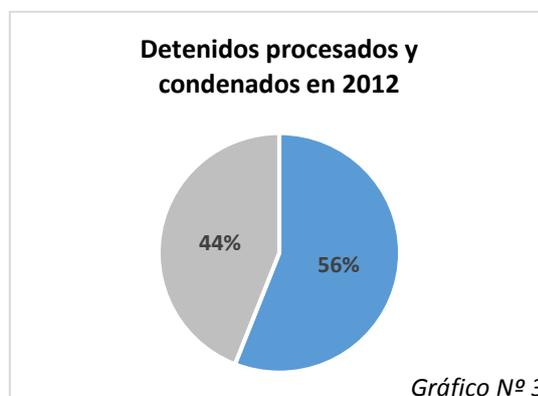
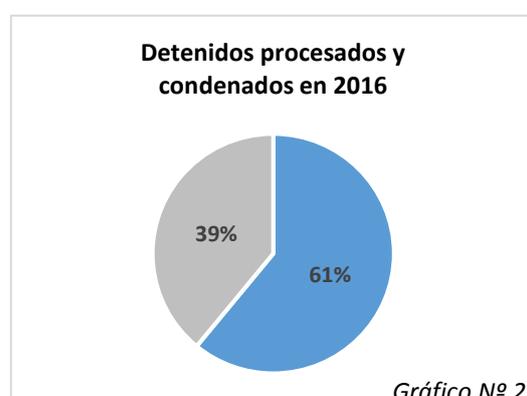
Para la elaboración de este capítulo se tomó como punto de partida la información proporcionada por el Servicio Penitenciario Federal entre los años 2012 y 2016. En dicho periodo **se evidenció un incremento relativamente sostenido de la cantidad de personas encarceladas**. En mayo de 2016, los establecimientos carcelarios federales albergaban un total de 10.492 personas. Esto representa un aumento del 6,49% respecto de la cantidad de personas privadas de la libertad en 2012, año en el que había 9.864 individuos en esa condición.

Fecha del recuento	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
Total de detenidos	9.864	10.024	10.018	10.335	10.492



La realidad carcelaria en el ámbito federal es sumamente precaria en lo que atañe, además, al porcentaje de personas detenidas cautelarmente. **En mayo de 2016, un 61% del total de las personas encarceladas se encontraban en prisión preventiva; esto es, 6.393 individuos**. Este aspecto también empeoró respecto de la situación que se registraba en 2012. En aquel momento, había 5.515 personas en prisión preventiva, lo que representaba un 55,98% del total de la población carcelaria.

Detenidos por fuero	2012 (5/10/2012)				2016 (6/5/2016)			
	Procesados		Condenados		Procesados		Condenados	
	Jóvenes adultos ²	Mayores	Jóvenes adultos	Mayores	Jóvenes adultos	Mayores	Jóvenes adultos	Mayores
Nacional	276	2531	104	2889	265	2915	70	2495
Federal	48	2444	7	797	88	2937	11	1035
Provincial	8	208	3	535	6	182	7	479
Subtotal	332	5183	114	4221	359	6034	88	4009
Subtotal	5515		4335		6393		4097	
Total³	9850				10490			



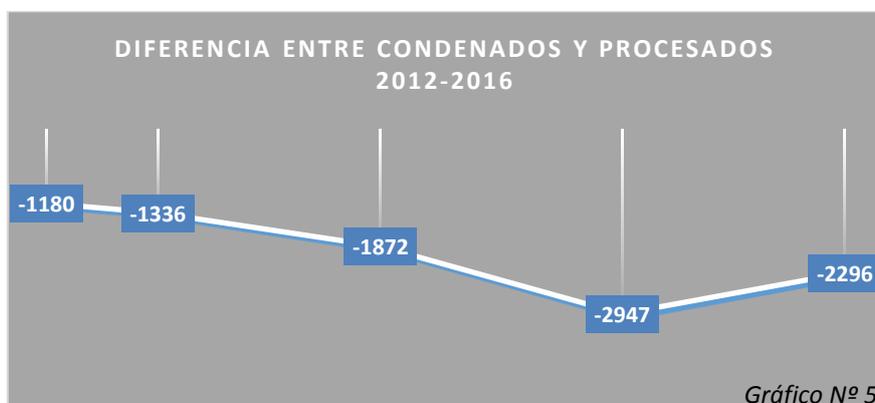
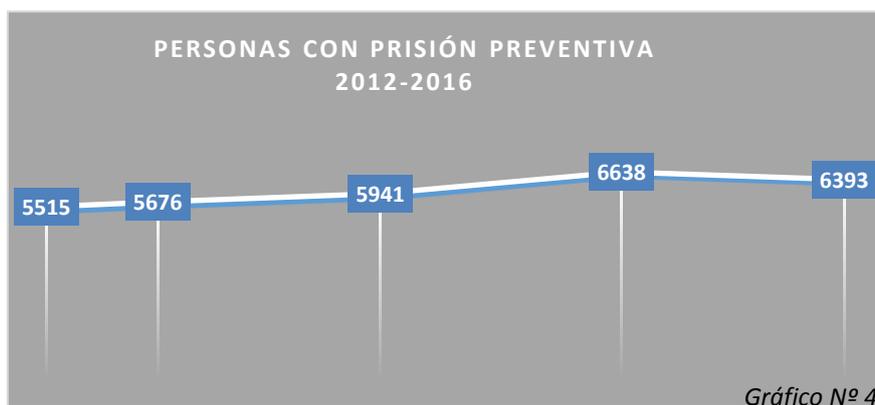
Como se mencionó anteriormente, la cantidad de procesados en prisiones federales –al igual que la cantidad total de personas privadas de la libertad– se incrementó de manera sostenida en el periodo comprendido entre 2012 y 2016. Aún peor, mientras en los años 2013 y 2014 la cantidad de personas encarceladas se mantuvo relativamente estable, la cantidad de personas detenidas preventivamente se elevó de manera significativa.

De tal modo, la diferencia entre el número de personas privadas de la libertad en razón de la imposición de una pena de prisión y de aquellas que se encontraban en la misma situación en virtud de una medida cautelar se acrecentó de modo progresivo. Sólo se aprecia una tendencia diferente entre los años 2015 y 2016. En este lapso, aun cuando no se retornó a la situación de 2014, disminuyó la cantidad de personas en prisión preventiva y la diferencia entre este grupo de personas y aquellas que cumplen sanciones penales.

² Personas de 18 a 21 años.

³ Este recuento no toma en consideración –como se hizo en el cuadro anterior– a las personas privadas de la libertad que fueron declaradas inimputables y a las que sufrieron de manera sobreviniente algún tipo de incapacidad durante la tramitación del proceso.

Fecha del recuento	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
Personas con prisión preventiva	5515	5676	5941	6638	6393
Diferencia entre condenados y procesados ⁴	-1180	-1336	-1872	-2947	-2296

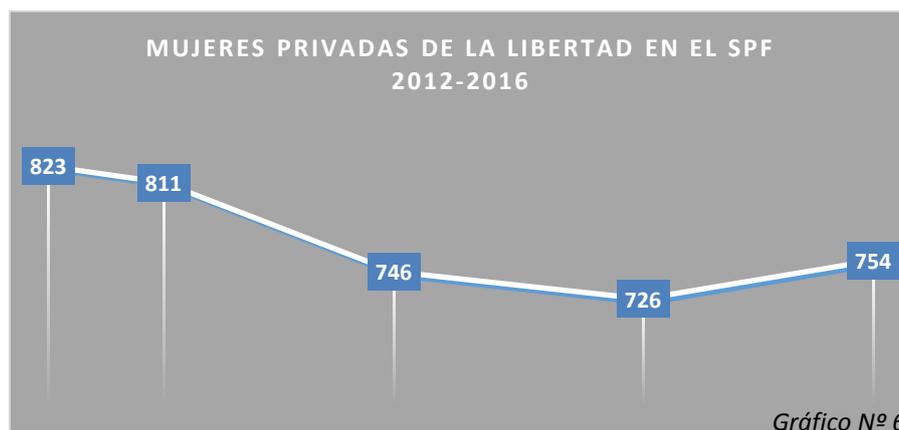


b.2. La situación de las mujeres privadas de la libertad

Entre los años 2012 y 2016 la cantidad de mujeres encarceladas se mantuvo relativamente estable. Se experimentó una ligera disminución de las detenidas entre 2012 y 2015 y un retroceso en 2016, año en el que volvió a incrementar la población carcelaria femenina al nivel que se encontraba antes de 2014.

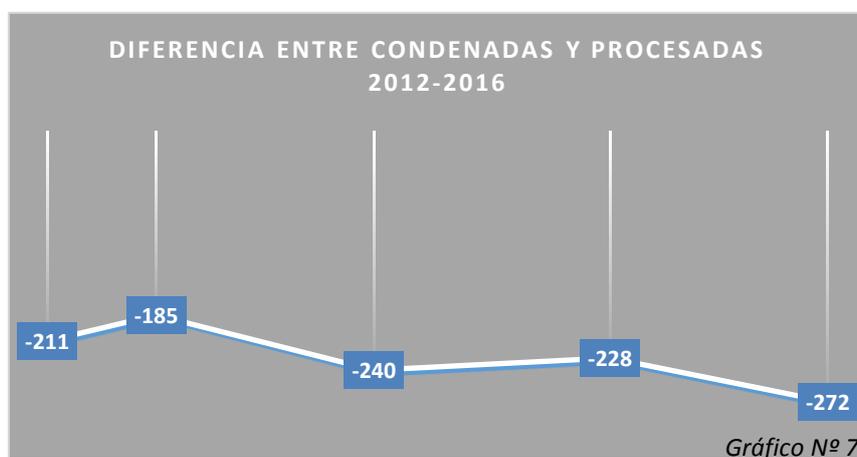
⁴ Este indicador se obtiene a partir de la resta del total de personas privadas de la libertad en razón de condenas y de aquellos que se encuentran con prisión preventiva.

<i>Fecha del recuento</i>	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
<i>Total de mujeres detenidas</i>	823	811	746	726	754



Sin perjuicio de esto, la diferencia entre la cantidad de mujeres privadas de la libertad que cumplen sanciones penales y aquellas que se encuentran encarceladas preventivamente se incrementó de modo paulatino. Durante los años 2012 y 2013, se contaban, respectivamente, 211 y 185 detenidas sin condena más que las penadas. En 2016 la diferencia pasó a ser de 272.

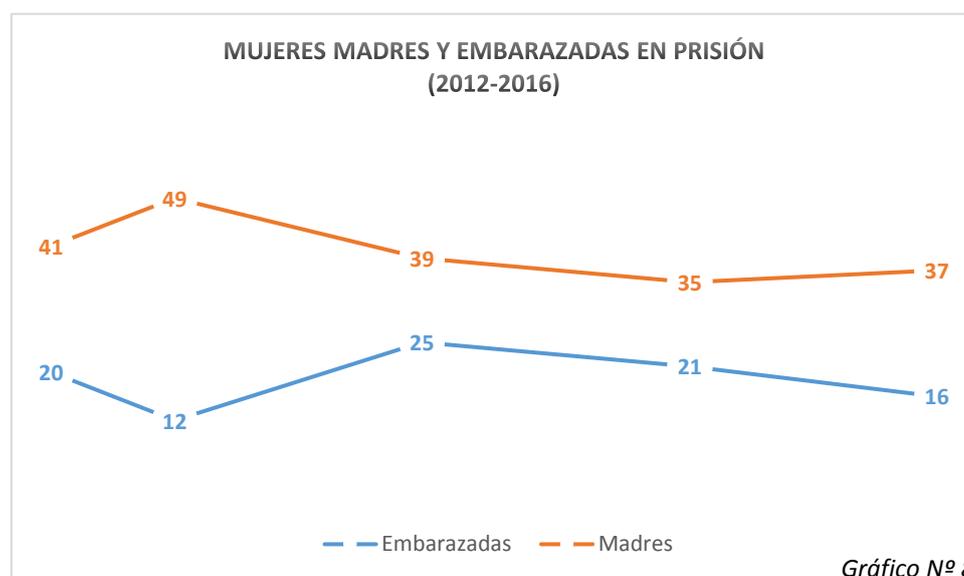
<i>Fecha del recuento</i>	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
<i>Diferencia entre condenadas y procesadas</i>	-211	-185	-240	-228	-272



Aun cuando en el año 2009 se adoptaron medidas legislativas tendientes a evitar el encarcelamiento de mujeres embarazadas y con hijos menores de cinco años⁵, esta porción de la población carcelaria no se alteró de manera significativa en el periodo 2012- 2016.

Esta información, sin embargo, no resulta concluyente debido a que no se dispone de información relativa a la cantidad de mujeres que se encuentran detenidas en arresto domiciliario. En efecto, ni el Servicio Penitenciario Federal ni el Poder Judicial lleva un registro unificado de las personas que cumplen su condena o su prisión preventiva en arresto domiciliario. De allí que no sea posible colegir que la ley sobre arresto domiciliario haya tenido un impacto significativo en el mantenimiento o reducción del número de mujeres mantenidas en prisión.

Fecha del recuento	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
Embarazadas	20	12	25	21	16
Madres con sus hijos en prisión	41	49	39	35	37



La situación es relativamente diferente respecto a los niños que se encontraban con sus madres en contextos de encierro. En los cinco años estudiados ha tendido a disminuir la cantidad de niños en esta situación. La mayor parte de ellos cuenta con menos de un año y, a medida que crecen, resulta menos frecuente observar que permanecen en este ámbito. De hecho, en el

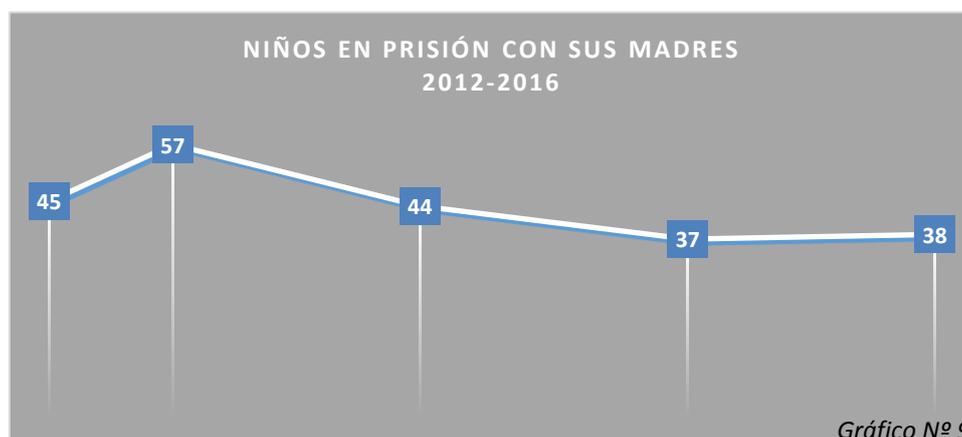
⁵ En el año 2009 se sancionó la ley Nº 26.472 que incorporó al Código Penal, en su artículo 10, que: “[p]odrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: [...] e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

relevamiento efectuado en 2015 no se advierte la presencia en prisiones federales de ningún niño entre los tres y los cuatro años y, en 2016, se podía identificar uno.

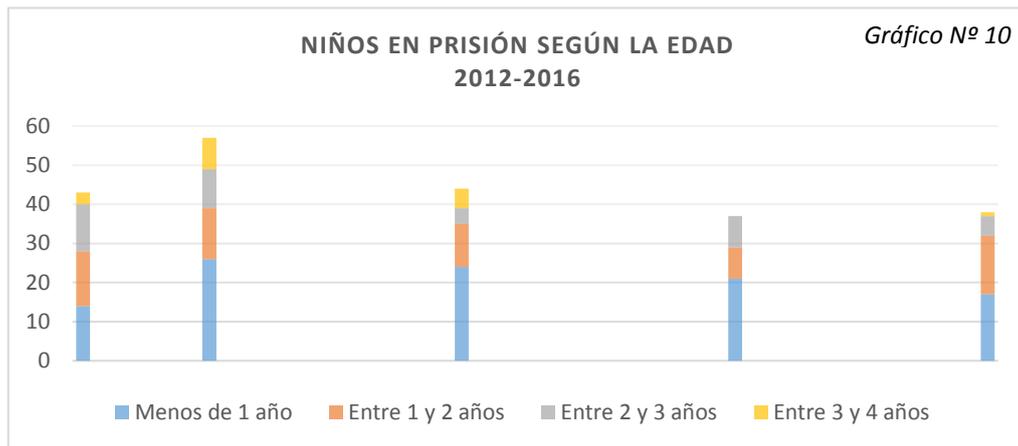
En relación con estas estadísticas, tampoco es posible extraer conclusiones categóricas. El alojamiento de niños en prisión está directamente relacionado con la tasa de prisionización de mujeres y dado que no hay información disponible sobre la cantidad de mujeres que está en arresto domiciliario y cuántos hijos tiene cada una, no es posible determinar si esta reducción de niños en prisión tiene relación directa con la aplicación de la ley 26.472. Por otra parte, en lo que hace a esta variable, también entra en consideración cuál ha sido la decisión de la madre en cuanto al mantenimiento del niño en prisión. La baja tasa de encarcelamiento de los hijos puede tener vinculación con la determinación de la mujer de que el niño quede al cuidado de algún familiar fuera de la prisión.

Sobre este punto en concreto, vale destacar que tampoco existe por parte del Estado una política que acompañe la toma de decisión de las mujeres sobre el destino de sus hijos cuando están encarceladas, y menos aún un registro de los niños que quedan bajo la figura de la guarda (art. 39, Ley 26.061) o informalmente al cuidado de terceros.

<i>Fecha del recuento</i>	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
<i>Niños en prisión con sus madres</i>	45	57	44	37	38

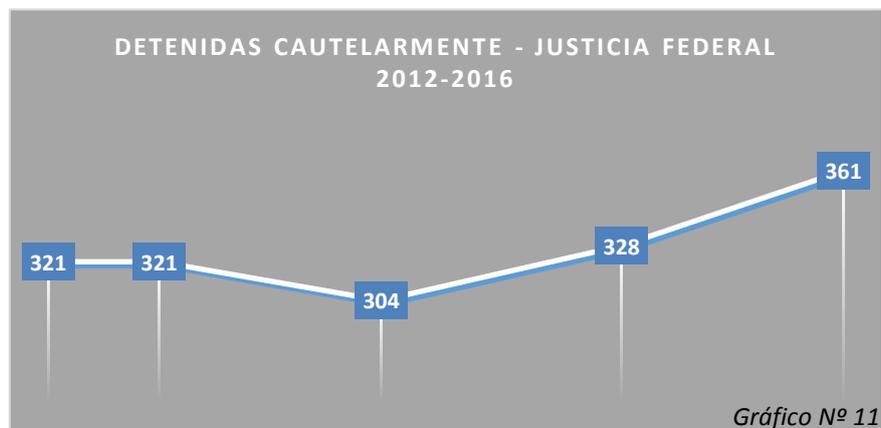


<i>Fecha del recuento</i>		05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
Edad de los niños	Menos de 1 año	14	26	24	21	17
	Entre 1 y 2 años	14	13	11	8	15
	Entre 2 y 3 años	12	10	4	8	5
	Entre 3 y 4 años	3	8	5	0	1



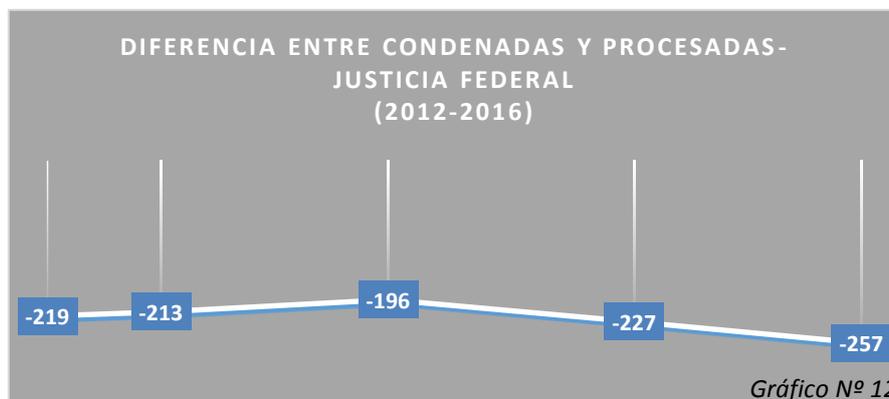
Por lo demás, la situación de las mujeres imputadas en procesos federales es peor que en la justicia nacional, no sólo en lo que respecta al incremento de la cantidad total de mujeres privadas de la libertad sino también del porcentaje de detenidas cautelarmente.

<i>Fecha del recuento</i>	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
Detenidas cautelarmente - justicia federal	321	321	304	328	361



En este fuero –en particular, a partir de 2014– ha tendido a incrementarse la diferencia entre condenadas y procesadas.

<i>Fecha del recuento</i>	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
<i>Diferencia entre condenadas y procesadas</i>	-219	-213	-196	-227	-257

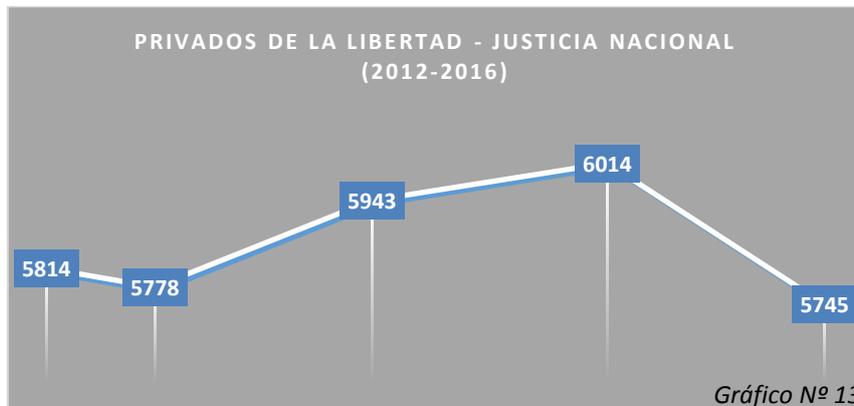


b.3. Personas privadas de la libertad en procesos penales tramitados ante la justicia nacional⁶

La mayor parte de los detenidos en establecimientos carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal se encontraban involucrados en procesos penales tramitados ante la justicia nacional. En este ámbito, la cantidad de personas encarceladas se incrementó hasta el año 2015 y decreció en 2016.

<i>Fecha del recuento</i>	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
<i>Personas detenidas en el ámbito nacional</i>	5814	5778	5943	6014	5745

⁶ El fuero ordinario –por contraposición al federal– de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

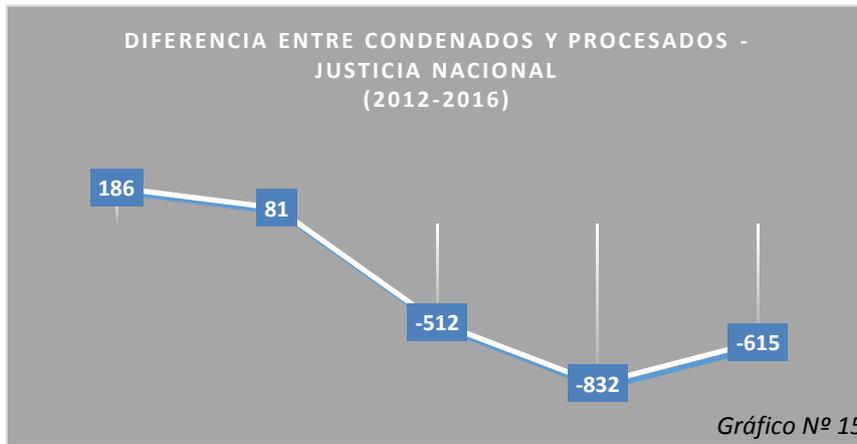


Más allá de lo alentador que pueda resultar este dato, el número de personas encarceladas preventivamente se mantuvo relativamente estable. Hasta 2015 aumentó esta porción de la población carcelaria mientras que, en 2016, se contrajo levemente.

Fecha del recuento	05/10/2012	26/04/2013	16/04/2014	08/05/2015	06/05/2016
Detenidos cautelarmente en el ámbito nacional	2807	2845	3224	3423	3180

Fecha del recuento	2012	2013	2014	2015	2016
Diferencia entre condenados y procesados	186	81	-512	-832	-615





La diferencia entre las personas condenadas y procesadas en prisión, además, ha tendido a incrementarse. Esto resulta especialmente notorio en el período 2012- 2015. Si se compara la información suministrada por el Servicio Penitenciario Federal en 2012 con la situación en 2016 se apreciará una disminución de las personas privadas de la libertad y un incremento del porcentaje de personas detenidas cautelarmente.

	2012 (5/10/2012)				2016 (6/5/2016)			
	Procesados		Condenados		Procesados		Condenados	
	Jóvenes adultos	Mayores	Jóvenes adultos	Mayores	Jóvenes adultos	Mayores	Jóvenes adultos	Mayores
Fuero nacional	276	2531	104	2889	265	2915	70	2495
Subtotal	2807		2993		3180		2565	
Total	5800				5745			



- Personas asistidas por Defensores Públicos en la etapa de instrucción

En razón de esta información se indagó acerca de la situación de las personas asistidas por Defensores Públicos Oficiales del fuero nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En

particular, se hizo hincapié en la etapa de instrucción. Ello, dado que, en esta etapa del proceso penal, se define, en general, si los imputados permanecen en libertad hasta la celebración del juicio oral y el dictado de una sentencia que, eventualmente, los absuelva o los condene.

De acuerdo con el sistema de gestión de la Defensoría General de la Nación, en la etapa de instrucción, la defensa pública asistió en el año 2015 a 33.368 personas. A fin de examinar los criterios de proporcionalidad que utilizan los jueces para determinar la legitimidad del encarcelamiento preventivo, se analizó la situación de las personas imputadas por la comisión de robos⁷. Esta hipótesis delictiva es una de las más investigadas en la Ciudad de Buenos Aires. En 2015, en el ámbito de la CABA, se identificaron 7.930 asistidos por Defensores Públicos Oficiales por la presunta comisión de robos. Esto representa un 23,76% del total de defendidos en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa.

2015		
Situación procesal	imputados	Porcentaje
Sin prisión preventiva	4561	57,5%
Con prisión preventiva	3369	42,5%
Total	7930	100,0%

De las 7.930 personas imputadas por robo en 2015, el sistema de gestión cuenta con información relativa a los antecedentes de 3.343. Esto significa que se conoce si los imputados tienen antecedentes penales en el 42,15% de los casos. El análisis de esta información permite advertir que la reincidencia y, en general, los antecedentes penales, ostentan mucho peso a la hora de determinar el encierro cautelar de una persona.

Situación procesal	Antecedentes penales					
	No			Si		
	Recuento	% de la fila	% del N de la columna	Recuento	% de la fila	% del N de la columna
Sin prisión preventiva	1284	79,5%	75,7%	332	20,5%	20,2%
Con prisión preventiva	412	23,9%	24,3%	1315	76,1%	79,8%
Total	1696	50,7%	100,0%	1647	49,3%	100,0%

⁷ Artículo 164 del Código Penal.

“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.



El artículo 26 del Código Penal establece que la primera condena a una pena que no exceda los tres años puede ser dejada en suspenso⁸. El robo contempla una sanción mínima de un mes y un máximo de seis años de prisión. Esto implica que, en principio, los imputados por la comisión de robos que no registran antecedentes condenatorios pueden recibir penas de prisión de ejecución condicional (es decir, que no se harán efectivas). Además, aun en los casos en los que pudiera recaer una pena de prisión efectiva, tomando en consideración la sanción mínima que establece la norma, la prisión preventiva resultará desproporcionada en una gran cantidad de supuestos. Esto genera que muchas personas aguarden el juicio oral y, eventualmente, ser condenadas, para poder recuperar su libertad o, peor aún, reconozcan su responsabilidad en el hecho que se les atribuye para acordar una pena de prisión con el fiscal y ser liberadas sin necesidad de esperar el juicio.

Dicha problemática se advierte del repaso de los períodos de detención que sufrieron este grupo de individuos. A tal fin, el sistema de gestión de la Defensoría General de la Nación cuenta con información sobre los tiempos de detención y antecedentes penales de 1.098 imputados por robo. De la relación de esa información se desprenden los siguientes datos:

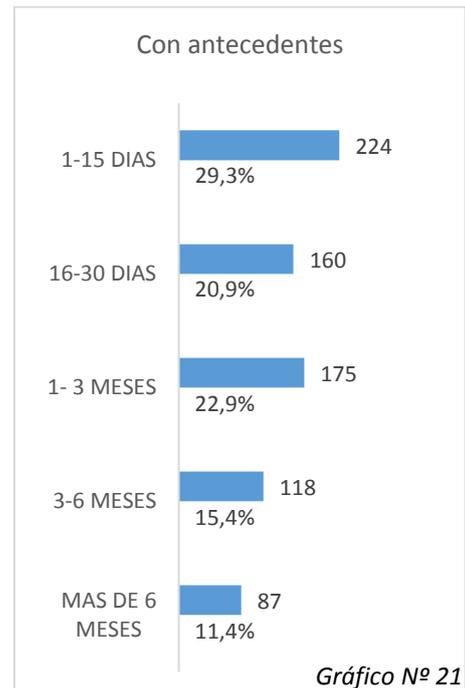
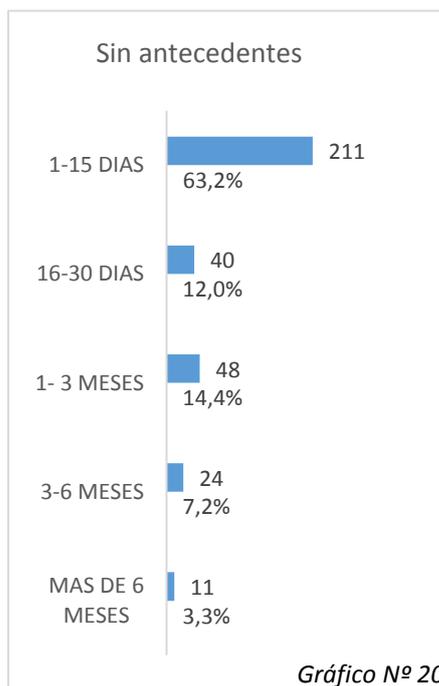
⁸ Artículo 26 del Código Penal.

“En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación”.

Tiempo de detención	Antecedentes penales					
	No			Si		
	Recuento	% de la fila	% del N de la columna	Recuento	% de la fila	% del N de la columna
1-15 días	211	48,5%	63,2%	224	51,5%	29,3%
16-30 días	40	20,0%	12,0%	160	80,0%	20,9%
1- 3 meses	48	21,5%	14,4%	175	78,5%	22,9%
3-6 meses	24	16,9%	7,2%	118	83,1%	15,4%
Más de 6 meses	11	11,2%	3,3%	87	88,8%	11,4%
Total	334	30,4%	100,0%	764	69,6%	100,0%



c. La prisión preventiva en la jurisprudencia de los tribunales nacionales

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (CNCCC) fue creada por la ley N° 26.371 y comenzó a funcionar el 2 de marzo de 2015. Está integrada por 10 jueces y organiza su actuación en una presidencia y tres Salas judiciales. El tribunal tiene competencia sobre todos los recursos de casación en materia penal (no federal) presentados en las causas radicadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esto significa que interviene como tribunal de alzada de los Juzgados de Instrucción, Cámara de Apelaciones (CNACC) y Tribunales Orales en lo Criminal (TOC) del fuero nacional.

Corte Suprema de Justicia de la Nación	
Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional	
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional	Tribunales Orales en lo Criminal - Juzgados Correccionales
Juzgados Nacionales de Instrucción - Juzgados Correccionales	

A continuación se presenta un análisis de casos tratados por la Cámara Nacional de Casación y por la Cámara Nacional de Apelaciones en los que se abordaron distintos aspectos inherentes a la prisión preventiva. A tal fin, se tomarán en consideración los estándares elaborados en materia de *necesidad, proporcionalidad, racionalidad y motivación*. Este relevamiento no pretende ser exhaustivo sino ilustrar el estado de la discusión en el fuero nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jurisdicción que –como se mencionó en la introducción– cuenta con la mayor cantidad de personas privadas de la libertad en establecimientos dependientes del SPF.

c.1. Necesidad y motivación de la prisión preventiva: peligros procesales

▪ Motivación

El primer caso a tomar en consideración sobre esta problemática es “BI, EA”⁹. Allí, la Cámara de Casación revocó una decisión en la que no se había argumentado sobre la necesidad de la prisión preventiva. En la sentencia de la CNCCC se combinaban, además, motivos vinculados a la proporcionalidad de la detención que impedían justificarla: de ser condenado, el imputado difícilmente hubiese sido sancionado a una pena privativa de la libertad. El tribunal explicó entonces que:

“...conforme al principio de subsidiariedad en materia de cautela procesal, medidas menos restrictivas de derechos que la adoptada en autos, tales como la imposición de una caución real y del deber de comparecer mensualmente ante los estrados del tribunal eran eficaces para dicho cometido, preservando así el carácter excepcional

⁹ Causa N° 10322/2014. Registro N° 99/15. Sentencia del 28 de mayo de 2015.

del encarcelamiento preventivo, algo obligado en supuestos como este, donde no puede descartarse de ningún modo que la pena a aplicar en caso de condena pudiera ser de ejecución condicional”.

En esta sintonía, la Cámara abordó diversos casos en los que se presentaban problemas relativos a la motivación de la prisión preventiva. Así, por ejemplo, la Sala III CNCCC sostuvo en el caso “[E, CP](#)”¹⁰ que el tribunal que dispuso la detención del imputado no había brindado motivos suficientes –ni siquiera invocó la normativa en la que se apoyaba– para revocar la libertad que se le había concedido.

- *Principios inherentes al sistema acusatorio*

Al evaluar la necesidad de disponer el encarcelamiento preventivo de una persona, uno de los aspectos a los que la CNCCC ha dado mayor trascendencia es a determinar si los tribunales pueden apartarse de la posición asumida por los fiscales que no requieren que el imputado sea detenido cautelarmente.

La Cámara de Casación decidió un caso en el que un tribunal rechazó la excarcelación de una persona prescindiendo de la circunstancia de que el fiscal había consentido su libertad. A tal efecto, la acusación estimó adecuada la satisfacción de una caución real y la carga de comparecer periódicamente ante el tribunal para asegurar la sujeción de la imputada al proceso. Entonces, la Cámara revocó la decisión y concedió la libertad que demandaba la defensa. En este sentido, explicó:

“[s]i los jueces del Tribunal Oral no encontraron defecto de actuación [...] no estaban pues habilitados para hacer apreciaciones de hecho distintas, porque la potestad requirente correspondía a la fiscalía, y a ésta, sobre esa base, no había estimado necesario pedir la subsistencia de la restricción más fuerte permitida sobre la libertad física”¹¹.

De la misma forma, en “[OS, JS](#)”¹², frente a un supuesto análogo, el tribunal sostuvo:

“[s]i la autoridad para promover la acción penal, y en su caso la realización del juicio y el requerimiento de condena incluye, de modo inherente, la autoridad para ejercer otras pretensiones conexas a la finalidad del proceso, cuales son las de asegurar su realización, y en particular la realización del juicio, y si según el modelo de enjuiciamiento que se infiere de los arts. 116 y 117 CN el principio republicano impone una separación entre la potestad requirente y la potestad de decidir casos, entonces los jueces tienen vedado como regla imponer medidas restrictivas de la

¹⁰ Causa Nº 35/2015. Registro Nº 206/15. Sentencia del 30 de junio de 2015.

¹¹ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I. “P, MS”. Causa Nº 56962/2014. Registro Nº 173/15. Sentencia del 19 de junio de 2015.

¹² Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III. Causa Nº 28961/2012/12/CNC1. Registro Nº 23/15. Sentencia del 17 de abril de 2015.

libertad del imputado, o de otros de hecho, a título cautelar, si no hay una pretensión actual presentada por el órgano que tiene la potestad requirente”.

- *Cauciones y medidas alternativas a la prisión preventiva*

El Código Procesal Penal de la Nación contempla la posibilidad de establecer **cauciones** para asegurar la comparecencia del imputado y reducir el peligro de fuga sin necesidad de aplicar la prisión preventiva. Es común que, junto con la resolución que concede la excarcelación o revoca la decisión de denegarla, se le imponga al imputado la obligación de concurrir al tribunal en forma mensual o quincenal. Adicionalmente, el tribunal puede establecer una caución real que funciona como una fianza.

El problema surge cuando las fianzas resultan demasiado onerosas para la situación socioeconómica de las personas implicadas en procesos penales. Por este motivo, el CPPN prohíbe la aplicación de cauciones de imposible cumplimiento.

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones ha tenido oportunidad de expedirse sobre esta problemática en el precedente “V, CA”¹³. Allí, la mayoría de la Sala redujo la caución real de \$3000 que estableció un juez de instrucción. Para resolver de ese modo, los magistrados señalaron que:

“...si bien no escapa la situación personal que surge del informe agregado a [la causa] y el hecho de que desde el 25 de septiembre pasado no pudo satisfacer el monto que como caución real se le impuso, esas circunstancias no conducen a una solución diferente sino a la reducción del importe que condiciona su libertad, que siempre debe reflejar la seriedad del compromiso a asumir, en el marco de las negativas pautas puntualizadas. [...] De tal manera, resulta pertinente que se reduzca el monto de la caución real a la suma de trescientos pesos (\$300), en aras de que la excarcelación concedida no se torne de imposible cumplimiento, junto con la obligación de presentarse cada quince días ante el juzgado interviniente”.

En el mismo caso, uno de los jueces, en disidencia, propuso sustituir la caución real por una juratoria:

“...habrá de ponderarse que el tiempo transcurrido desde que se acordó la libertad [bajo caución] el 25 de septiembre pasado, se aprecia como una pauta de la imposibilidad de satisfacer la caución económica tanto por el imputado como por sus allegados.

Además, la situación de calle que se informara [...] lleva a concluir en que aunque se realizara una sustancial reducción del monto fijado, ello escaparía a las posibilidades económicas del imputado, de manera que en el particular caso del sub examen, como una garantía real infringe la prohibición contemplada en el

¹³ Causa Nº 24.783/2015. Sentencia del 14 de octubre de 2015.

artículo 320 in fine del ceremonial, su compromiso juramentado se erige como el único modo de caución aplicable a fin de no frustrar el instituto impetrado”.

Asimismo, en ocasiones se ha relacionado el ofrecimiento de depositar una caución real elevada con la posibilidad de que se realice el peligro de fuga. En este sentido, uno de los magistrados de la Sala VI indicó en el caso “PG, JS”¹⁴ que:

“[t]ampoco puede perderse de vista que en la audiencia se ha ofrecido una caución de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), lo que da pauta de que poseen el dinero suficiente para eludir los controles migratorios”.

Otro aspecto que se debe tomar en consideración sobre esta cuestión es la reforma del Código Procesal Penal (ley Nº 27.063) que incorporó alternativas frente a la prisión preventiva que refuerzan su aplicación como medida de *última ratio*.

Pese a que la normativa procesal sancionada a fines de 2014 no ha sido implementada, ciertos magistrados comenzaron a propiciar su aplicación. Sobre todo, en lo que respecta a la disposición de medidas alternativas al encarcelamiento cautelar.

El caso paradigmático en esta materia es “[A, HR](#)”¹⁵, de la Sala II de la CNCCC. Allí, la Cámara de Casación debió resolver un recurso deducido en razón del rechazo por parte del tribunal oral de una excarcelación con fundamento en que el imputado habría sido mendaz al brindar sus datos personales cuando fue detenido, la pena en expectativa que preveía el delito que se le adjudicaba y la posibilidad de que se lo declare reincidente.

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional rechazó el recurso de casación de la defensa. No obstante, resolvió, por mayoría, morigerar las condiciones de detención del imputado, disponiendo su arresto domiciliario con monitoreo electrónico. A tal fin, alegaron que, si bien se podía considerar verificado el riesgo procesal y, por tanto, determinar que el encierro cautelar no resultaba ilegítimo, era “...imperativo buscar una forma menos gravosa de asegurar la sujeción al proceso”. En consecuencia, explicaron que:

“...el nuevo Código Procesal Penal de la Nación [...] que comenzará a regir en los próximos meses [...] contempla en su art. 177, distintas posibilidades de morigeración de la prisión preventiva o mecanismos alternativos a ella. [P]revé la posibilidad de imponer ‘la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física’ (inc. i); o ‘el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga’ (inc. j) en cualquier estado del proceso, como medida cautelar que asegure su comparecencia o evite el entorpecimiento de la investigación.

[L]os mecanismos contenidos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, relacionados con la medidas morigeradoras o alternativas del encarcelamiento preventivo no pueden menos que resultar pautas orientadoras de la actividad

¹⁴ Causa Nº 51.445/2015. Sentencia del 21 de septiembre de 2015.

¹⁵ Causa Nº 61.537/2014. Registro Nº 489/2015. Sentencia del 25 de septiembre de 2015.

estatal de los distintos poderes, en el sentido de que, pese a la pendiente entrada en vigencia, marcan la dirección hacia la que se dirige el nuevo esquema instrumental para la aplicación de la ley penal. [D]ichos mecanismos, en la medida en que se traducen en el reconocimiento y aplicación de alternativas y/o medidas menos gravosas que las hasta ahora previstas en la ley vigente en orden a la neutralización de los riesgos procesales verificados, no permiten advertir razones que impidan su puesta en práctica; ni resulta posible avizorar gravamen alguno a otras partes del proceso”.

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional se expidió sobre esta cuestión en el caso “[H, A](#)”¹⁶. Allí, la justificación de la imposición de la prisión preventiva se basaba, fundamentalmente, en que el imputado –investigado por la presunta comisión de varios delitos constitutivos de violencia de género– había violado repetidamente las órdenes de prohibición de acercamiento dictadas en el marco de la causa que se le seguía, motivo por el cual –consideró el juez de instrucción– era posible presumir que podía entorpecer la investigación.

La mayoría de la Sala rechazó el recurso y confirmó el encarcelamiento preventivo del imputado. Sin embargo, una magistrada –en disidencia parcial– indicó:

“...resulta imprescindible recordar que el instituto de la prisión preventiva, como medida de coerción estatal constituye la última ratio del sistema, es decir, debe ser la última alternativa que los jueces deben adoptar frente a la necesidad de sujetar a alguien al proceso”.

Por esa razón, la jueza resolvió –con cita del caso “[A, HR](#)”¹⁷ de la CNCCC– que se encontraba habilitada para aplicar el nuevo Código Procesal Penal nacional. En consecuencia, mantuvo la prisión preventiva pero dispuso morigerar las condiciones de detención del imputado para que cumpla la medida cautelar en su domicilio mediante el sistema de vigilancia electrónica.

De modo marginal, algunos de los jueces de la Cámara de Casación y de la Cámara de Apelaciones intentaron aplicar la normativa que trae el nuevo Código Procesal Penal de la Nación e imponer restricciones menos gravosas que la privación de la libertad para asegurar los fines del proceso penal. Sin embargo, la utilización de las medidas previstas en el nuevo ordenamiento procesal no se ha extendido de manera significativa.

- *Riesgo de fuga*

En lo referente a los peligros procesales, los tribunales han juzgado el peligro de fuga a partir del arraigo del imputado, la actitud que asumió al momento de ser detenido por la policía, la gravedad del delito que se le atribuye y la pena que podría recaer en caso de dictarse una

¹⁶ Causa Nº 21.335/2015. Sentencia del 8 de octubre de 2015.

¹⁷ Causa Nº 61.537/2014. Registro Nº 489/2015. Sentencia del 25 de septiembre de 2015.

condena. En razón de estos elementos, los tribunales nacionales evalúan si existe peligro de fuga y, eventualmente, aplican o mantienen la prisión preventiva.

Arraigo

La carencia de un domicilio o residencia estable es el principal motivo que esgrimen los tribunales para presumir la existencia del riesgo de fuga. Esta cuestión se complejiza especialmente cuando se trata de procesos seguidos a personas que no cuentan con una residencia de su propiedad o de su familia (porque alquilan, porque residen en hoteles o porque se encuentran en situación de calle) o inmigrantes (en particular, cuando se encuentran en situación irregular).

En este orden de ideas, podemos citar, por ejemplo, la resolución de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones, en el caso “I, EA”¹⁸, donde se indicó:

“[el arraigo del imputado] es dudoso por cuanto al ser detenido refirió que vivía en situación de calle [...], al ser indagado, que lo hacía en [...], lo que aún no pudo ser constatado. [...] Todas estas circunstancias constituyen pautas objetivas que acreditan el riesgo real de sustracción del imputado a la marcha regular del proceso y justifican la restricción de su libertad...”.

La Sala de ferias resolvió, en el mismo sentido, “R, WH”¹⁹ en el que señaló:

“[el] arraigo [del imputado] se advierte precario por cuanto si bien la defensa oficial informó que su pareja indicó que de recuperar su libertad R residiría con ella en su domicilio [...], lo cierto es que al ser detenido sostuvo que se encontraba en ‘situación de calle’ [...] y que no posee buena relación con su madre con quien vivió durante un tiempo...”.

Del mismo modo, la Sala V, en el fallo “I, DE”²⁰, descartó la posibilidad de establecer arraigo suficiente en la audiencia de apelación:

“...se advierte que el encausado al ser detenido aportó el domicilio de su ex mujer, donde ésta informó que no vive en el lugar y, posteriormente, en su descargo señaló que se domicilia con su madre, circunstancia reconocida por ella [...] quién además concurrió a la audiencia, lo que da cuenta que tiene domicilio pero no tiene un arraigo fehaciente” .

En términos generales, los jueces han interpretado muy restrictivamente el derecho a permanecer en libertad durante el proceso. Ello a punto tal de considerar que cede frente al menor contratiempo relativo a la acreditación de un domicilio. Esto resulta especialmente grave porque suele devenir en la aplicación de un criterio discriminatorio por el que se encarcela

¹⁸ Causa Nº 63.313/2015/2. Sentencia del 23 de noviembre de 2015.

¹⁹ Causa Nº 76.451/2014. Sentencia del 9 de enero de 2015.

²⁰ Causa Nº 11.874/2015. Sentencia 7 de abril de 2015.

cauteladamente a las personas que no cuentan con recursos económicos suficientes para acceder a una vivienda.

Sin perjuicio de ello, algunos magistrados de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional han trabajado para definir y delimitar el concepto de “arraigo” de un modo más igualitario. En el precedente “[C, RF](#)”²¹, la Sala I de la CNCCC realizó una distinción entre la posibilidad de contar con arraigo y el concepto de domicilio estable. En ese sentido, uno de los jueces afirmó que:

“...el arraigo puede existir aunque no se tenga [...] por la especial situación de marginalidad, la posibilidad de acceder a una vivienda estable. De esta manera [...] esto no puede constituirse en un criterio para denegar la excarcelación porque implicaría discriminar el derecho a gozar de la libertad sobre la base de las condiciones sociales altamente desfavorables”.

De esta manera, la Cámara no sólo se apartó de la identificación del “arraigo” con la idea de tener un domicilio estable, sino que relacionó esta forma de interpretar la norma con pautas discriminatorias.

Por otro lado, el concepto de “arraigo” suele ser especialmente problemático para los extranjeros, especialmente para aquellos que no han regularizado su situación migratoria o no tienen residencia estable en el país.

Para ilustrar este punto, podemos mencionar lo resuelto por la Sala IV de la CNACC en el fallo “LM, M”²²:

“[a] estos datos objetivos se aduna la circunstancia de que siendo extranjero aún no ha regularizado su situación migratoria, pese a que habría ingresado al país en el año 2000, lo cual traduce la precariedad de su arraigo en el territorio nacional. Los extremos referidos tornan ineludible la restricción de la libertad ambulatoria para asegurar la realización del juicio, en tanto no se presenta viable la adopción de otra medida menos gravosa para tal fin”.

De igual modo, la Sala VI de la CNACC se pronunció de manera similar en “SR, N”²³. Allí, uno de los magistrados explicó:

“...pondero que [el imputado] no tiene arraigo ya que desde su ingreso al país se habría alojado ocasionalmente en diferentes hoteles de pasajeros [...] y, principalmente, que su situación migratoria actualmente es irregular [...], debido a que según informó la Dirección Nacional de Migraciones no registra trámite de radicación vigente y entró al país en calidad de turista con una permanencia autorizada de 90 días, la cual se encuentra vencida a la fecha”.

²¹ Causa Nº 34.535/2015. Registro Nº 358/2015. Sentencia del 20 de agosto de 2015.

²² Causa Nº 5730/2015. Sentencia del 24 de febrero de 2015.

²³ Causa Nº 67.014/2014. Sentencia del 9 de febrero de 2015.

La situación de los extranjeros y la identificación del concepto de “arraigo” con la residencia regular en el país también fue objeto de análisis por parte de la CNCCC. En el fallo “[G, RG](#)”²⁴, la Sala I concedió la excarcelación al imputado, un extranjero que no había regularizado su situación migratoria. Sobre este punto, uno de los jueces que participó de la decisión afirmó:

“...no debe confundirse el arraigo con la residencia irregular de un extranjero en el territorio de la Nación Argentina. Mientras que el arraigo es el fruto de una decisión libre y voluntaria de establecerse de modo permanente en un determinado lugar y medio, la calificación de regular o irregular de la residencia del extranjero, aunque sujeta a las cargas, condiciones y límites que impone la ley migratoria, sólo es relevante para determinar las consecuencias de esa calificación, en particular, para el ejercicio de ciertos derechos civiles, como el derecho a trabajar, y a ciertos aspectos de la seguridad social, y el derecho del Estado a regular su permanencia, o incluso a expulsarlo. En este segundo sentido, la residencia irregular no tiene el mismo peso que la existencia o inexistencia de arraigo al evaluar los indicios de riesgo de fuga”.

Nuevamente, el magistrado criticó la asociación sin solución de continuidad de la condición de extranjero con situación migratoria irregular a la falta de arraigo cuando, en realidad, no se trata de conceptos equivalentes. A su vez, se hizo referencia a la situación de marginalidad y a la ausencia de una vivienda estable. En este sentido, afirmó que:

“...debe evitarse una interpretación en la cual se identifique automáticamente cualquier característica del hecho con el riesgo de fuga. [...] Tengo dicho que una situación de extrema marginalidad, sin domicilio fijo, y sin un marco de continencia o de vida familiar mínimamente estable, no puede ser tomado como dirimente al momento de enjuiciar el riesgo de fuga, si ello conduce a que quienes se encuentran en esa situación de desamparo no gocen del derecho a permanecer en libertad durante el proceso que se les reconoce a quienes no se encuentran arrojados a ese estado de marginalidad. Aunque pertinente, las inferencias que se extraigan exigen un examen estricto...”.

Otro fallo en el que se discutió esta cuestión es “[RL, LA](#)”²⁵, de la Sala II CNCCC. Allí, se explicó que, si bien la situación irregular en el país de un extranjero no puede, por sí sola, constituir el motivo por el cual se presume el peligro de fuga, esa circunstancia puede tomarse en consideración dentro de un conjunto de elementos orientados a constatar la existencia de riesgo de fuga. En este sentido, los jueces afirmaron que, en el caso concreto,

“...se trata de una persona extranjera que se encuentra irregularmente en territorio nacional, respecto de la cual no contamos con información fehaciente y documentada que permita su correcta individualización. Sólo conocemos, en virtud de sus propias manifestaciones al momento de producirse su aprehensión, que se llamaría LAL y que sería de nacionalidad colombiana. Si bien aportó un número de documento de su país de origen, explicó también, sin dar mayores precisiones, que

²⁴ Causa Nº 23.361/2015. Registro nº 197/15. Sentencia del 29 de junio de 2015.

²⁵ Causa Nº 1235/2013/TO1/CNC2. Registro Nº 149/15. Sentencia del 2 de abril de 2015.

lo había extraviado, por lo que de momento se encuentra indocumentado [...]. En definitiva, no sólo se desconoce certeramente su identidad, sino también la fecha y el modo en que habría ingresado al territorio nacional, circunstancia de la cual no existen, al menos en estas actuaciones, registros oficiales [...]. De esta manera, las condiciones que presenta el caso en estudio permiten sostener que existe riesgo procesal de fuga en cabeza del imputado”.

Por último, la CNCCC ha relacionado la existencia de “arraigo” con la necesidad de imponer una caución como medio para evitar la prisión preventiva y, a su vez, generar una obligación que comprometa al imputado a presentarse cada vez que se lo requiera. En este sentido, la Sala III de la CNCCC, en el fallo “[G, PA](#)”²⁶, consideró que:

“...al momento de resolverse el rechazo de la excarcelación, ya estaba acreditado que G contaba con un domicilio donde residir en caso de recuperar su libertad – esto es, arraigo suficiente para asegurar su sujeción a la justicia y la eventual aplicación de la ley– [...]. En efecto, en el caso se advierte toda ausencia de análisis de si algún tipo de caución, o algún tipo de compromiso de comparecer periódicamente a la sede judicial, eran eficaces para dicho cometido, preservando así el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo...”.

Actitud del imputado al momento de la detención

Otro parámetro utilizado a la hora de determinar o presumir el riesgo de fuga es el **comportamiento del imputado antes de ser detenido por la policía**: es común que los tribunales consideren la actitud del acusado al momento de su detención y el acatamiento de la orden que le imparten las fuerzas policiales. Estos elementos son utilizados como indicadores de la actitud que asumirá el imputado en el futuro en el marco del proceso.

Al respecto, en el citado fallo “G, PA”, la CNCCC hizo referencia a esta problemática. Allí, los jueces afirmaron que:

“[no] es válido que la jurisdicción considere un supuesto de riesgo procesal de fuga, la circunstancia de que el presunto autor, durante la comisión del hecho, no habría acatado la orden de detención que se le impartiera [...]. [L]a noción de ‘hecho procesal’ abarca a todo aquello que los autores clásicos denominan como ‘devenido episodio de la vida, relevante para el derecho penal, y proyectado al presente a causa de una imputación. Es justamente la *res iudicanda* [...] la materialidad fáctica que se habrá de discutir en juicio [...]. Así entonces, la caracterización fenomenológica de este ‘hecho procesal’ [...] nada tiene que ver con lo que se conoce como ‘conducta procesal del imputado’, que necesariamente tiene que ser algo distinto del objeto del proceso. Y mal puede afirmarse como demostrado, o probado, sin seria lesión al principio de inocencia, nada de ‘la imputación’, que bajo el ropaje de peligro procesal, pretenda ser fundante de medidas cautelares”.

²⁶ Causa Nº 72.276. Registro Nº 67/15. Sentencia del 13 de mayo de 2015.

De esta forma, se descarta la identificación de la conducta del imputado al momento del hecho o al momento de la detención con su posible ‘actitud procesal’. En el precedente “D, GH”²⁷ ocurrió lo mismo. En este caso, la Cámara explicó que:

“[no] puede considerarse un supuesto de riesgo procesal de fuga la circunstancia de que los presuntos autores hubiesen intentado retirarse del lugar del hecho, puesto que ello se corresponde con el objeto procesal y, claramente, no puede formar parte del contexto del cumplimiento de obligaciones procesales por parte del imputado”²⁸.

A una conclusión similar llegó uno de los magistrados de la CNCCC en su análisis en el fallo “S, SN”²⁹, de la Sala III. Sin embargo, en este caso, el razonamiento aludió directamente a la garantía contra la autoincriminación:

“[el argumento utilizado por el *a quo* vinculado a que] el imputado no se entregó al momento de la ejecución del hecho [...] representa un argumento que pone en juego la garantía de que nadie está obligado a entregar armas al Estado contra sí mismo (art. 18 CN). [D]e la circunstancia de que frente a la supuesta comisión de un hecho una persona se dé a la fuga en lugar de entregarse voluntariamente a la autoridad policial, no puede deducirse válida y razonablemente una presunción de peligro de fuga...”.

Gravedad del delito y pena en expectativa

Otro de los criterios utilizados por los tribunales para considerar el riesgo de fuga es la **gravedad del delito investigado y la pena que podría recaer en caso de dictarse una sentencia de condena**. En particular, los tribunales suelen presumir peligros procesales cuando la pena en expectativa supera los tres años de prisión y, por ende, no puede ser dejada en suspenso. Acerca de esta cuestión, en el fallo “N, JA”³⁰ uno de los magistrados de la Sala II de la CNCCC precisó que:

“...una de las pautas primeras a considerar es la severidad de la pena en expectativa, a lo que sigue el examen de las condiciones personales del imputado: arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de los negocios, facilidades para abandonar el país, actitud adoptada por el imputado en ese procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Se trata, en definitiva de elaborar una teoría del riesgo procesal que tome en cuenta todos estos parámetros, y así interpretar las reglas procesales que regulan la cuestión”.

²⁷ Causa Nº 9909/2015. Registro Nº 43/15. Sentencia del 28 de abril de 2015.

²⁸ En idéntico sentido, “R, A”. Causa Nº 9909/2015. Registro Nº 45/15. Sentencia del 28 de abril de 2015.

²⁹ Causa Nº 56405/2015/1. Registro Nº 734/2015. Sentencia del 9 de diciembre de 2015.

³⁰ Causa Nº 71.238/2014. Registro Nº 13/2015. Sentencia del 10 de abril de 2015.

A su vez, la Cámara de Casación descartó que la pena en expectativa puede ser utilizada, *per se*, como un motivo legítimo para presumir el peligro de fuga. En esta dirección, en el caso “[O, J](#)”³¹, la Sala II se expidió acerca de la posibilidad de excarcelar a una persona imputada por la comisión de delitos contra la integridad sexual. Los magistrados comenzaron su análisis con la siguiente explicación:

“...el delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal en calidad de autor [...], cuya escala penal es de seis a quince años de prisión. En virtud de lo cual, bajo un primer análisis sobre la base de lo previsto en los arts. 316 y 317 inc. 1º, de CPPN, no sería factible la concesión del instituto”.

Sin perjuicio de ello, al considerar el resto de los parámetros establecidos en la normativa procesal, indicaron:

“...en lo que refiere a las condiciones personales del imputado, no puede perderse de vista que el imputado ha brindado un domicilio fehaciente [...], donde residiría una vez le sea otorgada la libertad, lo que le permitiría retomar el vínculo con sus hijos. Asimismo, cabe destacar que se identificó correctamente en estas actuaciones y no registra otras causas en trámite ni declaraciones de rebeldía previas.

[S]e verifica cierto peligro de fuga, pero que carece de una entidad tal que justifique la privación de libertad durante el proceso. Por todo ello, corresponde que el imputado transite el proceso en libertad, condicionado ello, a la imposición de una caución que resulte de suficiente rigurosidad para neutralizar el riesgo indicado, la que deberá ser establecida por el tribunal de origen, junto con las pautas de conducta que estime adecuadas para asegurar su comparecencia”.

- *Entorpecimiento de la investigación*

Los tribunales nacionales, por otro lado, evalúan la posibilidad de que el imputado permanezca en libertad durante el proceso tomando en consideración la averiguación de la verdad y, por ende, el **resguardo del material probatorio** orientado a ese objetivo. A tal efecto, los tribunales evaluaron los siguientes elementos: la posibilidad de que se coaccione a los testigos, la relación del imputado o su cercanía con la víctima, que no se hubieran identificado a otros coimputados y la reiteración delictiva.

Intimidación de testigos

Es usual que a partir de las características del hecho ilícito investigado los tribunales presuman que el imputado podría **amedrentar o coaccionar a las víctimas o testigos del caso**. De esta forma, justifican el peligro de entorpecimiento del proceso que habilita la imposición de la prisión preventiva. En este sentido, por ejemplo, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones

³¹ Causa Nº 74012/2014/1. Registro Nº 375/2015. Sentencia del 28 de agosto de 2015.

en lo Criminal y Correccional explicó en un caso de robo cometido con la utilización de un “pico de botella” que:

“...la violencia desplegada durante la comisión del hecho, constituye una pauta cierta a tener en consideración al momento de evaluar que el damnificado pudiera ser intimidado por el imputado de encontrarse en libertad en razón de la necesaria comparecencia de aquella ante el tribunal de juicio”³².

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación revisó la utilización de este tipo de criterio al resolver la concesión de una exención de prisión³³. Así, en un caso en el que se les adjudicaba a dos personas formar parte de una asociación ilícita que amenazó a un grupo de individuos, indicó que:

“...el argumento relativo a que no se detectaron circunstancias que puedan acreditar objetivamente la posibilidad de entorpecimiento del proceso por amedrentamiento de víctimas y testigos también debe ser receptado de manera favorable, pues asiste razón al recurrente al sostener que durante la permanencia en libertad de su defendido no se han detectado elementos objetivos que avalen aquello que afirman los jueces que conforman la mayoría [de la Cámara de Apelaciones].

En consecuencia, un nuevo examen de la situación demuestra, con mayor énfasis, que siguen sin demostrarse esos datos objetivos, más allá de la imputación que se dirige, que se presenta como el único indicador del riesgo procesal que se utiliza para denegar el pedido de exención de prisión que se solicita, lo que torna la decisión en jurídicamente arbitraria, atento a la necesidad de separar las cuestiones sustantivas de las procesales”.

Relación con la víctima

Los tribunales locales, además, justifican la existencia de este riesgo procesal a partir de la **relación que pudieran tener el imputado y la víctima**. Por ejemplo, la Sala V de la Cámara de Apelaciones, en el caso “AF, IJE”³⁴, sostuvo que:

“...en cuanto al riesgo de entorpecimiento del proceso, se consideran las características de los episodios [...] en cuanto se presentan como actos cuya naturaleza puede ser considerada como de ‘violencia de género’ y que, en función de sus características (amenazas de muerte, intimidación referida a la posibilidad de sustracción de su hijo y agresiones físicas, entre otras acciones disvaliosas), ameritan presumir un probable riesgo de intimidación hacia sus víctimas, que justifica razonablemente la privación de libertad decidida, máxime cuando conoce su residencia y los lugares que frecuentan”.

³² “PV, YP”. Causa N° 63.301/15.2. Sentencia del 19 de noviembre de 2015.

³³ “C, JM”. Causa N° 37.902/2015. Registro N° 72/2016. Sentencia del 11 de febrero de 2016.

³⁴ Causa N° 6558/2014. Sentencia del 11 de marzo de 2015.

Del mismo modo, con un criterio similar, la Sala IV de la Cámara de Apelaciones resolvió el caso “H, Y”³⁵. En este precedente se afirmó que:

“...la cercanía entre la vivienda de la damnificada y aquella en la que residiría el imputado, conduce también a inferir un riesgo de entorpecimiento de la investigación, ante un posible amedrentamiento del que aquella podría ser víctima en caso de que se accediera a la soltura del encausado”.

Esa decisión, sin embargo, fue revocada por la Cámara de Casación³⁶. Sobre este argumento en particular, el tribunal explicó:

“...con relación a la actitud que pudiera asumir frente a la víctima amedrentándola y dificultando el descubrimiento de la verdad, amén de no vislumbrar circunstancias objetivas que permitan sostenerlo, entiendo que ese riesgo puede ser neutralizado en forma subsidiaria con una medida menos agresiva, imponiéndole prohibición de acercamiento a la perjudicada y a su vivienda (art. 310 del C.P.P.N.)”.

Identificación de coautores

Por otro lado, es usual que, en aquellos **casos en los que no se pudo individualizar a todas las personas que participaron en el hecho ilícito**, se invoque el peligro de entorpecimiento de la investigación para rechazar las excarcelaciones de las personas sometidas a procesos. En esta línea, la Sala I de la Cámara de Apelaciones explicó en “MC, MM”³⁷:

“...en el presente caso concurren otras circunstancias que, objetivamente valoradas, permiten presumir [...] que en caso de recuperar la libertad se presentará la pauta impeditiva de entorpecimiento de la investigación prescripta en el artículo 319 del CPPN. En efecto, la soltura anticipada de [MC] puede atentar contra la individualización de sus consortes en autos, quienes se dieron a la fuga con el dinero sustraído”.

De esta forma, los tribunales han relacionado el entorpecimiento de la investigación que justifica la privación de la libertad con la imposibilidad de identificar a los posibles coimputados de la persona detenida. Así, por ejemplo, la Sala VI de la CNACC afirmó en el caso “A, JA”³⁸ que:

“[e]n cuanto al de entorpecimiento, resulta insoslayable que el imputado al ampliar su declaración indagatoria, oportunidad en la que explicó por qué se había expedido con anterioridad en la forma en la que lo hizo, brindó los datos de los supuestos autores.

Por otra parte, las diligencias que restarían practicar están dirigidas a lograr la detención de sus cómplices. Entonces no se advierte cómo podría impedir el avance

³⁵ Causa Nº 9909/2015/2. Sentencia del 11 de marzo de 2015.

³⁶ Causa Nº 9909/2015. Registro Nº 44/2015. Sentencia del 28 de abril de 2015.

³⁷ Causa Nº 28.311/2015. Sentencia del 8 de junio de 2015.

³⁸ Causa Nº 973/2015. Sentencia del 27 de mayo de 2015.

del proceso cuando, justamente, junto con su familia fue quién acercó la información.

Se agrega que todos los testigos ya fueron escuchados lo que suprime el riesgo de que pudiera ejercer presión sobre ellos para que efectúen un relato que lo favorezca”.

La Cámara de Casación también ha tenido oportunidad de expedirse sobre este tema. En efecto, en el caso “Q, RD”³⁹, la Sala II de la CNCCC indicó que:

“...no se ha justificado el peligro de entorpecimiento, porque aunque otros posibles cómplices se hayan dado a la fuga, y puedan entorpecer el procedimiento, no se explica por qué motivo podrían entorpecerlo con el imputado estando en libertad, y no con él estando en detención, por lo que esto es un argumento aparente”.

Imputación en otros procesos penales

A su vez, los tribunales consideraron que la **circunstancia de que una persona se encuentre implicada en varios procesos penales es un elemento del que se podría inferir la presunción de entorpecimiento de la investigación**. La CNCCC cuestionó esta clase de argumentación en el fallo “E, LI”⁴⁰ en el que estableció que:

“[e]l argumento usado por el tribunal nada tiene que ver con el peligro de entorpecimiento y en verdad parece enmascarar que lo que se está haciendo es utilizar el encarcelamiento preventivo como forma de evitar la comisión de delitos. En suma, se actúa preventivamente respecto de hechos –hipotéticos– que aún no han tenido comienzo de ejecución, con la consecuente afectación al principio de reserva”.

c.2. Proporcionalidad de la prisión preventiva

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional puso de manifiesto, además, serios problemas referidos a la proporcionalidad de las detenciones cautelares dispuestas en el ámbito nacional.

Uno de los primeros pronunciamientos de la Cámara de Casación referidos a esta cuestión tuvo lugar en el caso “RL, LA”⁴¹. Allí, la Sala II debió expedirse sobre la privación de la libertad que se le había impuesto a una persona que carecía de antecedentes penales y se encontraba imputada por la comisión de un robo. RL podría haber accedido a una medida alternativa de resolución del conflicto (suspensión del proceso a prueba) o, en el peor de los casos, habría podido ser condenado a una pena de ejecución en suspenso. Sin embargo, se lo encarceló preventivamente porque no contaba con domicilio, sus datos personales resultaban inciertos, se encontraba en una situación migratoria irregular y por haber sido declarado rebelde durante un tramo del

³⁹ Causa Nº 64.292/2015. Registro Nº 33/2016. Sentencia del 21 de enero de 2016.

⁴⁰ Causa Nº 75.386/2015. Registro Nº 201/2016. Sentencia del 23 de marzo de 2016.

⁴¹ Causa Nº 1235/2013/TO1/CNC2. Registro Nº 149/15. Sentencia del 22 de abril de 2015.

proceso. Cuando la Cámara decidió excarcelarlo, el imputado había permanecido cuatro meses y dieciocho días detenido cautelarmente. Para proceder de esta forma, se consideró que:

“[I]a constatación de los peligros procesales que justifican una medida de encarcelamiento preventivo, no exime a los jueces de realizar un control acerca de su razonabilidad, especialmente en aquellos casos en que, por su duración, esa medida, originalmente justificada, puede tornarse desproporcionada [...]. Sobre esta base, vemos en este caso que el imputado ha sido requerido a juicio por un hecho cuya subsunción legal es la de robo simple, que prevé un monto punitivo que va desde una mes hasta seis años de prisión. Su situación, es este aspecto, encuadra dentro de la hipótesis permisiva a la que prevén los arts. 316, 2º párrafo y 317 inc. 1º CPPN. Pero además, RL carece de antecedentes penales. [...] Frente a ello, el tiempo que lleva en detención preventiva (cuatro meses y dieciocho días) resulta desproporcionado en función de los fines que se persiguen, dado que a lo que se apunta es a asegurar la realización de un juicio del que es factible y posible esperar, como consecuencia, una pena cuyo cumplimiento podría ser dejado en suspenso”.

Una vez en libertad, el imputado accedió a la suspensión del proceso a prueba.

La Sala III de la CNCCC se pronunció en un sentido similar en el caso “[G, PA](#)”⁴². Aquí, como sucedía en el caso anterior, se le atribuía a una persona sin antecedentes condenatorios un delito por el que pudo haber accedido a la suspensión del proceso a prueba o a una pena de ejecución en suspenso. El tribunal, no obstante, le había rechazado la excarcelación por haber brindado un nombre falso al ser detenido por la policía.

Cuando intervino la Cámara de Casación, el imputado había permanecido cinco meses y dieciséis días privado de la libertad. El tribunal lo excarceló. A tal fin, argumentó que:

“...los cinco meses que ya lleva provisoriamente detenido el justiciable, contrariamente a lo afirmado por el tribunal de mérito, sí resultan desproporcionados, desde una perspectiva material, puesto que el costo que se paga para el aseguramiento cautelar es demasiado oneroso en miras al interés que se pretende tutelar. Que esto es así, no surge de comparar cinco meses frente a un año y seis meses de prisión, sino de confrontar encierro preventivo con condena de ejecución condicional, es decir, de la sinrazón que implica que alguien esté preso cuando inocente y en libertad cuando culpable, que es el peor escenario para G”.

Otro caso interesante de reseñar es “D, GH” en el que la Sala V de la Cámara de Apelaciones había confirmado el rechazo de la excarcelación requerida por una persona que, en el marco del proceso que se le seguía, podía ser condenada a una pena de ejecución condicional o solicitar la suspensión del proceso a prueba; además, contaba con un dictamen fiscal favorable a la libertad. El tribunal había entendido que de la causa se desprendían elementos que permitían presumir cierto peligro de fuga (intentó huir de la policía al ser detenido, “el suceso es grave”) y de

⁴² Causa Nº 72276/TO1/2/CNC1. Registro Nº 67/15. Sentencia del 13 de mayo de 2015.

entorpecimiento del proceso (vive cerca de la vivienda de la damnificada). Esta decisión, sin embargo, fue revocada por la Sala III de la Cámara de Casación⁴³ por los siguientes motivos:

“[P]or el mínimo con que viene conminado el delito de robo en poblado y en banda por el que el detenido fue procesado –de 3 años de prisión, cf. Art. 167.2 CP [...]– y la ausencia de antecedentes penales condenatorios [...], la pena esperada podría razonablemente ser de ejecución condicional a la luz de lo previsto en el art. 26 del CP, o sería viable incluso la suspensión del proceso en los términos del art. 76 bis CP”.

“[E]l imputado cuenta con 19 años de edad, residencia y contención familiar [...], arraigo suficiente para asegurar en este estado su sujeción a la justicia y la eventual aplicación de la ley”.

“[C]on relación a la actitud que pudiera asumir frente a la víctima amedrentándola o dificultando el descubrimiento de la verdad, amén de no advertir circunstancias objetivas que permitan sostenerlo entiendo que ese riesgo puede ser neutralizado en forma subsidiaria con una medida menos agresiva, imponiéndole prohibición de acercamiento a la perjudicada y a su vivienda”.

“[T]ampoco puede considerarse un supuesto de riesgo procesal de fuga la circunstancia de que los presuntos autores hubiesen intentado retirarse del lugar del hecho, puesto que ello se corresponde con el objeto procesal y, claramente, no puede formar parte del contexto del cumplimiento de obligaciones procesales por parte del imputado”.

En el caso “F, HO”⁴⁴ la Sala II de la Cámara de Casación resolvió un pedido de libertad respecto de una persona imputada por el delito de robo tentado –cuya escala penal es de quince días a cuatro años de prisión– pero que, por sus antecedentes penales, podía ser condenado a una pena de prisión de efectivo cumplimiento. Sin embargo, la Cámara se pronunció a favor del pedido de la defensa. Para ello, explicó que:

“...el plazo de dos meses y trece días que lleva en detención preventiva [el imputado] resulta desproporcionado, atento al fin que se persigue mediante la imposición de esta medida cautelar, por lo que resulta plausible el planteo efectuado por la defensa. Es que esa relación no fue considerada en la sentencia que se revisa, toda vez que, si bien se contempló el peligro de fuga, que efectivamente existe, no se tuvo en cuenta la proporcionalidad de la medida cautelaren análisis frente al mínimo de la pena en expectativa, máxime cuando el asunto se encuentra aún en la etapa de instrucción”.

⁴³ Causa Nº 9909/2015. Registro Nº 43/15. Sentencia del 28 de abril de 2015.

⁴⁴ Causa Nº 7671/2015. Registro Nº 28/15. Sentencia del 22 de abril de 2015.

En “H, YA”⁴⁵ y “R, A”⁴⁶ se presentaron casos prácticamente análogos a “F, HO”⁴⁷. La Sala III de la Cámara de Casación revocó ambas decisiones de la Cámara de Apelaciones y excarceló a los imputados.

Por otro lado, en “R, AA”⁴⁸, la Sala III de la CNCCC se expidió sobre la libertad de una persona a la que la Cámara de Apelaciones le había denegado la excarcelación por haber cometido –presuntamente– un delito “de características graves” (aunque, en rigor, habría podido ser condenado a una pena de ejecución en suspenso y su participación consistió, presuntamente, en entregar un teléfono celular a uno de los autores del delito que se investigaba). Los jueces de la Cámara de Casación consideraron que esa decisión presentaba fuertes defectos de fundamentación:

“...la decisión en examen se limitó a afirmar de modo dogmático que lo atribuido al inculpado presentaba características de gravedad, sin explicar en absoluto en qué consistían tales características, en relación con la conducta en concreto considerada como jurídicopenalmente relevante. De ese modo se desatendió, de forma absoluta, la circunstancia de que el auto de procesamiento dictado respecto de Romero [...] se fundamenta exclusivamente en la sospecha de que él habría entregado un aparato celular a uno de los supuestos ejecutores del hecho, quien a su vez, lo habría utilizado en algún momento de la comisión. [A]rgumentar que debido a la gravedad del hecho la sanción aplicable sería de cumplimiento efectivo, pero no detenerse a explicar la razón fáctica que condujo a esa aseveración, y omitir toda consideración acerca de cuáles son los aspectos puntuales de aquello que se afirma como grave, se presenta como una expresión carente de fundamento en los extremos del caso y, por lo tanto, arbitraria.

[E]n cuanto a que el aquí imputado registra otro proceso en trámite en el fuero federal, pues la resolución recurrida omitió una vez más toda consideración con respecto a que en ese otro proceso se ha dictado una falta de mérito en relación a A. A. R.”.

Además, se había aludido a la posibilidad de que el imputado entorpeciera la investigación. Sin embargo, la Cámara de Casación rechazó este argumento por estimar que se lo introdujo de manera “desconectada de los extremos del caso”:

“[e]s que para dar apoyo a esa sospecha de entorpecimiento, se argumentó en la resolución en examen, que existían personas que habrían tomado parte en la realización del suceso ejecutado, en algunos tramos, en la casa de la víctima, y que esas personas se hallan prófugas. De allí se afirmó entonces que tanto los prófugos como los detenidos conocían el domicilio del damnificado y también su rutina, y se

⁴⁵ Causa Nº 9909/2015. Registro Nº 44/2015. Sentencia del 28 de abril de 2015.

⁴⁶ Causa Nº 9909. Registro Nº 45/2015. Sentencia del 28 de abril de 2015.

⁴⁷ Causa 7671/2015. Registro Nº 28/15. Sentencia del 22 de abril de 2015.

⁴⁸ Causa Nº 24.471. Registro Nº 126/2015. Sentencia del 5 de junio de 2015.

infririó, sin más, que ello generaba ‘un riesgo cierto de que R ejerza presión sobre la víctima [en el] caso de recuperar su libertad’...”.

Además, el fallo subrayó que:

“...el delito que se le atribuye permite una eventual condena en suspenso y no se han verificado supuestos de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. Al contrario, se trata de un hombre de setenta años, con residencia fija, familia que lo contiene y padece problemas de salud”.

De modo similar, en “[V, RA](#)”⁴⁹, Sala II de la CNCCC revocó la prisión preventiva dispuesta en perjuicio de una persona imputada por tres robos (dos consumados y uno tentado). En el marco de este proceso, la Cámara de Apelaciones sostuvo que, aunque la escala penal prevista para los delitos imputados permitía conceder la excarcelación solicitada de conformidad con lo previsto en el Código Procesal Penal, subsistían riesgos procesales que imponían adoptar la decisión contraria. A la hora de concederle la libertad a V, la Cámara de Casación explicó que:

“...las conductas ilícitas atribuidas al acusado constituyen el delito de robo simple reiterado en dos oportunidades y robo en grado de tentativa, en calidad de autor (arts. 42, 45 y 164 C.P.), cuya escala penal es de un mes a dieciséis años de prisión, por lo que, sobre la base de lo previsto en los arts. 316 y 317 inc. 1º, CPPN, en caso de recaer condena, ésta podría ser de ejecución condicional. [...] A ello se suma que en estas actuaciones el imputado lleva en detención dos meses y veintiséis días (desde el 17/5/2015)”.

c.3. Principio de inocencia y prisión preventiva: ejecución de sentencias de condena que no adquirieron firmeza

Otro problema presente en las discusiones sobre la aplicación del encierro preventivo tiene que ver con el momento en que comienzan a ejecutarse las sentencias de condena. Muchos tribunales ordenan la detención de los imputados con la emisión de una sentencia condenatoria en primera instancia prescindiendo de la posibilidad de que esa determinación sea impugnada y, eventualmente, revocada por los tribunales de apelación.

De esta forma, la discusión estriba en determinar si la condena en primera instancia es ejecutable; es decir, si habilita al Estado a encarcelar al condenado para que comience a cumplir la pena o si, por aplicación del principio de inocencia, se debe aguardar a que la decisión adquiera firmeza.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación se expidió sobre esta cuestión en el caso “[I, V](#)”⁵⁰. Allí, el Tribunal Oral había dispuesto la privación de la libertad del imputado después de

⁴⁹ Causa Nº 21.412. Registro Nº 339/15. Sentencia del 14 de agosto de 2015.

⁵⁰ Causa Nº 27.722/2008. Registro Nº 602/2015. Sentencia del 30 de octubre de 2015.

condenarlo. La defensa –que había recurrido la sentencia– requirió su excarcelación. La Cámara se pronunció en favor de la libertad de “I, V”. A su entender,

“...el principio de inocencia sólo puede ser destruido por una sentencia de condena que ya no sea susceptible de impugnación alguna. [...] En efecto, el art. 128 CPPN declara que ‘Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas, sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas’. Como se advierte, la regla impide escindir firmeza y ejecutoriedad, salvo las excepciones que la misma ley establece”.

Asimismo, la Sala II de la misma CNCCC, en el caso “[Z, JE](#)”⁵¹ sostuvo que:

“[de la] ‘interpretación estricta del art. 18 C.N. se deduce sin esfuerzo que el principio de inocencia sólo puede ser destruido por una sentencia de condena que ya no sea susceptible de impugnación alguna...’ y que la regla en materia penal está regida por el art. 128, CPPN, principio general que no ha previsto excepción alguna. [C]onstatado que el recurso de queja ante la Corte Suprema no ha sido decidido a la fecha no puede considerarse aún firme ni ejecutable la condena impuesta, pues mientras no se resuelva el recurso pendiente la condena es todavía pasible de ser revocada o reformada”.

La Sala II volvió a pronunciarse sobre esta problemática en “[T, DF](#)”⁵². Allí, el Tribunal Oral, en simultáneo, condenó a una persona que no estuvo sometida a encierro preventivo durante todo el proceso y ordenó su detención. La CNCCC indicó en esta ocasión que:

“...la evidencia de que lo que se está haciendo es *ejecutar una condena no firme* demuestra, por sí sola, que sobre la base de la interpretación de normas de rango legal, se está vulnerando, directamente, el principio de inocencia”.

La mayoría de los jueces de la CNCCC han entendido que justificar el encierro preventivo en cuestiones distintas de los peligros procesales es ilegítimo, incluso, mediando el dictado de una condena no firme. Muchos Tribunales Orales, sin embargo, disponen el encarcelamiento preventivo de las personas que juzgan después de dictar sentencias que aún no han adquirido firmeza. Esto resulta especialmente grave cuando se encuentra en discusión la legitimidad de penas de poca extensión en las que, al decidir la Cámara de Casación acerca del acierto o desacierto de la prisión preventiva, el imputado ha cumplido gran parte o toda la sanción que se le impuso y que todavía no adquirió firmeza.

⁵¹ Causa Nº 36.251/2013. Registro Nº 48/2016. Sentencia del 3 de febrero de 2016.

⁵² Causa Nº 28.050/2010. Registro Nº 202/2016. Sentencia del 23 de marzo de 2016.

d. Mujeres en prisión

El relevamiento de las cifras de mujeres encarceladas y la identificación de ciertos puntos ciegos en el registro de quienes están en arresto domiciliario no permiten extraer conclusiones determinantes sobre la extensión de la aplicación de las medidas alternativas a la prisión para mujeres privadas de libertad. Sin embargo, el análisis de las decisiones judiciales sí nos advierten sobre interpretaciones sesgadas y cerradas que limitan el uso de mecanismos que, en consonancia con las Reglas de Bangkok, busquen evitar el encarcelamiento de mujeres, en especial de quienes son madres o están embarazadas.

Para ilustrar lo expuesto es posible acudir a la investigación *Punición & Maternidad*⁵³, donde la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación ha señalado que las limitaciones al arresto domiciliario están condicionadas por la legislación y la interpretación judicial. Tanto la indeterminación como la inflexibilidad de algunos términos de la ley socavan las posibilidades de acceder al cumplimiento de la detención en un lugar ajeno a una institución carcelaria (MPD, *Punición & Maternidad*, 2016).

El artículo 10 de la ley 26.472 establece:

“Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: ...e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

En distintas instancias y diferentes jurisdicciones, los jueces han limitado la concesión de arrestos domiciliarios con argumentos que ilegítimamente restringen la posibilidad de que el sentido de las Reglas de Bangkok se vea cristalizado en la práctica judicial. En efecto, se han encontrado interpretaciones sumamente restrictivas de ciertos aspectos de la ley, cuyo efecto inmediato ha sido reducir su ámbito de aplicación y el rango de personas que pueden ser beneficiadas por ella.

d.1. Límite etario de los niños

Uno de los puntos centrales en discusión se refiere al límite etario que impone la ley respecto de los niños bajo el cuidado de la madre. Así, algunos tribunales han rechazado las solicitudes de arresto domiciliario por el solo hecho de haber cumplido la niña o niño los cinco años de edad⁵⁴. Esta interpretación ha sido rechazada por otros juzgados por considerar que resulta violatoria de los Tratados internacionales.

⁵³ <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Genero%20Arresto%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf>

⁵⁴ En el caso “M.N.G.” se rechazó la solicitud de arresto domiciliario pese a que los cinco hijos de la imputada se encontraban bajo su exclusivo cargo, pues el padre de los niños había fallecido (Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1. Causa N° 1735. Sentencia del 17 de febrero de 2010).

Por ejemplo, la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico entendió que una interpretación que deniegue el acceso al arresto domiciliario a mujeres con hijos mayores de cinco años resultaría “rigurosamente literal” y contraria a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁵⁵. Asimismo, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que “[...] la edad de la niña no obsta la concesión de la prisión domiciliaria en los casos en que su interés de jerarquía constitucional se encuentre comprometido [...]”⁵⁶. En la misma dirección, la Sala I de la CFCP sostuvo que “[...] el interés superior del niño es un concepto flexible que debe ser redefinido en cada caso puntual atendiendo a sus particularidades específicas”.⁵⁷

d.2. El requisito de discapacidad

En relación con este punto, los tribunales han realizado interpretaciones incompatibles con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se la define como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Esta circunstancia se puede apreciar, por ejemplo, en el caso “T., G. o R., M.”⁵⁸, en el que se solicitó el arresto domiciliario en razón de que la imputada era madre de dos hijos que padecían patologías graves que requerían cuidados especiales, pero el pedido fue rechazado por considerar que la solicitud no encuadraba estrictamente en la hipótesis prevista en el artículo 32, inciso f), de la ley N° 24.770, ya que las enfermedades no podían ser consideradas como una discapacidad. Así también ocurrió en el caso “N.L.D.”⁵⁹, en donde el juez entendió que un niño con una discapacidad motriz parcial no quedaba abarcado bajo las previsiones del inciso “f” del artículo 32 de la ley N° 24.660, pese a que la ley no determina ningún número o porcentaje mínimo de “discapacidad” para la concesión de la prisión domiciliaria.

d.3. El arresto domiciliario y los riesgos procesales

Otro importante obstáculo que enfrentan las mujeres para acceder al arresto domiciliario es la valoración judicial de requisitos no previstos por la ley N° 26.472. En este sentido, muchos pedidos de prisión domiciliaria suelen ser rechazados por los tribunales en razón de la existencia de peligros procesales o por las características del delito imputado.

⁵⁵ “HO, J”. Causa N° 9515. Sentencia del 3 de marzo de 2009.

⁵⁶ “C, MV”. Causa N° 16.346. Sentencia del 3 de mayo de 2013. Se reitera idéntica interpretación en el fallo “A, MG”. Causa N° 15214/2013. Sentencia del 2 de junio de 2014.

⁵⁷ “S, SB”. Causa N° 15.965. Sentencia del 22 de agosto de 2012.

⁵⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV. Causa N° 1839. Sentencia del 9 de diciembre de 2010.

⁵⁹ Juzgado Correccional N° 13. Causa N° 24082. Sentencia del 6 de enero de 2010.

El estudio de resoluciones judiciales permitió constatar que constituye una práctica extendida entre los tribunales nacionales la utilización de argumentos referidos a la gravedad del hecho, el monto de la pena en expectativa, la extensión del daño causado, los medios empleados para su comisión o la imposibilidad de ejecución condicional de la pena, con el propósito de rechazar el arresto domiciliario de las mujeres que califican para acceder a ese modalidad morigerada⁶⁰. De esta manera se restringe el acceso al arresto a las personas que aún no han sido condenadas en clara violación a los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de presunción de inocencia. A la luz de esos principios, sería incongruente sostener que el ordenamiento jurídico prevé el otorgamiento de la prisión domiciliaria a personas que han sido condenadas, y la prohíbe a quienes sólo están acusadas de la participación en un delito. Cabe remarcar, además, que el arresto domiciliario no constituye un cese de la detención cautelar ni su suspensión, sino una alternativa para situaciones especiales en las que el encierro carcelario es sustituido por uno domiciliario. En definitiva, se trata de una modalidad atenuada de privación de libertad, pero que siempre implica una restricción de la libertad personal y de otros derechos fundamentales.

Lejos de ser interpretada como un sucedáneo morigerado de la prisión preventiva, la detención domiciliaria es considerada por las y los operadores judiciales como si fuese una excarcelación u otra solución liberatoria por lo que evalúan la existencia de riesgos procesales⁶¹. Esta posición equipara la prisión domiciliaria con la libertad y olvida que el examen de un posible arresto domiciliario de quien se encuentra con prisión preventiva presupone, precisamente, la improcedencia de la excarcelación, pues, si ella fuera viable, ésta es la solución que se impone en virtud del principio de inocencia y del derecho a permanecer en libertad mientras se sustancia el proceso. En consecuencia, no es una solución válida en nuestro ordenamiento jurídico resolver la procedencia de la prisión en el domicilio utilizando los mismos parámetros considerados para denegar una excarcelación.

⁶⁰ Entre otros, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1, "LT o MC" (Causa Nº 15.006. Sentencia del 15 de junio de 2010); Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, "R, L" (Causa Nº 11.438. Sentencia del 5 de mayo de 2010); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, "T, G o RM" (Causa Nº 1839. Sentencia del 9 de diciembre de 2010); Tribunal Oral en lo Criminal Nº 8, "V, GO" (Causa Nº 3045. Sentencia del 2 de febrero de 2010); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, "G., D.A." (Causa Nº 433. Sentencia del 7 de diciembre de 2011); Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, "Z, JB" (Causa Nº 22.246. Sentencia del 4 de noviembre de 2009); Juzgado Federal Nº 1 de Mendoza, "AV" (Causa Nº 90.322-A. Sentencia del 26 de abril de 2010); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, "G, GE" (Causa Nº 37.118. Sentencia del 8 de julio de 2009).

⁶¹ Entre otros, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1, "LT o MC" (Causa Nº 15.006. Sentencia del 15 de junio de 2010); Tribunal Oral en lo Criminal Nº 8, "V, GO" (Causa Nº 3045. Sentencia del 2 de febrero de 2010); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, "G, DA" (Causa Nº 433. Sentencia del 7 de diciembre de 2011); Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, "Z, JB" (Causa Nº 22.246. Sentencia del 4 de noviembre de 2009); Juzgado Federal Nº 1 de Mendoza, "AV" (Causa Nº 90.322-A. Sentencia del 26 de abril de 2010); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, "G, GE" (Causa Nº 37.118. Sentencia del 8 de julio de 2009).

d.4. Interpretaciones estereotipadas

En ocasiones las solicitudes de arresto domiciliario son rechazadas en base a concepciones estereotipadas acerca del comportamiento que se espera de una “buena madre”. Según estos prejuicios, las mujeres que se presentan en conflicto con la ley penal han sido desaprensivas con respecto al futuro de sus hijas e hijos, implican un “factor de riesgo”, tienen una “personalidad” perjudicial, o significan un “peligro moral” para ellos.

Existen dos elementos comunes en esta clase de razonamiento que son especialmente discriminatorios para las mujeres. En primer lugar, el estereotipo de la “mala madre”, el cual suele afectar a las mujeres en conflicto con la ley penal. En segundo lugar, la utilización de criterios “peligrosistas”, de dudosa constitucionalidad.

Por ejemplo, en el caso “G., N.” se requirió el arresto domiciliario de una mujer que era madre de una niña con síndrome de Down y se señaló la situación de notorio abandono físico y psíquico en que se encontraba la niña, lo cual se veía agravado por la falta de contacto con su madre. El juzgado interviniente rechazó el pedido, pues consideró que la personalidad de la solicitante no se condecía con las exigencias propias que demanda el vínculo materno filial⁶².

Con una perspectiva similar, se negó el arresto domiciliario a una mujer que estaba embarazada y era madre de dos niños menores de cinco años, pues se consideró que, al verse implicada en una causa de drogas, su conducta “no es de las ejemplares que una madre podría dar a sus hijos”⁶³.

En otro caso, la Sala III de la CFCP evaluó la procedencia del arresto domiciliario a favor de una mujer que tenía dos hijos que habían quedado a cargo de la abuela materna. La mujer invocó que su madre no podía seguir cuidando de ellos, pues estaba enferma y también tenía a su cargo a un hijo (hermano de la solicitante) que tenía discapacidad. El pedido fue rechazado, pues se consideró que los niños no se encontraban en situación de desamparo; pero además, la Sala interviniente agregó que “son los niños los que sufren las carencias afectivas y materiales de modo que esa preocupación debe ser evaluada por quienes son tentados a delinquir de antemano no después como pretexto”⁶⁴.

Una de las principales formas de discriminación y trato desigual que sufren las mujeres se produce por la aplicación de estereotipos de género, vedados por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer entre otros instrumentos de derechos humanos.

⁶² Juzgado Federal Nº 2 de Tucumán. “G, N”. Causa Nº 831. Sentencia del 9 de junio de 2009.

⁶³ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 2 de San Martín. “V, SA”. Sentencia del 19 de junio de 2009.

⁶⁴ “AMM”. Causa Nº 12.799. Sentencia del 29 de diciembre de 2010.

e. Conclusiones

En el presente documento se relevó información estadística proporcionada por el Servicio Penitenciario Federal y por el sistema de gestión de la Defensoría General de la Nación. Como se mencionó a lo largo de este trabajo, no se contó con la información necesaria para extraer conclusiones definitivas. Sin embargo, se pusieron en evidencia elementos importantes para comprender el fenómeno estudiado. En la mayoría de los casos, los resultados obtenidos fueron desalentadores:

- En el período 2012-2016 el total de personas privadas de libertad registró un aumento del 6,49% (ver *gráfico N° 1*).
- En el mismo período, el porcentaje de personas encarceladas preventivamente se incrementó en un 5% (ver *gráficos N° 2 y 3*).
- Entre los años 2012 y 2016 la diferencia entre las mujeres encarceladas preventivamente y las que cumplen penas privativas de la libertad se incrementó (ver *gráfico N° 7*).
- En el fuero federal, entre los años 2014 y 2015, la cantidad de mujeres procesadas ha tendido a aumentar (ver *gráfico N° 11*) y la diferencia entre condenadas y procesadas se ha incrementado (ver *gráfico N° 12*).
- En el período 2012-2016, en el ámbito nacional, se ha observado un incremento del porcentaje de personas detenidas cautelarmente (ver *gráficos N° 16 y 17*).
- En la justicia nacional, los antecedentes penales suelen condicionar fuertemente la posibilidad de que una persona transite un proceso penal en libertad (ver *gráficos N° 18 y 19*).
- En el ámbito nacional existen graves problemas de proporcionalidad en el tiempo que los imputados permanecen detenidos cautelarmente (ver *gráficos N° 20 y 21*).

Esta situación puede emparentarse con los criterios que suelen emplear los tribunales locales para disponer la prisión preventiva de las personas imputadas en procesos penales. En este trabajo se indagó acerca de la situación en la justicia nacional. Específicamente, se contrastó la información estadística mencionada con la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

Al efectuar dicho análisis, se ha tomado como punto de partida los estándares elaborados en el sistema interamericano de derechos humanos en materia de prisión preventiva. La jurisprudencia interamericana estableció que la prisión preventiva debe ser considerada a la luz de los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad (todos

ellos de carácter indispensable en una sociedad democrática) ⁶⁵. Por lo demás, la CorteIDH sostuvo que “...el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales”⁶⁶. En adición a estas consideraciones, el tribunal interamericano ha sido claro en cuanto al carácter excepcional que se le debe atribuir a la prisión preventiva, ya que es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito⁶⁷.

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional se expidió en una gran cantidad de casos en los que se impugnaban decisiones que desconocían el derecho de los imputados en procesos penales a permanecer en libertad mientras no se dictara una sentencia de condena firme. Uno de los ejes principales sobre los que concentró su actividad fue la *necesidad* del dictado de la prisión preventiva. En particular, aludió a la obligación de justificar los motivos por los que se entiende que la imposición de este tipo de medida resulta el único modo de neutralizar los riesgos procesales que se presentan en cada caso.

Los criterios que utilizan con mayor frecuencia los tribunales nacionales para justificar la detención cautelar son, por un lado, el arraigo, la actitud del imputado al momento de ser detenido por la policía, la gravedad del hecho que se le atribuye, los antecedentes penales y la pena que podría corresponderle (a partir de ello, se ha deducido el *peligro de fuga*) y, por otro, la falta de identificación o rebeldía de otros coimputados, el conocimiento o la cercanía con la víctima y la reiteración delictiva (de lo que se derivaría el *peligro de entorpecimiento de la investigación*). En una gran cantidad de casos, la utilización de este tipo de baremo contradice los estándares desarrollados en el sistema interamericano de derechos humanos.

En lo que respecta a la normativa aplicable para la restricción de la libertad de personas sometidas a procesos penales, resulta trascendente mencionar la **sanción, en diciembre de 2014, de un nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 27.063)**. La nueva regulación estableció una serie de cambios importantes en este ámbito. En especial, pueden remarcar dos:

- El primero es una **derivación de los principios relativos al sistema acusatorio que introduce este CPP**. Las medidas cautelares deben ser requeridas por el fiscal en el marco de una audiencia oral (su *necesidad* debe ser evaluada en forma preliminarmente por la parte acusadora). Actualmente, los jueces de instrucción, sin intervención de las partes, se expiden sobre la prisión preventiva en el auto de procesamiento. Además, los magistrados suelen apartarse de la posición asumida por la acusación frente a los pedidos de excarcelación formulados por la defensa.
- La segunda cuestión refiere a la **introducción de medidas alternativas a la prisión preventiva para asegurar los fines del proceso**, muchas de las cuales

⁶⁵Corte IDH. Caso López Álvarez v. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141. Párr. 67.

⁶⁶ Corte IDH. Caso Suárez Rosero v. Ecuador. Fondo. Sentencia del 12 de diciembre de 1997. Serie C N° 35. Párr. 77.

⁶⁷ Corte IDH. Caso Yvon Neptune v. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180.

no se encuentran contempladas en la legislación actual, que prevé – únicamente– la posibilidad de caucionar la libertad. Entre las más trascendentes, es posible mencionar la vigilancia del imputado mediante un dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física (art. 177, inc. i) y el arresto domiciliario, con o sin vigilancia (art. 177, inc. j).

Más allá de las mejoras introducidas, **la reforma aún no ha sido implementada.** Independientemente de ello, los datos relevados permiten afirmar que, en el fuero nacional, la Cámara de Casación ha sido consistente en la aplicación del principio acusatorio en lo que respecta a la determinación de la necesidad de disponer la prisión preventiva de las personas imputadas en procesos penales. Los tribunales inferiores, sin embargo, no suelen atenerse a los requerimientos de los fiscales ligados al encarcelamiento preventivo. Por otro lado, de manera marginal, algunos magistrados dispusieron la aplicación de las medidas alternativas que contempla la nueva legislación ritual.

Es posible sostener que la prisión preventiva es, por excelencia, el método utilizado por los tribunales argentinos para asegurar los fines del proceso. Además, la disposición de este tipo de medidas suele depender exclusivamente de los tribunales, es aplicada sobre la base de criterios muy restrictivos y sin tomar en cuenta la posibilidad de disponer de mecanismos alternativos.

Del análisis de la jurisprudencia relevada a nivel nacional puede advertirse, además, que los criterios judiciales relativos al derecho a permanecer en libertad durante el proceso tienden a ser muy restrictivos, en particular, en primera instancia. Esas decisiones, a su vez, son revisadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Posteriormente, interviene la Cámara de Casación. **Recién en este momento pueden identificarse con mayor asiduidad sentencias receptivas de los estándares elaborados en el ámbito interamericano en materia de prisión preventiva.** Sin embargo, **la cantidad de instancias que se deben atravesar para llegar al tribunal de casación conlleva que, en muchos casos, los efectos del encarcelamiento sean irreversibles.** Los procesos suelen avanzar con los recursos sobre prisión preventiva pendientes de resolución. Por ese motivo, no es extraño que, llegado el recurso ante la Cámara, la persona –mediante la suscripción de un acuerdo de juicio abreviado– haya admitido su responsabilidad en el hecho que se le atribuye con el objeto de recuperar su libertad. Esta circunstancia va a ser analizada en el presente documento, en particular, a la luz del concepto de *proporcionalidad*.

En lo que respecta a la situación específica de las mujeres en prisión, cabe mencionar, en primer término, que existe un elevado porcentaje de mujeres detenidas cautelarmente y que es notoria su sobrerrepresentación en el fuero federal. Por otro lado, el relevamiento jurisprudencial efectuado permite observar con facilidad que, sin perjuicio de que la Argentina recepta las alternativas a la prisión (prisión domiciliaria) de manera muy limitada, existen serias restricciones en su implementación concreta por parte de los tribunales. En efecto, la vigencia de la ley 26.472 está fuertemente restringida por interpretaciones judiciales que no receptan los principios impuestos por los instrumentos de derechos humanos, en especial, en relación

con la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo y al principio de igualdad y no discriminación.

La lectura de este informe, por su temática, puede complementarse con la [Consulta destacada en materia de prisión preventiva](#) elaborada por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia en agosto de 2015. Allí encontrará una recopilación de los estándares jurisprudenciales nacionales e internacionales de mayor relevancia sobre la problemática abordada en este trabajo.