

LA PRISIÓN PREVENTIVA PARA CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: (DES) LEGITIMACIONES DESDE EL DEBER DE PREVENCIÓN

Fiorella Giselle Cesa

1. INTRODUCCIÓN

El 17 de junio de 2021, la Legislatura de Río Negro sancionó por unanimidad la ley N°5509 que introdujo modificaciones al Código Procesal Penal de la provincia. La norma incorporó nuevos supuestos de procedencia para la prisión preventiva, con el objetivo de “crear nuevas herramientas judiciales que permitan dictar [la] prisión preventiva efectiva a quienes incurran en delitos contra las mujeres” (Legislatura de Río Negro, 2021).

A partir de esta modificación, se habilitó la privación de libertad de aquellas personas imputadas en un proceso penal que: i) hubiesen violado una medida de restricción impuesta a partir de una denuncia por violencia de género, tal como una restricción de acercamiento o una exclusión del hogar; o ii) continuaran ejerciendo violencia de género contra la víctima del proceso, por ejemplo, amenazándola o intimidándola (Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro [CPPRN], 2014, art. 109).

La ley fue celebrada por la legislatura y en los medios como “una medida para salvar vidas”¹. A los pocos días de su entrada en vigencia, la justicia detuvo a un hombre que incumplió una prohibición de acercamiento en Fernández Oro y golpeó a su expareja. La jueza interviniente, la Dra. Sonia Martín, afirmó que la víctima tenía derecho a vivir libremente y sin ningún tipo de violencia y en consecuencia dispuso la detención preventiva de su presunto agresor por 45 días².

La reforma normativa no se trata de una medida aislada, sino que se inserta en un contexto de visibilización de la violencia de género y de robustecimiento de la intervención punitiva como herramienta legitimada para combatir las problemáticas de desigualdad social y de género (Daich y Varela, 2020). Encontramos en esta misma línea otras jurisdicciones que también pusieron en agenda la cuestión de la prisión preventiva para casos de violencia de género, como Córdoba³,

¹ Ver, a modo de ejemplo, la nota “Prisión preventiva para salvar vidas” en la revista digital *Diálogos: Encuentro con la justicia* de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial, disponible en <https://dialogociudadano.fam.org.ar/prision-preventiva-para-salvar-vidas/> [consultado el 17/9/2023].

² El caso fue cubierto por diversos medios periodísticos locales, entre ellos ver: <https://www.rionegro.com.ar/policiales/cipolletti-dictaron-la-primera-preventiva-por-violencia-de-genero-con-la-nueva-ley-2133503/>; <https://rionegro.informativohoy.com.ar/fernandez-oro-prision-preventiva-por-violencia-de-genero/>; <https://www.noticiasrionegro.com.ar/noticia/57896/una-nueva-ley-permitio-poner-en-prision-preventiva-a-un-hombre-que-golpeo-a-su-ex-pareja> [consultados el 18/9/2023].

³ El Código Procesal Penal de Córdoba admite en su art. 281 ter, inc. 3, la prisión preventiva cuando la violencia de género representara un peligro de entorpecimiento de la investigación.

Santa Fe⁴ y Catamarca⁵.

A la luz de estas tendencias recientes, podemos hacernos las siguientes interrogantes:

1. La prisión preventiva en casos de violencia de género, ¿se enmarca dentro su concepción como herramienta para garantizar los fines del proceso penal -entendidos estos como la averiguación de la verdad y la implementación de la ley penal- o se trata de un supuesto que excede dichas consideraciones procesales?
2. En este último caso, ¿sería legítima la prisión preventiva como herramienta para la prevención de la violencia de género?

En este trabajo, se propone un análisis de la legislación rionegrina que habilita la prisión preventiva en casos de violencia de género, en miras a determinar si sus objetivos responden a los fundamentos clásicos del derecho procesal penal o si, por el contrario, exceden los presupuestos típicos de la prisión preventiva, y en ese caso, si puede o no considerarse un exceso legítimo.

Para eso, el trabajo comenzará por introducir la prisión preventiva como herramienta para garantizar los fines del proceso penal, poniendo el foco sobre los riesgos procesales que son requisito para su dictado: el peligro de fuga y de entorpecimiento. Luego, efectuará un análisis detallado de los argumentos a favor de la reforma legal citada para desmenuzar los fundamentos utilizados para justificar la modificación sancionada. De este estudio, surgirá la idea de fundamentar la prisión preventiva a partir del deber de prevenir la violencia de género. Finalmente, el trabajo analizará la compatibilidad entre este fin y los principios que rigen la prisión preventiva, para determinar si es legítimo fundar la prisión preventiva en la prevención de la violencia por motivos de género.

2. LOS FUNDAMENTOS CLÁSICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es una medida cautelar excepcional que dispone la privación de la libertad de una persona durante el proceso penal.

Nuestra Constitución Nacional establece, a partir de la lectura integrada de sus artículos 14 y 18, la garantía de toda persona perseguida penalmente de permanecer en libertad durante el proceso penal (Pastor, 1993). Así, la regla general será que toda persona imputada en un proceso penal conserve el ejercicio pleno de su derecho a la libertad personal y ambulatoria.

En consecuencia, toda medida que interfiera con la libertad de la persona, entre ellas, la prisión preventiva, será de carácter estrictamente excepcional. Entender a la prisión preventiva como

⁴ En Santa Fe, en mayo del corriente año obtuvo media sanción un proyecto de ley que busca modificar el artículo 221 del Código Procesal que regula la prisión preventiva, para incorporar como supuesto de peligrosidad procesal la violación de restricciones perimetrales en casos de violencia familiar y de género. Actualmente el proyecto aguarda su aprobación en la Cámara de Senadores de la provincia.

⁵ En Catamarca, en 2021 se presentó en la Cámara de Diputados una iniciativa para modificar el Código Procesal Penal de Catamarca, de modo de habilitar el dictado de la prisión preventiva en casos de violencia de género.

una medida excepcional implica reconocer que únicamente procederá cuando se encuentren reunidos los requisitos y fundamentos que la tornan legítima (Pastor, 1993). La norma procesal exige así una serie de presupuestos materiales y formales que deberán cumplirse para habilitar la prisión preventiva, con el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal.

Ciertamente, la prisión preventiva representa una injerencia grave en la libertad personal de una persona, y por sus efectos puede entrar en conflicto con el principio de inocencia (Maier, 2011). Mientras el principio de inocencia exige que ninguna persona sea tratada como culpable hasta que no se haya declarado su culpabilidad a través de un proceso judicial, nuestra norma admite el uso de la coerción estatal para privar la libertad de una persona durante un procedimiento penal (Maier, 2004). En los hechos, la imposición de una medida privativa de la libertad a una persona inocente hace que su situación material sea difícilmente distinguible de aquella de una persona condenada.

En este sentido, es importante distinguir la prisión preventiva de la pena estatal, dado que cada instituto responde a principios y fines completamente diferentes (Pereyra, 2007). El objetivo de la prisión preventiva es asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal. Si entendemos que los fines del proceso son la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal sustantiva (Pereyra, 2007), la prisión preventiva sólo procederá cuando fuera necesaria para garantizar que la persona imputada no representará un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos y el dictado e implementación de una sentencia.

Históricamente se ha entendido que la persona puede obstruir estos fines de dos maneras: ausentándose del proceso, toda vez que la presencia del imputado en el juicio es requerida para poder seguir adelante con su enjuiciamiento, o destruyendo o alterando rastros o pruebas de lo ocurrido (Maier, 2009). En consecuencia, los presupuestos que habilitan la prisión preventiva son el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad.

Es importante remarcar que, tal como lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estos peligros procesales no se presumen sino que deberán analizarse en el caso concreto y probarse a partir de circunstancias objetivas. Tampoco es suficiente con que se verifique en el caso alguno de los presupuestos mencionados, sino que la privación de la libertad debe ser además la única medida capaz de evitar estos peligros procesales. Siempre que sea posible neutralizar los riesgos aplicando medidas menos lesivas para la persona imputada (como puede ser una caución, una fianza o una restricción de salida del territorio), deberá descartarse la prisión preventiva (Pastor, 1993).

2. 1. El peligro de fuga

La ausencia de la persona imputada impide por un lado el desarrollo del procedimiento penal, siendo que nuestro sistema penal no admite la persecución de una persona ausente, y por el

otro, la ejecución de la pena que eventualmente se imponga (Maier, 2004). Por ello, se habilita la privación de la libertad de la persona imputada durante el procedimiento cuando existieran motivos suficientes para pensar que es el único modo de asegurar su presencia en el proceso.

Para determinar si existe en el caso peligro de fuga, nuestro sistema procesal se vale de algunos indicios que incluyen el arraigo, las circunstancias, antecedentes y naturaleza del hecho y del/de la autor/a, y el comportamiento de la persona imputada (Código Procesal Penal Federal [CPPF], 2014, art. 221). Estos presupuestos son justamente indicios y no presunciones, ya que se debe acreditar la existencia de un peligro en el caso concreto.

Así, la mera falta de arraigo, por ejemplo, no demuestra por sí sola la existencia de un peligro de fuga. Aun cuando se verifique en el caso alguno de los indicios mencionados, para que se habilite la prisión preventiva no se debe poder neutralizar el peligro existente mediante soluciones menos lesivas, tales como la obligación de presentarse semanalmente ante la autoridad judicial. Esto implica a su vez que deberá comprobarse tanto la intención como los medios para la fuga, no siendo suficiente que se demuestre una sola de estas aristas para que exista un peligro real.

2. 2. El peligro de entorpecimiento de la averiguación de la verdad

Dado que el proceso penal es también una herramienta para conocer la verdad, la norma procesal busca evitar todo acto que pueda impedir la averiguación de los hechos, por ejemplo, mediante la destrucción o alteración de evidencia (Maier, 2009).

Uno de los mecanismos que tiene el derecho procesal para lograr esto es la prisión preventiva. Bajo el espectro del “peligro de entorpecimiento”, la norma procesal engloba una serie de actos que podría realizar la persona imputada para obstaculizar o impedir la investigación penal, sea de forma física o mediante la interposición de recursos que retarden el proceso (Nardiello, 2020). Así, la prisión preventiva se impondrá cuando existieran motivos suficientes para creer que la persona imputada podría atentar contra el desarrollo de la investigación, sea destruyendo, alterando, ocultando, falsificando o influyendo sobre los medios de prueba (CPPF, art. 222).

Nuevamente, es necesario que se identifique de qué manera la persona tendría la intención y medios de obstaculizar la investigación; no es suficiente con una invocación genérica a este presupuesto sino que se deberá determinar cuál medio de prueba correría peligro. Esto nos permite a su vez establecer un límite temporal a la prisión preventiva, dado que en la medida en que se haya asegurado la prueba o cesado el riesgo, deja de encontrarse justificada la medida privativa de libertad (Pastor, 1993).

3. VIOLENCIA DE GÉNERO: ¿PELIGRO PROCESAL O SUPUESTO NOVEDOSO?

La relevancia de analizar la naturaleza de los presupuestos que habilitan la prisión preventiva en casos de violencia de género se vincula intrínsecamente con los principios y requisitos que rigen este instituto. Entendiendo la prisión preventiva como una injerencia grave en la libertad de las personas, es necesario verificar que las normas que lo reglamentan se ajusten a los principios de

proporcionalidad, provisoriedad, excepcionalidad y mérito sustantivo que le otorgan legitimidad (Pereyra, 2006). En efecto, en miras a la gravedad de la privación de la libertad de una persona en principio inocente, las razones que justifiquen su detención deberán ser serias, concretas, fundadas y necesarias.

Tomando esto como punto de partida, proponemos analizar en particular la reciente reforma normativa de Río Negro en materia de prisión preventiva y violencia de género.

3. 1. El texto actualizado del Código Procesal Penal de Río Negro

El artículo 109 del Código Procesal Penal de Río Negro (modificado por ley Nº 5509) reconoce la aplicación de la prisión preventiva ante determinados supuestos específicos que involucran violencia de género. A partir del texto actualizado, la prisión preventiva efectiva podrá dictarse contra quienes:

- 1) incumplan medidas de restricción impuestas por violencia de género (CPPRN, art. 109, párr. 2º inc. 4). Por ejemplo, quien viole una prohibición de acercamiento, prohibición de contacto o una medida de exclusión del hogar;
- 2) continúen ejerciendo violencia de género contra la supuesta víctima (CPPRN, art. 109, párr. 5º inc. 4). Esto podría consistir en el hostigamiento, amenaza, intimidación, daño o atentado contra la integridad psicofísica de la víctima. En este supuesto, se habilita también la prisión preventiva de aquellas personas imputadas por un delito cuya condena pudiera ser de ejecución condicional.

El texto de la norma no arroja demasiada claridad sobre el modo en que estos nuevos supuestos pondrían en peligro la averiguación de la verdad o la aplicación de la ley penal sustantiva en tanto fines del proceso penal. Así, si bien la norma asume que el ejercicio continuado de la violencia de género puede ser un indicio de un peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, no queda claro cuál sería el vínculo entre el incumplimiento de las medidas de restricción impuestas por violencia de género y los peligros procesales que tradicionalmente justifican la privación de la libertad.

Para intentar comprender mejor cuáles fueron las consideraciones que tuvieron en cuenta los/as legisladores/as para dictar la ley bajo estudio, resulta de gran utilidad remitirse a los fundamentos del proyecto de ley y a los argumentos que se invocaron durante el debate parlamentario donde se discutió.

3. 2. Los fundamentos de la ley Nº 5509

A partir del análisis del proyecto de ley Nº 116/2021 que luego se convirtió en la ley Nº 5509 y del

tratamiento de este proyecto durante las sesiones ordinarias de la legislatura provincial⁶, podemos identificar la línea argumental utilizada por los/as legisladores/as para fundamentar la modificación normativa al instituto de la prisión preventiva.

En primer lugar, la legislatura entiende que existe un vínculo directo entre la violencia de género y el peligro de entorpecimiento de la investigación. De acuerdo a su lógica, la violencia de género afectaría la libertad para declarar de la víctima por simbolizar una amenaza a su integridad, libertad o vida. En el proyecto de ley se afirma que:

en los hechos de violencia de un hombre contra una mujer producida en un contexto de género [...] es donde en muchas ocasiones, por sus características y las condiciones personales del imputado, se da la necesidad de actuar de manera pronta y expedita dictando la prisión preventiva como única solución para poder asegurar los derechos de la mujer, de su familia o entorno afectivo, y asimismo asegurar los fines del proceso neutralizando el peligro procesal de entorpecimiento en el accionar de la justicia (Proyecto de ley N° 116/2021, pág. 2).

De este párrafo surge otro argumento que es central en la postura de la legislatura: que la prisión preventiva es una forma de asegurar los derechos de las mujeres. En este sentido, el proyecto va a afirmar que “[r]esulta necesario brindar a la justicia instrumentos idóneos para asegurar a la mujer que denuncia, un piso de seguridad jurídica que garantice sus derechos, mediante medidas de protección eficientes [...]. En particular nos referimos al instituto de la prisión preventiva” (Proyecto de ley N° 116/2021, pág. 1).

De acuerdo a ciertos/as legisladores/as, la prisión preventiva permitiría salvaguardar el derecho a la libertad, vida e integridad psicofísica de la presunta víctima. En particular, el proyecto de ley afirma:

Que en ese sentido debe prevalecer una mirada integral y con perspectiva de género, nunca las medidas de protección pueden cercenar la libertad de la víctima. Por ello, para el caso en que sobre el imputado pesen medidas de restricción que haya incumplido - una o más veces-, o para el caso en que existan sospechas ciertas que el imputado continuara en su accionar violento hacia la mujer que es víctima y por tanto restrinja el goce de derechos de la misma, es que podrá solicitar la procedencia de la prisión de preventiva (Proyecto de ley N° 116/2021, pág. 2).

En esa misma línea, durante el tratamiento del proyecto en la sesión parlamentaria los legisladores Helena Herrero y Lucas Pica afirmaron respectivamente que “[e]sto de proteger [a la víctima] del agresor, de tener una mirada que cambia y da vuelta la tabla [...], en vez de ser ella la que va a estar encerrada [...], acá es el agresor el que va a tener que pagar con su prisión la desobediencia y que “quienes tengan la restricción deben ser los violentos, no la mujer que sufre la violencia de género” (Legislatura de Río Negro, 2021b).

Más allá de la connotación punitiva -y de ciertas consideraciones que podrían despertar serios conflictos con el principio de inocencia y la prohibición del derecho penal de autor-, es llamativo

⁶ Video del tratamiento del proyecto N° 116/2021 en 2da sesión del 50º período de sesiones ordinarias de la Legislatura de Río Negro del 29 de abril de 2021, disponible en <https://youtu.be/CE9eXy95wkM?t=22480>, min. 6:14:40 y ss [consultado el 17/9/2023].

aquí que se establece un vínculo directo entre la privación de la libertad del presunto agresor y el ejercicio de los derechos y libertades de la presunta víctima.

Quizás el argumento más reiterado durante las exposiciones en la legislatura fue la idea de la prisión preventiva como mecanismo de prevención de la violencia de género, en particular como forma de evitar los femicidios. Durante el debate en la legislatura, el legislador Luis Albrieu alegó que:

falta mucho para que los violentos no tengan estas conductas [de violencia de género]. Mientras tanto, hace falta [una] ley que por lo menos permita salvar vidas, ganar tiempo para la víctima, ganar tiempo para la justicia y ver si se pueden evitar estas situaciones tan trágicas [femicidios] (Legislatura de Río Negro, 2021b).

En igual sentido, el proyecto de ley invoca el alto número de femicidios cometidos en nuestro país para sostener que es necesario contar con “medidas de protección eficientes” e “instrumentos idóneos para asegurar [los derechos de las mujeres]” (Proyecto de ley Nº 116/2021, pág. 1), entendiendo a la prisión preventiva como una de ellas. Durante el debate parlamentario, el legislador Albrieu sostuvo que:

Cada femicidio [...] me duele, y siempre me pregunto cómo podemos llegar a tiempo porque siempre la justicia actúa después, y después es tarde [...]. Creo que esta ley [...] nos va a permitir por un lado llegar a tiempo en muchísimos casos y por otro lado ganar tiempo” (Legislatura de Río Negro, 2021b).

Por su parte, el legislador Juan Martin coincidió que:

es un problema que estamos afrontando como sociedad, y en la búsqueda de alternativas que si bien no van a resolver la situación, al menos si van a generar un paliativo o generar una herramienta ante la urgencia y necesidad. [Se trata de] una ley que resulta hoy necesaria a la luz de las estadísticas que conocemos (Legislatura de Río Negro, 2021b).

3. 3. Análisis de los fundamentos de la reforma

Tras estudiar los argumentos ofrecidos por la legislatura a favor de la reforma, podemos observar que subyace en la justificación esgrimida la idea de la prevención de la violencia de género como objetivo o fin de la prisión preventiva. Así, al encarcelar al acusado, se estarían evitando posibles nuevos episodios de violencia de género. En lugar de clarificar las implicancias de la violencia de género para la averiguación de la verdad o para el entorpecimiento de la investigación, la legislatura parece enfocarse en los efectos de la privación de libertad para la seguridad de la víctima y su eficacia como herramienta para garantizar los derechos de las mujeres. No surge claramente del texto de la norma ni de los debates parlamentarios, en cambio, cuál sería la relación intrínseca entre la violencia de género y el logro de los fines tradicionales del proceso penal.

El proyecto de ley Nº 116/2021 invoca diversas normas internacionales en materia de género para

afirmar que la falta de adopción de medidas contra la violencia de género representa un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado (Proyecto de ley Nº 116/2021, págs. 3-4) . Dado que no es objeto del presente trabajo analizar el contenido y alcance de las obligaciones del Estado en materia de violencia de género, será suficiente aquí con remarcar que la *Convención de Belém do Pará* establece en su artículo 7 inc. b la obligación de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de esclarecer el alcance de este deber en el caso *Campo Algodonero*⁷, donde estableció que la obligación de prevenir la violencia de género exige al Estado la adopción de medidas preventivas para casos específicos, como parte de una estrategia de protección integral que permita no solamente prevenir el riesgo sino fortalecer la respuesta estatal ante los casos de violencia.

Como mencionamos anteriormente, hay quienes sostienen que la imposición de medidas coercitivas a la persona imputada durante el proceso penal constituye una forma de cumplir con el deber estatal de prevenir la violencia de género (Proyecto de ley Nº 116/2021, págs. 3-4; Pierroni, 2020). De acuerdo a esta postura, la restricción de derechos personales o patrimoniales a quien se le imputa un delito (por ejemplo, mediante la privación de su libertad) estaría amparada por la obligación internacional del Estado de prevenir la violencia por motivos de género. En el caso de la prisión preventiva, esto se sustentaría en que, mediante la detención de la persona imputada, se estarían evitando e impidiendo situaciones de violencia que podrían tener lugar si esta se encontrara en libertad.

Maier (2009) advirtió sobre la creciente conversión de la prisión preventiva en un “mecanismo de prevención de peligros”. Según explica, esta tendencia se enmarca en el contexto de una “sociedad de riesgos” que impulsa el nacimiento de un derecho procesal penal de carácter preventivo y orientado hacia el futuro. En esta línea, la prisión preventiva se emplea como medida de control social tendiente a neutralizar la peligrosidad del agente más que como herramienta para asegurar los fines del proceso penal (Edwards, 1996).

En lo que refiere a la ley Nº 5509, pareciera que el aspecto central a analizar al momento de dictar la prisión preventiva en casos de violencia de género son los actos de violencia que ejerció o podría ejercer la persona imputada, o el incumplimiento de las medidas de seguridad que le fueron impuestas, más que el impacto que dichas acciones tendrían para los fines del proceso. Maier (2009) advierte que, en un sistema de derecho penal orientado a la prevención de riesgos, la prisión preventiva se centra cada vez más en la gravedad del crimen y el peligro de reiteración, que nada tienen que ver con la seguridad del procedimiento judicial.

Debemos advertir que la concepción de la prisión preventiva como herramienta para prevenir la violencia de género no es propia de dicha legislatura provincial de Río Negro. Esta misma tesis es compartida por doctrinarios/as como Pierroni (2020), que sostiene:

“[E]s obligación del Estado argentino actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer. Y en este sentido, en muchas ocasiones, la única manera posible de evitar que

⁷ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*, párr. 258.

un hombre continúe ejerciendo violencia hacia la mujer es su encarcelamiento preventivo durante el trascurso del proceso. Esto sucede porque la experiencia indica que, en estos tipos de hechos, por sus características, sumado el perfil del autor, las mujeres son sometidas en forma reiterada a maltratos físicos, psicológico o sexuales por parte de su pareja, los cuales se dan en una relación asimétrica o desigual de poder, se trata por lo general de una violencia en escalada que, si no hay respuesta inmediata y efectiva del Estado, se llega hasta la muerte de la mujer (femicidio)”.

Considerando que la justificación que ofrece la legislatura de Río Negro para la prisión preventiva en casos de violencia de género excede las consideraciones clásicas sobre los peligros procesales de fuga o entorpecimiento de la investigación, corresponde ahora preguntarnos si sería legítimo pensar en la prisión preventiva como mecanismo para luchar contra la violencia de género.

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Como venimos sosteniendo, la prisión preventiva es una herramienta para contrarrestar un peligro procesal concreto o, dicho de otro modo, asegurar los fines del proceso penal en un caso particular. Reconocer que la privación de libertad en casos de violencia de género no siempre se funda en un peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación importa asumir que existen fundamentos para la prisión preventivos distintos de la averiguación de la verdad o la aplicación de la ley penal.

Como mostramos en el apartado anterior, existe una parte de la doctrina que alega que la justificación de la prisión preventiva podría estar en la prevención de la violencia de género, entendiendo que mediante la privación de libertad se protegen y garantizan los derechos de las víctimas de violencia de género. Lo que nos interesa aquí no son los casos que cumplen una “finalidad bifronte” (Cafferata Nores y Bianciotti, 2016) -esto es, aquellos donde la privación de la libertad permite prevenir la violencia de género a la vez que garantiza los fines del proceso penal, sino aquellos donde este fin preventivo se oculta bajo un pretexto procesal.

No nos cuestionamos en este punto que la prisión preventiva, en tanto vulneración grave de los derechos de una persona imputada, debe encontrarse fundamentada y responder a un fin. La interrogante que nos hacemos es entonces la siguiente: ¿el fin de la prisión preventiva puede recaer exclusivamente en la prevención de la violencia de género?

4. 1. El carácter instrumental de la prisión preventiva

Para poder esbozar una respuesta a nuestra interrogante, debemos comenzar por establecer qué naturaleza le reconocemos al instituto de la prisión preventiva.

Pensar la prisión preventiva como medida de seguridad o como medida cautelar dependerá de si adoptamos una tesis sustantivista o procesalista, respectivamente. Mientras la tesis sustantivista admite consideraciones sobre la peligrosidad de la persona y la prevención del delito para dictar

el encarcelamiento, la tesis procesalista se limita en su razonamiento a garantizar los fines del proceso (Llera, 2020). En otras palabras, mientras el primero responde a cuestiones de peligrosidad criminal, el segundo únicamente analiza cuestiones de peligrosidad procesal.

El sistema interamericano de derechos humanos solo admite como legítima una concepción procesalista de la prisión preventiva. Una de las consecuencias principales de asumir esta postura es que la prisión preventiva no puede ser impuesta como una pena adelantada (Pereyra, 2006). Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó:

[L]os fines que busque alcanzar [la prisión preventiva] deben ser propios de su naturaleza cautelar (fines de aseguramiento procesal de acuerdo a las necesidades que se justifiquen en el proceso concreto) y no puede constituirse como una pena anticipada que contravenga el principio de presunción de inocencia que protege al imputado [...]. La Corte estima que no está en discusión que los Estados Parte pueden adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia, una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas, pero estima necesario enfatizar que ello no es función de la prisión preventiva⁸.

A su vez, en vista de nuestros principios y garantías constitucionales, nadie puede ser sujeto/a a una pena antes de que se declare su culpabilidad mediante orden fundada de autoridad competente (Constitución Nacional, art. 18). En consecuencia, la prisión preventiva que funcione como anticipo de pena será contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos que integran nuestro bloque de constitucionalidad. Para diferenciar un caso de otro, habrá que analizar si la privación de libertad se fundó en la necesidad de garantizar los fines del proceso penal o de la pena estatal (Pastor, 1993).

Si bien nuestra legislación nacional se proclama procesalista (CPPF, art. 17), en la norma y en la práctica judicial encontramos argumentos de prevención general y especial que responden a una visión claramente sustantivista de la prisión preventiva (Foglia, 2012). Más aún, el alto porcentaje de personas sin condena en los centros de detención de nuestro país⁹ ha llevado a afirmar que nuestro sistema de justicia no solo aplica la prisión preventiva como pena anticipada, sino como “la verdadera pena del sistema” (Pastor, 1993).

En particular, en casos de violencia de género, existen autores/as que denuncian que en ocasiones se invocan causales de peligro procesal para fundamentar medidas coercitivas que en verdad buscan neutralizar la peligrosidad del supuesto agresor (Cafferata Nores y Bianciotti, 2016). Así, se estaría ocultando una finalidad preventiva bajo un supuesto fin procesal.

Lo anterior no obsta a reafirmar que los fundamentos de la prisión preventiva admitidos como legítimos en nuestro sistema son netamente procesales, toda vez que se piensa en este instituto como una medida cautelar que busca garantizar los fines del proceso penal.

⁸ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros v. Chile*, párr. 361.

⁹ De acuerdo a los datos oficiales publicados en el Informe SNEEP 2022, en el último año 43.191 personas se encontraban procesadas con prisión preventiva en los establecimientos penitenciarios de nuestro país, alcanzando el 41,1% del total de la población penitenciaria.

4. 2. Los fundamentos de la prisión preventiva en el sistema interamericano

Al momento de pronunciarse sobre los fundamentos que legitiman la prisión preventiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) advirtió que la legitimidad de una causal de procedencia de prisión preventiva no depende de si se encuentra o no receptada en una norma, sino de su compatibilidad con los principios que rigen la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, dispuso que:

[L]a norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho. No sólo por las razones expuestas, sino porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.

La tendencia hacia la conversión de la prisión preventiva en un “mecanismo de prevención de peligros” ha sido denunciada dentro del sistema interamericano de derechos humanos. En particular, la Comisión Interamericana (2017) se manifestó en contra de las reformas normativas que amplían las causales de procedencia de la prisión preventiva a partir de criterios punitivos o peligrosistas que exceden la lógica cautelar del instituto.

Tal como lo destacó la Comisión, la prisión preventiva no puede fundarse en criterios de derecho penal material como la peligrosidad de la persona imputada, la posibilidad de reincidencia ni la repercusión social del hecho:

se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal¹⁰.

La Corte Interamericana hizo énfasis en la distinción entre las medidas cautelares y las medidas

¹⁰ CIDH, *Caso Peirano Basso v. Uruguay*, párr. 84. En igual sentido, Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*, párr. 69.

punitivas en el precedente *Suárez Rosero v. Ecuador*. Allí, sostuvo que:

en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva¹¹.

Una década más tarde, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, la Corte retomó esta postura para afirmar que:

la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia¹².

4. 3. Prisión preventiva y prevención del delito

En función de lo expuesto hasta aquí, es inevitable concluir que de acuerdo a los estándares que surgen de nuestro bloque de constitucionalidad, la prisión preventiva no puede servir a los fines de la prevención de la violencia de género, toda vez que ello se contrapondría al principio de inocencia que es una garantía fundamental del proceso penal.

Considerando, por una parte, el carácter instrumental que nos exige pensar a la prisión preventiva como herramienta orientada a asegurar la averiguación de la verdad y la aplicación de la norma sustantiva; y por el otro, la necesidad de diferenciarla como medida cautelar de una medida de seguridad, es evidente que cualquier consideración sobre la prevención del delito nunca podrá legitimar el dictado de la prisión preventiva. Dado que la prevención del delito (y dentro de ella, la prevención de la violencia de género) es un fin de la pena estatal y no del proceso penal, admitir el encarcelamiento de una persona exclusivamente en base a estas cuestiones constituiría entonces un adelanto de pena incompatible con el principio de inocencia.

Contrario a lo alegado por la legislatura de Río Negro, las obligaciones internacionales del Estado no habilitan la prisión preventiva para prevenir la violencia de género, sino que la rechazan por completo cuando se buscara invocar este objetivo como fundamento principal del encarcelamiento.

5. CONCLUSIONES

Las recientes reformas normativas en materia de prisión preventiva responden a un paradigma de derecho penal preventivo, que pone el foco en evitar riesgos futuros. El derecho procesal penal, en tanto mecanismo judicial de aplicación de estas normas, multiplica las posibilidades de privar

¹¹ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero v. Ecuador*, párr. 77.

¹² Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, párr. 103.

de la libertad a una persona durante el proceso y pasa a actuar así como facilitador de la condena (Maier, 2009).

Como surge de la normativa provincial estudiada, se busca expandir y robustecer el sistema procesal penal como mecanismo para impedir las violencias por motivos de género, ampliando sus facultades para imponer el encarcelamiento. Esta reforma se ampararía en la protección y garantía de los derechos de las víctimas, sumado al deber estatal de prevención de la violencia de género.

No obstante, tal como se demostró a lo largo del trabajo, la prisión preventiva no puede fundarse legítimamente en la prevención de la violencia de género. Admitir consideraciones de política criminal como justificación de esta medida de índole cautelar importaría subordinar el principio de inocencia al interés estatal en la prevención del delito. Por ello, la lectura de nuestras disposiciones constitucionales y de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en la materia nos indica que la prisión preventiva no puede utilizarse como herramienta para combatir la violencia de género, aun cuando este fuera un fin legítimo y una obligación internacional del Estado.

Lo anterior no implica desconocer la complejidad y gravedad de la violencia por motivos de género, ni negar el rol activo que debe ocupar el Estado en su prevención. Más bien, se trata de problematizar un abordaje de la violencia que parte de una construcción binaria de las relaciones sociales que reduce a las mujeres a la categoría de “víctimas” (Pitch, 2020) y que reconoce y legitima al sistema penal como respuesta a los conflictos sociales.

Es de suma importancia repensar la legitimidad de nuestras instituciones jurídicas para que la política criminal no entre en tensión con las garantías que forman la base de nuestro estado de derecho. Consideramos que el respeto de los derechos humanos debe ser la premisa básica que guía todo accionar del Estado. El desafío será, entonces, pensar y construir herramientas que permitan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de todas las personas en armonía con los principios democráticos de nuestra sociedad.

Bibliografía

Bigliani, P. y Bovino, A. 2008. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Cafferata Nores, J. I. y Bianciotti, D. 2016. “¿Puede el Derecho Procesal Penal hacer algún aporte para la prevención de los delitos de género?”, en Cafferata Nores, J. I. (comp.), *Proceso Penal y Constitución*, Advocatus, Córdoba.

Daich, D. y Varela, C. (coord.). 2020. *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, Biblos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De Luca, J. A. 2001. “La ley 24.390 y sus modificaciones por la Ley 24.430 (Cese de la prisión

preventiva y derogación del ‘dos por uno’”, en *Más derecho*, Año II, Fabián Di Plácido, Buenos Aires.

Edwards, C. E. 1996. *Garantías constitucionales en materia penal*, 1ra edición, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Foglia, S. L. 2012. “La insostenible situación de la prisión preventiva. Crisis, discrecionalidad y selectividad del sistema”, en *Derecho Penal Online*, sección V.

Legislatura de Río Negro. 2021a. “La Justicia podrá dictar prisión preventiva efectiva en casos de violencia de género” (Comunicado de prensa).

Legislatura de Río Negro. 2021b. Tratamiento del proyecto Nº 116/2021 en 2da sesión del 50º período de sesiones ordinarias del 29 de abril de 2021. Video disponible en <https://youtu.be/CE9eXy95wkM?t=22480> [consultado el 17/9/2023].

Llera, C. 2020. “Prisión preventiva: la subsistencia de criterios sustancialistas” en *Revista Pensamiento Penal*.

Maier, J. B. J. 2004. *Derecho Procesal Penal, T. I: Fundamentos*, 2da ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires.

Maier, J. B. J. 2011. *Derecho Procesal Penal, T. III: Parte general. Actos procesales*, 1ra. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires.

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

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2022. *Informe estadístico del Sistema Nacional de Ejecución de la Pena 2022 (SNEEP 2022)*.

Nardiello, Á. G. 2020. *La libertad ambulatoria durante el proceso penal*, 1ra edición, Hammurabi, Buenos Aires.

Nicora, G. y Palacios, L. 2019. “Violencia de género, medidas protectivas y net widening” en *XIII Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Pastor, D. R. 1993. *El encarcelamiento preventivo*, en MAIER, J. (comp.) *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Pereyra, P. E. 2006. “La detención de personas en el esquema constitucional”, en Plazas, F. G. y Hazan, L. (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Pierroni, G. C. 2020. “La prisión preventiva en casos de violencia de género”. Disponible en <http://servicios-publico.jusrionegro.gov.ar/adminweb/web/archivos/37320d3d-a410-4814-a170-da7e61b238c4.pdf> [consultado el 17/9/2023].

Pitch, T. 2020. “Feminismo punitivo”, en Daich, D. y Varela, C. (coord.), *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, Biblos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). 2016. *Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres.*