

Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo

Alberto Bovino*

El autor, luego de señalar que las exigencias sustantivas, temporales y formales de la prisión preventiva construidas por el discurso teórico y establecidas en los textos jurídicos como: a) la verificación del mérito sustantivo; b) el principio de excepcionalidad; c) el fin procesal de la prisión preventiva; d) el principio de proporcionalidad; e) el principio de provisionalidad; f) el control judicial de la detención; y g) el límite temporal del encarcelamiento preventivo, no han constituido salvaguardias suficientes contra la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad estatal de encarcelar a personas inocentes. En las prácticas de la justicia penal existen circunstancias fácticas, regulaciones legislativas inapropiadas, e incumplimiento de los deberes propios de la función judicial que permiten la subsistencia de este estado de cosas. Se analiza de manera crítica las fallas del poder legislativo que no garantizan el respeto de las exigencias y estándares que imponen tanto el derecho constitucional argentino como el internacional.

FORO

Una forma de verificar el funcionamiento del proceso penal es el examen del sistema de tratamiento de la libertad del procesado, esto es, ¿cómo se respeta la libertad del imputado en la causa penal?

El proceso penal está gobernado por el principio del *favor libertatis*; la exigencia de respeto a la libertad del encausado y a sus dos derivados, la presunción de inocencia y la regla de la restricción de derechos a título de pena. La afectación de la libertad del imputado es excepcional, solamente tiene justificación cautelar; la necesidad de garantía de los fines del proceso penal mediante una detención determinada a través de los requisitos legales.

Las medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido son medidas cautelares sistematizadas por su objeto; la tutela cautelar del derecho a la libertad mediante su inmediata restitución, en caso de privación arbitraria.

César A. Nakazaki Servigón, *Medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido.*

* Profesor de derecho penal y procesal penal, Universidad de Buenos Aires; abogado consultor del Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

PROBLEMAS DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Las exigencias sustantivas, temporales y formales que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional, junto con numerosos instrumentos de derechos humanos y textos constitucionales, imponen a los estados antes de tolerar que una persona jurídicamente inocente reciba una sanción materialmente represiva anticipada de la magnitud del encarcelamiento preventivo, son las siguientes: a) verificación del mérito sustantivo; b) principio de excepcionalidad; c) fin procesal de la prisión preventiva; d) proporcionalidad; e) provisionalidad;¹ f) control judicial;² y g) límite temporal del encarcelamiento preventivo.³

Analizado el problema en abstracto, los principios estudiados pueden parecer razonables y podrían ser considerados salvaguardas suficientes contra la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad estatal de detener cautelarmente a personas inocentes. Sin embargo, la realidad de la justicia penal en los países de nuestra región⁴ –junto con algunos problemas conceptuales que consideraremos en este capítulo– nos obligan a analizar el problema con mayor detenimiento.

En verdad, las prácticas de la justicia penal nos demuestran cómo el discurso normativo referido a la prisión preventiva, junto con los mecanismos de control judicial y el límite temporal del encarcelamiento cautelar se han mostrado absolutamente incapaces, en la realidad, de hacerse cargo del problema. En este sentido, se advierte:

Otro eje de importancia se relaciona con una reducción del flagelo político-criminal de los presos sin condena. La utilización indiscriminada de la pena antes de la condena [por parte de los tribunales de justicia], en la región y, en verdad, universalmente, es una de las

-
1. Cf. Alberto Bovino, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
 2. Cf. Alberto Bovino, “La libertad personal en el sistema interamericano”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón, y José A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Editorial Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law-American University, 2004.
 3. Ver José Cafferata Nores, “Limitación temporal a la prisión preventiva”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, 2a. ed.
 4. Cf., entre otros, Corte IDH, *Medidas provisionales en el Caso de la Cárcel de Urso Blanco* (Brasil), Resoluciones de 18 de junio de 2002; y 29 de agosto de 2002; 7 de julio de 2004; Corte IDH, *Medidas provisionales, Caso de la Penitenciaría de Mendoza*, 22 de noviembre de 2004; Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004; Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

instancias más claras de violación de los derechos individuales y los distintos proyectos de reforma han intentado colocar límites infranqueables a la duración temporal de la prisión preventiva, generar instancias nítidas de control sobre las condiciones de cumplimiento de la medida de coerción y multiplicar las alternativas legales al encierro como medida de asegurar la presencia del imputado en el juicio.⁵

Un segundo problema consiste en el hecho de que, en la mayoría de los países de la región, el poder legislativo no ha cumplido con su deber de regular el ordenamiento procesal de manera tal de garantizar el respeto de las exigencias y estándares que imponen tanto el derecho interno, como el derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, el control que han ejercido los organismos internacionales en materia de privación de libertad es confuso, en ocasiones inconsistente, y no ha explotado las posibilidades que los textos de los instrumentos internacionales ofrecen. En materia de plazo razonable de la detención, la doctrina de los organismos internacionales ha sido demasiado permisiva, ha dejado de lado la responsabilidad del Estado en el diseño del procedimiento –una de las principales causas del abuso del encarcelamiento preventivo–, y, en casos de países como Argentina, que cuentan con una ley de límite temporal, han ignorado la aplicación del principio *pro homine*.

NECESIDAD DE UN ANÁLISIS CRÍTICO

A modo de ejemplo, un doctrinario progresista como Nelson Pessoa comienza su libro *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, con la siguiente pregunta: “¿Tiene derecho el imputado a permanecer en libertad durante el proceso?” (p. 25).

El problema no es la posible respuesta, sino el hecho de que un académico del nivel de Pessoa se formule tal pregunta. Existe una cláusula constitucional expresa que prohíbe imponer medidas represivas al imputado –y el encarcelamiento preventivo lo es–. Por lo tanto, la pregunta solo puede –en verdad, debe– ser la inversa: ¿Tiene derecho el Estado a imponer la prisión preventiva a personas jurídicamente inocentes? Como señala Pernell: “Si la presunción de inocencia no protege la libertad o la propiedad, antes de un pronunciamiento condenatorio, entonces, ¿cuándo y qué protege?”.⁶

5. Maximiliano Rusconi, *Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre juez y fiscal*, en http://www.eldial.com/bases/sql/ver_rld.asp?id=110&base=50, elDial – DC6E.

6. LeRoy Pernell, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, en *Cleveland State University Law Review*, vol. 37, 1989.

Para ello, es necesario realizar una *evaluación crítica* de los principios que hemos estudiado, para examinar cuál es el verdadero potencial limitador del poder estatal de imponer condenas anticipadas a personas legalmente inocentes.

En esta evaluación crítica, nos ocuparemos de tres aspectos diferentes del tema que analizamos. En primer lugar, destacaremos la distancia existente en el ordenamiento jurídico entre los principios y estándares constitucionales e internacionales y el programa político-criminal legislativo. En este sentido, analizaremos el incumplimiento del legislador de adecuar el programa normativo a los criterios establecidos por las normas de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico.

En segundo término, veremos, en el plano de la operación real en el mundo, la pervivencia de ciertas prácticas perversas de la justicia penal que se producen con la finalidad de burlar los requisitos impuestos por el principio de inocencia. En este punto, como quedará claro, lo que falla es la aplicación práctica del programa normativo. Para solucionar este problema, es necesario encarar un programa de implementación de normas jurídicas realmente limitadoras del encarcelamiento preventivo.

En último término, analizaremos con cierto detenimiento las pretendidas bondades conceptuales de los diversos principios que aceptamos cotidianamente. Lo mismo haremos con el concepto de “plazo razonable” como límite temporal de la detención y con el texto de la ley 24.390. Al hacerlo, trataremos de ver qué problemas presentan tales principios, exigencias y normas a la hora de proteger el principio de inocencia. En este aspecto, formularemos un análisis del discurso que acompaña al principio de inocencia.

Es necesario destacar que las prácticas que señalaremos son parte estructural de la justicia penal y, por ello, tremendamente difíciles de ser erradicadas. Lo que es más grave aún, paradójicamente, es que solo son percibidas como meras disfunciones y, por ello, como capaces de ser corregidas o solucionadas con medidas adecuadas. También es necesario destacar que estas prácticas actúan de manera conjunta, se alimentan unas a otras, y son interdependientes, razón por la cual los mecanismos dirigidos hacia ellas individualmente están condenados al fracaso.

A continuación, trataremos de identificar los principales problemas –normativos, prácticos y discursivos– de los requisitos sustantivos del principio de inocencia en relación al encarcelamiento preventivo. Se trata de determinar cuáles son los motivos que permiten que los textos legales ignoren exigencias constitucionales e internacionales, que las prácticas de la justicia penal perviertan el sentido de los principios de garantía, y, además, qué problemas conceptuales presentan los principios sustantivos mencionados que impiden el respeto del principio de inocencia.

REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

REGULACIÓN EN EL DERECHO INTERNO

Resulta claro que del estudio del derecho nacional y comparado, como de los numerosos precedentes internacionales en materia de encarcelamiento preventivo, los Estados no cumplen con la obligación de garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana –art. 1.1–, que implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos:

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo, dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

168. La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del artículo 2....⁷

La Convención Americana, en su art. 2, regula una obligación autónoma a la que deriva del deber de garantía contenido en el art. 1.1. El art. 2 de la Convención dispone:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Interpretando la obligación que surge del art. 2 de la Convención, la Corte Interamericana ha dispuesto:

31. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra ‘ley’ en su sentido material y no formal.

7. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988.

32. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención. Estas últimas serían las 'leyes' a que se refiere la pregunta planteada por la Comisión.

...

36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención (*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]*, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26).⁸

A pesar de estas obligaciones internacionales, como también del deber normativo constitucional de contenido análogo,⁹ lo cierto es que en distintos grados, los Estados no regulan legislativamente las exigencias y estándares constitucionales e internacionales.

Para poner un ejemplo, después que la Comisión Interamericana condenara en severos términos a Argentina en el Informe 2/97, impugnando incluso el entonces art. 10 de la ley 24.390 como contrario al principio de inocencia protegido en la Convención, el Congreso de la Nación aprobó la ley 25.430 –publicada en el Boletín Oficial el 01/06/2001–, que introdujo modificaciones sustanciales al texto original de

8. Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

9. El art. 75, inc. 23, impone al Congreso de la Nación la siguiente función:

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

la 24.390, diluyendo el efecto limitador del plazo máximo de encarcelamiento preventivo, tornando aún más cuestionable el texto original, ya merecedor de severas críticas.¹⁰

Lo mismo sucede con el respeto de las exigencias constitucionales. Este hecho ha sido reconocido expresamente por nuestra Corte Suprema en un fallo del año 2005:

7. Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar *interpretación progresiva* en sentido estricto...

La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional...

...

17. Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.

...

18. Que sin duda, frente a un proceso penal tan abiertamente inconstitucional y que llevaba más de medio siglo de vigencia....¹¹

INAPLICACIÓN DE LOS CRITERIOS

Uno de los principales problemas del principio de inocencia consiste en que, en su aplicación práctica, recurrimos, para definir su significado y alcance, a *principios opuestos* a aquellos que deben regir su interpretación.

En efecto, el principio de inocencia, si es cierto que se trata de un principio estructural del Estado de derecho y del constitucionalismo, debe regirse, para su interpre-

10. Cf. Pastor, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*.

11. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa No. 1681–", 20 de septiembre de 2005, del voto de la mayoría.

tación, por los principios que informan las principales libertades individuales garantizadas constitucionalmente, esto es, por una racionalidad protectora de los derechos.

Así, desde la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al bloque de constitucionalidad, su aplicación se interpretaría al principio *pro homine*, como principio informador del derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a la interpretación en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, en la aplicación práctica del principio se suele acudir a criterios contrarios a la garantía, en oposición a la libertad, para darle contenido. Como consecuencia de esta técnica, las soluciones a las que se arriba son restrictivas de la libertad, y los resultados de la interpretación son perjudiciales al derecho a permanecer en libertad durante el proceso.

Así, por ejemplo, la interpretación de la Corte Suprema en el caso “Todres”:

... si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea el instituto de la prisión preventiva, desde que el art. 18 de la Carta Fundamental autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente. El respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias....¹²

Frente a tal interpretación se ha sostenido que surgen dudas acerca del hecho de que las garantías puedan tener un destinatario distinto –la sociedad– que los particulares, y que “conformen algo diferente que barreras contra abusos del poder público”.¹³

De este modo, la Corte Suprema derivó de una cláusula de garantía el supuesto “derecho” de la sociedad a dictar medidas cautelares. En idéntico sentido, cada vez que se pretende dar alcance al principio de inocencia se recurre al interés social que subyace a la facultad de ordenar medidas de coerción.

Sin ir más lejos, el artículo 2 del CPP Nación tiene como criterio general de interpretación:

Interpretación restrictiva y analógica

Artículo 2: Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.

12. Citado por Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 54.

13. Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2000, 4a. ed., p. 55.

Sin duda, las normas sobre encarcelamiento preventivo y, especialmente, las de la ley 24.390, no son interpretadas restrictivamente. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana ha establecido:

12. El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7.5. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del artículo 8.2 de la Convención Americana.¹⁴

En esta afirmación se deriva del derecho a la presunción de inocencia la posibilidad del Estado de detener por un plazo razonable. Sin embargo, nada hay en la presunción de inocencia que autorice a extraer de ella una facultad del Estado para detener, mediante una medida como la del encarcelamiento preventivo, una detención en condiciones materiales idénticas a las de la sanción penal, por tiempo indefinido, y cuya duración aumenta cuanto más negligente sea el Estado en la investigación penal. Por el contrario, la presunción implica una valla para las detenciones o cualquier otro trato similar al de culpable.

Para dar contenido al principio, hay que tener en cuenta los valores en juego. Se trata del par libertad/necesidades procesales, y el constituyente ha optado, claramente, por la libertad. Tal opción ha sido objetivada en el principio de inocencia, como principio estructural del derecho procesal penal –y del derecho penal en sentido amplio–. Así, no se puede invocar la necesidad de garantizar el resultado de la investigación para restringir los alcances del principio, pues el constituyente, al establecer la protección del estado de inocencia, optó claramente por la protección de la libertad.

EL MÉRITO SUSTANTIVO

APLICACIÓN PRÁCTICA

Como se sostiene, el mérito sustantivo sobre la comisión de un hecho punible es un *presupuesto* de la detención preventiva –y de la persecución penal que aquélla tiende a asegurar–. El mérito sustantivo, como ahora veremos, presenta dos problemas independientes, ambos sumamente graves y profundamente contrarios al principio de inocencia.

14. CIDH, Informe 2/97.

Desde el punto de vista de su aplicación práctica, se puede afirmar que en la gran mayoría de los casos el mérito sustantivo opera no como *presupuesto* sino como *fundamento* del encierro cautelar. Así, por ej., en lugar de verificar todos los requisitos constitucionales, los sistemas de justicia penal se basan, simplemente, en la existencia del mérito sustantivo para ordenar la detención preventiva.

Veamos, por ejemplo, el art. 177 del Código de Procedimientos Penales de Ecuador, que dispone:

El juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:

1. Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y,
2. Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.

En el auto se precisarán los indicios que fundamentan la orden de prisión.

Más allá de la discrecional referencia al hecho de que el juez “lo creyere necesario” –opuesta al principio de taxatividad y certeza que debe tener toda causal de detención preventiva–,¹⁵ resulta claro que la legislación solo supedita el dictado de la medida de coerción a la existencia de sospecha sustantiva sobre el hecho imputado:

La reglamentación de las medidas de coerción, su forma y su procedencia es entonces algo ineludible para el legislador procesal penal, y, más aún, de acuerdo a lo explicado con anterioridad en relación al principio de inocencia, su disciplina no puede ir más allá de la mera tutela de los fines que el proceso penal persigue, es decir, regularla como simples medios cautelares, en la medida de la más estricta necesidad y no como forma de anticipar la pena a una persona que aún no ha sido declarada culpable.¹⁶

En consecuencia, queda claro que la legislación ecuatoriana incentiva una práctica que permite justificar la procedencia de la detención preventiva, *exclusivamente*, en la sospecha de culpabilidad del imputado. Ello demuestra, claramente, que la justicia ecuatoriana recurre de manera explícita al encarcelamiento preventivo como medida de carácter punitivo, esto es, como pena anticipada.

15. El art. 7.2 dispone:

“2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Esta regla establece la obligación para los Estados parte de regular legalmente las causas de detención.

16. Julio Maier, “La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado”, en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1981, p. 28.

Lo mismo puede decirse de los supuestos previstos en el art. 316, párr. II, CPP Nación, para negar la excarcelación: cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, y cuando se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal.

En estos casos, cuando se trata de la imposibilidad de conceder la libertad a una persona, procesada por un delito o concurso de delitos, cuya escala penal máxima supere los ocho años de privación de libertad, para intentar una justificación que evite la declaración de inconstitucionalidad, se ha interpretado jurisprudencialmente que la presunción de existencia de peligro procesal derivada del máximo de la escala penal por los hechos que se imputan al imputado no es *de iure* sino *iuris tantum*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó la imposibilidad de denegar la libertad con el solo fundamento de que existía mérito sustantivo de un delito grave, invocando la doctrina del caso “Suárez Rosero” de la Corte IDH, en una decisión de 1998, en la que destacó especialmente la exclusiva finalidad procesal del encarcelamiento preventivo. Así, el 22/12/98 se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 316, párr. II, *in fine*, del CPP Nación, en el caso “Nápoli”.¹⁷

En el caso, la defensa interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había revocado la decisión del juez de menores que concedía la excarcelación a la imputada, a quien se atribuía calidad de partícipe secundaria en el delito previsto en el art. 139 *bis* del Código Penal. La Cámara revocó la excarcelación pues “consideró que el art. 316, segundo párrafo *in fine*, del Código Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410) restringía su concesión a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los arts. 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal...” (Caso “Nápoli”, cons. 2). La defensa planteó la inconstitucionalidad de la norma procesal por resultar violatoria de los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes. El art. 316, párr. II, del CPP Nación establece:

El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare *prima*

17. CSJN, Caso “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.”, No. 284.XXXII, del 22/12/98. El voto de la mayoría fue suscrito por Belluscio, Boggiano, López y Vázquez. Fayt se pronunció por su voto, mientras que Petracchi y Bossert redactaron sus respectivas disidencias. El primero consideró que el recurso no cumplía con los recaudos de fundamentación previstos en el art. 15 de la ley 48, al no justificar por qué se omitió recurrir ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Bossert, por su parte, desestimó el recurso por no dirigirse a impugnar una “resolución dictada por el tribunal superior de la causa”.

facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal.

La Corte Suprema revocó la sentencia impugnada y declaró la inconstitucionalidad de la regla procesal que impedía otorgar la excarcelación. La decisión de la mayoría hizo referencia a diversas cuestiones, de las cuales mencionaremos las más importantes.

1. Destacó que el art. 18, CN, “dispone categóricamente que ningún habitante de la nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada inocente y tratada como inocente... hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme”, invocó un viejo precedente de 1871 en el cual se sostuvo que es “un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario (Fallos 10:338)”, y mencionó un caso de 1905 (Fallos 102:219) en el cual se acuñó la definición de “presunción de inculabilidad” (cons. 5).

2. Reafirmó el rango constitucional del derecho a gozar de la libertad durante el proceso (cons. 6), y señaló que la amplia potestad legislativa para establecer “régimenes excarcelatorios diversos, solo encuentra justificación en tanto está orientada a que la prisión preventiva –como medida de corrección [sic] procesal– conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia... esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones” (cons. 7).

3. En la parte más cuestionable de la decisión, se manifestó que los límites establecidos para denegar la excarcelación, fundados en el monto máximo de la pena considerado en abstracto, representan una “presunción” del legislador. El “criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción”, se agregó, “se funda... en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación” (cons. 8 y 9).

En este punto, el argumento de la mayoría resulta insostenible. Si bien, como veremos, se sostiene que la presunción legal es una presunción *iuris tantum*, en la práctica termina por convertirse en una presunción *de iure*. Por otra parte, tampoco es cierto que la finalidad perseguida por el legislador consista –como afirmó la Sala III de la CNCP en el caso “Chabán”¹⁸ en neutralizar el peligro procesal “en las primeras etapas de la investigación”, pues el encarcelamiento preventivo, en esos supuestos, jamás se limita a ese período temporal.¹⁹

18. CNCP, Sala III, causa No. 5.996, “Chabán, Omar Emir s/rec. de casación”, 24 de noviembre de 2005.

19. Si por “primeras etapas de la investigación” se entiende el plazo que dura el encarcelamiento hasta que se agotan los límites temporales establecidos en la ley 24.390, el argumento tampoco es válido. En primer lugar, por el carácter excesivamente prolongado de los límites temporales regulados en la ley. En segundo término, debido a que el legislador aprobó el CPP Nación *antes* de dictar la ley 24.390, y la prisión preventiva obligatoria

4. La ley 24.410, se destacó, calificó ciertas conductas como delictivas, entre ellas la prevista en el art. 139 *bis* del Código Penal, y las excluyó del régimen general de excarcelación “al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esas hipótesis” (cons. 11). Así, se “excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación... exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula”²⁰ (cons. 12). Luego de desarrollar los criterios que deben regular el principio de igualdad ante la ley, se afirmó que al dictar la ley 24.410, el legislador se apartó de tales criterios, pues “recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva” (cons. 15). La misma idea fue reexpresada en los términos siguientes:

“... la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos... desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad” (cons. 16).

5. Se arribó a la conclusión de que la exclusión del régimen general de excarcelación establecida por la ley 24.410 resultaba violatoria del derecho a la igualdad ante la ley de la imputada (art. 16, CN). No se mencionó, sin embargo, el principio de inocencia (cons. 17). A pesar de ello, se afirmó que la solución adoptada resultaba coincidente con “los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual ‘jerarquía constitucional’ ”, y se invocó la doctrina del caso “Suárez Rosero”, en el sentido de que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el principio de inocencia, debía revestir carácter cautelar –no punitivo– y excepcional. También se citó otro criterio establecido en “Suárez Rosero”, éste sí referido al principio de igualdad, que consideraba contrario a tal principio “una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados” (cons. 18).

6. La Corte, finalmente, reconoció expresamente la exigencia derivada del principio de excepcionalidad de aplicar, en todos los casos, la medida de coerción menos lesiva, invocando uno de sus propios precedentes. Así, destacó el rango constitucional del dere-

establecida para quienes son imputados por delitos con pena privativa de libertad superior a ocho años estaba prevista en la versión original de la ley 23.984.

20. Al respecto, se agregó: “... tal como se desprende de sus antecedentes parlamentarios, que justifican la detención cautelar consagrada en esos casos ‘... en la protección que merece el bien jurídico tutelado’ (conf. Cámara de Senadores, fundamentos del dictamen del miembro informante –senador Augusto Alasino–, sesión del 30 de junio de 1993)” (cons. 12).

cho a la libertad durante el proceso y el fin del encarcelamiento cautelar, solo limitado a asegurar la aplicación del derecho penal sustantivo. A ello agregó:

“... y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones” (Fallos 102:219, citado en cons. 19).

Pero aun si la circunstancia contemplada en el art. 316 del CPP Nación se interpreta como una presunción *iuris tantum*, igualmente resulta violatoria del principio de inocencia. Ya hemos visto cómo los precedentes internacionales impiden que los peligros procesales se presuman, y exigen la fundamentación de la existencia en elementos de prueba objetivos incorporados válidamente al procedimiento.

Asumiendo –por vía de hipótesis– que se trata de una presunción *iuris tantum*, la opción acerca de quién debe probar la inexistencia del peligro procesal plantea un problema adicional. En la práctica, los jueces de instrucción aplican los criterios del art. 316 del CPP Nación de modo automático, sin analizar la falta de fundamentos del peligro procesal. Si es así, las consecuencias de tales rutinas judiciales consisten en el incumplimiento de fundar el encarcelamiento en el peligro procesal, y la exigencia ilegítima para el imputado de probar que ciertos hechos no ocurrirán en el futuro –objeto de prueba imposible de verificación probatoria, pues se trata de hechos futuros–.

Si bien el encarcelamiento preventivo requiere el mérito sustantivo, éste no representa su justificación, sino uno de sus presupuestos necesarios. Debe quedar claro que se trata de un *presupuesto* de la medida cautelar, pero que éste jamás opera, por sí solo, como legitimación de la detención preventiva.

En realidad, el mérito sustantivo es un presupuesto para iniciar o continuar con la persecución penal. Es hasta cierto punto incorrecto afirmar que el mérito sustantivo es un presupuesto de la medida cautelar. En verdad, el mérito sustantivo es un *presupuesto de la persecución penal* y, si no existe sospecha sustantiva, no debe existir persecución alguna y, mucho menos, medidas cautelares tendientes a garantizar un proceso que no se ha abierto o que ha sido clausurado.

Se trata de establecer una sospecha sustantiva acerca de que el imputado ha cometido un hecho punible, reprimido con pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento.²¹ Si no existe este mérito sustantivo, no solo pierde sentido el encarcela-

21. Daniel R. Pastor, “El encarcelamiento preventivo”, en Julio B. J. Maier (comp.), *El nuevo código procesal penal de la nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 48.

miento preventivo sino, también, el desarrollo del mismo procedimiento penal en contra del imputado.

Siguiendo en el ámbito práctico, también existe el problema de que no se cumple con el estándar probatorio que verifica adecuadamente el mérito sustantivo a la hora de resolver sobre la medida de coerción en los casos concretos.

En la práctica, se detiene sin cumplir con los estándares probatorios necesarios para hacerlo, pues o se abusa de situaciones que autorizan las detenciones sin orden ni control judicial –v. gr., las detenciones en flagrancia en Guatemala o en México–, o bien se dicta el auto de prisión preventiva sin la prueba suficiente que exigen las reglas legales respecto del mérito sustantivo.

Piénsese, en este último sentido, que en el CPP Nación el estándar probatorio para dictar el auto de procesamiento y, en consecuencia, el auto de prisión preventiva, es prácticamente idéntico al del auto de elevación a juicio. Sin embargo, el largo período de tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias probatorias requeridas legalmente. En síntesis, se detiene para investigar, y no se investiga para detener.

En conclusión, la práctica de nuestra justicia penal indica dos circunstancias, ambas ilegítimas. En ciertos casos, el mérito sustantivo, luego de ser efectivamente comprobado, opera como fundamento de las medidas de coerción. En otros casos, se detienen personas sin siquiera verificar la existencia del mérito sustantivo acerca de su eventual participación en un hecho punible. En este contexto, se utiliza la detención como método que justifica las negligencias estatales en la investigación.

PROBLEMAS NORMATIVOS

En segundo término, y ya en el terreno normativo, la práctica legislativa de regular “delitos no excarcelables” también descansa sobre el mérito sustantivo como fundamento de la detención.

En efecto, pues una vez corroborada la imputación, la medida de coerción resulta ineludible. En consecuencia, solo se requiere la sospecha sustantiva de la participación en el hecho punible para ser privado de la libertad. Lo mismo sucede con algunos delitos en particular.

Así, por ejemplo, el art. 316, párr. II, CPP Nación, dispone el encarcelamiento preventivo obligatorio cuando el hecho imputado acarree una pena superior a los ocho años de privación de libertad. De igual modo, la misma disposición impide conceder la excarcelación cuando se trate de la imputación “de los delitos previstos por los artículos 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal” (art. 316, párr. II, CPP Nación).

De esta manera, se cumple el vaticinio de Giudici, quien sostenía que “solo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano”.²² En estos supuestos, por decisión del legislador, el mérito sustantivo se convierte en el único “fundamento” –ilegítimo, por cierto– para dictar el encarcelamiento preventivo.

Esta invalidez normativa fue impugnada en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires:

Sobre el punto, cabe acotar que la calificación legal de los hechos que se le imputan ahora a Barbará impedirían, en principio, que permanezca en libertad mientras se sustancia la causa de acuerdo a lo dispuesto formalmente en los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN.

...

Los fundamentos utilizados por el Sr. juez de grado para ordenar su imposición, tienen como único sustento la calificación de los hechos atribuidos, sosteniendo que su penalidad torna imposible que transite en libertad el proceso por estricta aplicación del art. 316 del CPPN... El *a quo* no realiza ninguna otra ponderación que no sea la de relacionar el monto de la pena en abstracto que puede corresponder y las reglas que surgen del juego de las pautas previstas en el art. 316 del CPPN. Por ese motivo resuelve que Barbará debe ser encarcelado preventivamente, y por ello también considera que no corresponde hacer lugar al pedido de exención de prisión; el delito de esa forma sería inexcusable porque las reglas objetivas de aplicación al caso no admitirían prueba o discusión en contrario, ya que son *iuris et de iure*.

...

Resulta claro, en consecuencia, que el encarcelamiento preventivo solo puede tener fines procesales, porque se trata de una medida cautelar, no punitiva, criterio que, como se dijo, surge de lo expresamente previsto en el art. 280, CPPN, y que fuera consagrada en distintos precedentes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...

III. Cabe poner de resalto que el imputado Barbará, gozando del beneficio de la excarcelación, que le fuera concedido luego del auto de procesamiento con prisión preventiva que registra a fs. 2186/2205, siempre estuvo a derecho, con lo cual, no encuentra justificación, a mi juicio, el nuevo dictado de dicha medida cautelar por el solo hecho de haberse modificado la calificación atribuida. Acerca de las pautas que fija el artículo 316 del CPPN, se ha sostenido con razón que “... la sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en el caso de recaer condena intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. El Estado, para aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos... si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena ésta deberá ser de cumplimiento efectivo,

22. Citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 630.

entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo previsto por el Código Procesal Penal no debe cumplir necesariamente función en la neutralización de los peligros procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la prisión preventiva: basta el monto de la pena que se espera; los peligros procesales... se presumen. (¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no solo sin pruebas, sino, peor, sin admitir prueba en contrario, el peligro fuga?). Esa presunción ¿no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia? (Daniel Pastor, “El encarcelamiento preventivo”, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 50 y 55/56).

Existe también jurisprudencia de otros tribunales que establecían lo mismo. La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, en el caso “Chabán”, revocó la denegación de la excarcelación dictada por el juez de grado y solicitada por el imputado, invocando el monto máximo de 8 años del art. 316. En el fallo, el voto de Garrigós de Rébori y Bruzzone señalaron la jurisprudencia sobre el tema:

Las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria, se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal, la prisión preventiva, si se constatan objetivamente esos peligros. Como medida cautelar, a su vez, y sin perjuicio de su obvia similitud, no puede confundirse con la pena privativa de la libertad, en su fundamentación. Este es un valor que debe ser reafirmado en nuestro país, siendo un principio asentado y respetado en toda la tradición jurídica de Occidente, que solo en los supuestos estrictamente necesarios, para neutralizar la posibilidad de fuga del imputado o de entorpecimiento de la investigación, corresponde encarcelar preventivamente, como lo establece el art. 280, CPPN y lo que en concordancia con él fija el art. 319 del mismo cuerpo legal.

Procedentes de este tribunal, y en su historia reciente, contamos con los siguientes fallos: de la Sala I, causa No. 21.143, “Barbará, R. R.”, rta. 10/11/03; causa No. 22.822, “Di Zeo, R.”, rta. 30/12/03; causa No. 25.714, “Fernández, G. A.”, rta. 22/3/03, entre muchos otros; de la Sala IV, si bien muchos de ellos en minoría, causa No. 24.520, “Panno, J.C.”, rta. 17/7/04; causa No. 26.018, “Romero González, G. S.”, rta. 2/3/05; causa No. 26.178, “Farías, G.”, rta. 8/3/05; causa No. 26.213, “Benítez, M.”, rta. 8/3/05; causa No. 26.126, “Flores, R. F.”, rta. 23/3/05; causa No. 26.443, “Ardiles, A.”, rta. 14/4/05; causa No. 26.512, “Bolaño, T.”, rta. 20/4/05; causa No. 26.437, “Rimólo, M. C. M.”, rta. 2/5/05; causa No. 26.513, “Soiohaga”, rta. 4/05/05; causa No. 26.618, “Soza, S. A.”, rta. 10/5/05; causa No. 26.604, “Natal, L. A.”, rta. 10/5/05; causa No. 26.417, “De Sanliborio, M.”, rta. 11/5/05, entre otras).

Asimismo, lo recientemente sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa No. 5472, “Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casa-

ción e inconstitucionalidad, rta. 22/12/04 y lo que surge del fallo de la CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, V. 856. XXXVIII, y sus citas, que se refieren a una larga tradición de la Corte en ese sentido, aunque con importantes contradicciones.²³

Otro problema normativo serio, que ya le valió atribución de responsabilidad internacional al Estado Argentino –CIDH, Informe 2/97–, lo constituye el art. 11 de la ley 24.390:

Artículo 11. Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7o. de la ley 23.737 y aquéllos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de esa misma ley.

Mediante la aplicación de esta disposición, se excluye del régimen de la ley 24.390 a quienes se hallaren imputados por el delito previsto en el art. 7 de la ley de estupefacientes, lo que significa que para cierta categoría de imputados la ley no prevé límite temporal alguno de cesación del encarcelamiento preventivo.

Al respecto, la Comisión Interamericana opinó:

51. La severa restricción introducida por esta ley se refiere a los delitos de narcotráfico, y se funda en la naturaleza reprochable y consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos. Sin embargo, es otro elemento que puede ser utilizado para *menoscabar la presunción de inocencia*, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico son automáticamente excluidas de los beneficios de limitación de la prisión preventiva. *Podría incluso considerarse que se les impone un castigo anticipado*, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley.

52. La excepción del artículo 10o. afecta a seis peticionarios acusados de delitos de narcotráfico cuyos casos se tramitan ante la Comisión, y que aún se encuentran privados de su libertad a la fecha del presente informe. Se trata de los casos 11.236 (Alonso), 11.242 (Gil Suárez), 11.243 (Karlikowski), 11.247 (Melchiorre), 11.249 (Fernández), y 11.254 (Fagoaga). *La Comisión estima que la norma mencionada tiende a crear una excepción al principio de presunción de inocencia* (CIDH, Informe 2/97, destacado agregado).

Cabe preguntarse, finalmente, si es correcto que se tome en cuenta el mérito sustantivo, pues ello señalaría que el Estado solo encarcelaría a quienes probablemente considerara culpables. Si bien el presupuesto de la sospecha sustantiva es un requisito razonable, también puede vincularse a una eventual presunción de culpabilidad. El

23. CNACC Buenos Aires, Sala V, causa No. 26.909, “Chabán, Omar Emir s/excarcelación”, 13/5/05.

problema que se genera consiste en que el mérito sustantivo opere realmente como un presupuesto, y, al mismo tiempo, no sea utilizado arbitrariamente como fundamento del encarcelamiento.

Lo que pretendemos decir con esto es que la decisión de privar de la libertad a un inocente debe derivar de la existencia de un supuesto peligro procesal, y no *de la verificación de la sospecha sustantiva* sobre su eventual responsabilidad en la comisión de un hecho punible.

Es difícil no reconocer que cuando se verifica la posible comisión de un hecho punible de mediana o alta gravedad por parte de un imputado, ese solo hecho opera como fundamento “legítimo” de la restricción de sus derechos. Y en estos casos, al inicio del procedimiento, no opera ni el principio de proporcionalidad ni el plazo razonable de detención para obtener la libertad.

La modificación de la ley 24.390, sumada a la jurisprudencia local e internacional que no obliga a respetar los plazos de esa ley, unida al sistema de enjuiciamiento decimonónico que rige en el ámbito nacional, produce, de manera necesaria, un sistema que opera de manera negligente para cumplir con las funciones persecutorias en materia penal. Dentro de este marco, la única manera de administrar castigo consiste en recurrir a la privación de libertad cautelar. La tolerancia del sistema respecto de los presos sin condena, por otra parte, actúa como incentivo para mantener o empeorar la situación.

En conclusión, el requisito material del mérito sustantivo trae más problemas para el principio de inocencia que soluciones, razón por la cual podemos poner en duda –al menos momentáneamente– su utilidad protectora del estado jurídico de los inocentes que debe beneficiar. En este sentido, señala Ferrajoli:

Es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si es de tipo procesal... o penal... Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad –al derivarse (no de la prueba, sino) de “suficientes indicios de culpabilidad”, es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación– equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado.²⁴

24. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 554.

PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD

APLICACIÓN PRÁCTICA

El principio de excepcionalidad es uno de los principios que a primera vista resulta más aceptable cuando hablamos de encarcelamiento preventivo de personas inocentes. Sin embargo, es necesario destacar algunas de sus particularidades.

En realidad, si lo analizamos desde el punto de vista del funcionamiento del sistema de justicia penal en su conjunto, es más saludable un sistema en el cual opera el principio de excepcionalidad que aquél en el cual no interviene, pues un sistema tal podrá reducir la tasa de presos sin condena.

Sin embargo, el principio no opera, en la práctica, como mecanismo protector de la libertad y del principio de inocencia, pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, porque tales medidas, a pesar de haber sido legisladas, no son aplicadas por los operadores judiciales. Ellos aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla.²⁵

En verdad, en nuestro caso, debemos preguntarnos si el único medio “absolutamente indispensable” para evitar la fuga de los imputados es su encarcelamiento o si, por el contrario, existen otras medidas que puedan tender a obtener análogo fin.

Para esto debe aclararse que ninguna medida (ni siquiera la prisión) *asegura* el fin de lograr la aplicación de la ley, pues la propia vida en prisión suele ser un importante estímulo para la fuga (mucho más en las penosas condiciones en las que se cumple en los hechos). Pero incluso, es claro, que lo que favorece la rebeldía es, en verdad, la propia prisión preventiva, o la amenaza de tal medida, pues sin amenaza de prisión preventiva no podemos pensar siquiera en el peligro de fuga, ya que no existirían motivos para mantenerse fugados de la justicia (en tal sentido, dicho temor solo existiría una vez que adquiriera firmeza una sentencia de condena). En otros términos, el único motivo para pensar que alguien puede no presentarse ante la Justicia, durante el proceso, es el temor a ser encarcelado (de modo tal que el riesgo de fuga desaparece cuando se asegura la libertad del imputado durante el proceso).

25. Debe admitirse, sin embargo, que legisladores tales como el nacional y el bonaerense han legislado el encarcelamiento preventivo como regla. Sobre el CPP Nación, cf. Pastor, *El encarcelamiento preventivo*. Ver, también, subtítulo “Inaplicación de los criterios” desarrollado en este trabajo.

PROBLEMA CONCEPTUAL

Pero ésta es una cuestión de prácticas de la justicia penal. Más allá de ello, el principio trae un problema intrínseco a él. En efecto, aun si se cumpliera con el programa normativo del principio de excepcionalidad, el cumplimiento en la mayoría de los casos de no aplicar el encarcelamiento no tendría virtualidad para justificar la privación de libertad anticipada, en aquellos casos en los cuales “excepcionalmente” se aplicara, pues el ordenamiento jurídico no establece que solo a *la mayoría de los imputados* se le debe respetar el principio de inocencia, sino a *todos ellos*.

Veamos como ejemplo el caso de Costa Rica. Este país contaba con un 47,40% de presos sin condena en 1981. En los años siguientes, el porcentaje disminuyó notablemente, alcanzando porcentajes inferiores al 20% en 1992, 1993 y 1994.²⁶

Si bien se ha señalado con preocupación la tendencia, posterior a la de los años citados, al aumento de los porcentajes de presos sin condena, también es cierto que se admite que el “Poder Judicial costarricense ha hecho significativos esfuerzos por reducir el número de personas sometidas a prisión preventiva”. Entre los factores más importantes que han contribuido a la disminución de las tasas de presos sin condena, se señala la “intervención” de la Sala Constitucional sobre la jurisdicción penal, que determinó el cambio de “una gran cantidad de prácticas viciadas que ocurrían alrededor de la detención, poniendo en evidencia los límites constitucionales y legales a la actividad de los policías, de los fiscales del Ministerio Público y de los jueces en relación con la detención de personas”.²⁷

Es interesante señalar el reconocimiento de los propios jueces penales de la cuota de responsabilidad que les correspondió en el desencadenamiento del proceso protagonizado por la Sala Constitucional:

Desde luego que esa intervención nos la ganamos los jueces de lo penal, en virtud de los rígidos criterios y las interpretaciones extraídas de los preceptos que regulaban la prisión preventiva y la detención policial, de espaldas a la Constitución Política y las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos.²⁸

Como muestra el ejemplo, en las mejores condiciones posibles, y con un poder judicial comprometido con la defensa de la libertad, alrededor de un 20% de las per-

26. En 1992 el porcentaje fue del 14,7; en 1993, del 14,5; y en 1994, del 18,5 (cf. Editorial, “El aumento del número de presos sin condena”, en *Ciencias Penales* No. 10, San José, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica Editorial, p. 1).

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

sonas detenidas eran presos sin condena. El principio de excepcionalidad *no funcionó para ellos*, pues fueron sometidos a la medida de coerción más violenta del orden jurídico vigente. Si, como dice el Pacto Internacional:

... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas *no debe ser la regla general...* (art. 9.3, destacado agregado)

La regla citada es un mandato que tiende a proteger a la mayoría de los imputados, pero no a todos ellos. Así, aun cuando el principio de excepcionalidad se cumpliera, siempre habría un grupo que “excepcionalmente” se hallaría privado de su libertad. Piénsese en la diferencia de efectos que el principio produce en relación a detenidos y a imputados en libertad. A algunos les garantiza la libertad; a otros –aunque sean los menos– los coloca en idéntica situación que a los condenados.

¿Cómo conjugar esta injusticia, esta desigualdad de trato? ¿Con qué palabras le explicamos a las personas detenidas que ellas gozan del mismo estado jurídico de inocencia que quienes están en libertad?

Más allá de ello, el principio de excepcionalidad, *pese a su falta de aplicación práctica*,²⁹ es un principio positivo que hay que cuidar y tenerlo en miras al hablar de cualquier medida de coerción, sobre todo por su doble efecto –aplicación excepcional de la coerción y aplicación de las medidas menos lesivas–.

LOS FINES PROCESALES

LA IRRELEVANCIA DEL FIN

Según la doctrina más garantista, “la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva... La solución solo puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión *es prohibida como pena anticipada* y que *debe diferenciarse* entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad...”³⁰

Sin embargo, se reconoce, al mismo tiempo, “que la prisión preventiva y la pena privativa de libertad *no se pueden diferenciar sustancialmente* en la intensidad de la restricción a la libertad. Entre ambas solamente es posible una distinción *que parta*

29. Este principio debe ser recuperado en su actual sentido en cualquier reelaboración del principio de inocencia y de un programa de aplicación de medidas de coerción.

30. Javier Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva*, San José, Ed. UCI, 1997, p. 171 (destacado agregado).

de los fines de la privación de libertad en cada una de ellas”.³¹ En este sentido, se sostiene:

La diferencia entre la *coerción material* y la *procesal* no se observará por el lado del uso de la fuerza pública, ni centrandó la mira en aquello que implica la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas; solo se puede establecer por el lado de los *fines* que una y otra persiguen...³²

Es necesario señalar que *no es cierto* que la diferencia entre coerción procesal y material no se pueda establecer por el lado del uso de la fuerza pública, “ni centrandó la mira en aquello que implica la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas”. La magnitud de “aquello que implica la privación de libertades” pueden diferenciarse perfectamente estableciendo un régimen mucho menos restrictivo de derechos para la coerción procesal que el de la coerción sustantiva. Tampoco es cierto que la magnitud de la restricción de libertades “caracterizan a toda coerción estatal”, pues el Estado cuenta con facultades jurídicas para imponer medidas de coerción de diverso contenido, finalidad y alcance de la restricción de derechos.

Así, la doctrina justifica que el Estado imponga una restricción de la libertad a una persona inocente que *en nada se diferencia de una pena*. Según esta misma doctrina, tal restricción es legítima por el fin que el Estado cumple con la privación de libertad. Así, se sostiene en la doctrina más restrictiva del encarcelamiento preventivo:

... la detención judicial... [s]e asemeja en su apariencia externa a la pena privativa de la libertad, consistiendo ésta... en el encarcelamiento en un lugar cerrado, pero no tiene la finalidad de constituir un mal al afectado, que pudiera merecer en razón de su hecho, sino de prevenir el entorpecimiento de la realización del proceso y, consiguientemente, de causar las afectaciones imprescindibles a su finalidad preventiva.³³

Veamos, entonces, qué tenemos. Por un lado, tenemos un individuo jurídicamente inocente, al cual, se supone, el Estado no puede someter a medidas coercitivas de carácter represivo. Por el otro, tenemos órganos estatales que necesitan atentar contra la libertad de esta persona inocente, con la finalidad de aplicar una medida materialmente represiva.³⁴

31. *Ibíd.*

32. Julio Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, 2a. ed., p. 514.

33. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 818.

34. Olvidémonos por un momento del eufemismo del fin cautelar. En lo que todos están de acuerdo es que la restricción de derecho a la libertad que sufre un inocente y un culpable son sustancialmente idénticas.

Frente a esta coyuntura, se admite que si la finalidad del órgano estatal es procesal, esto es, la finalidad de garantizar la realización del derecho penal, éste puede aplicar sobre el inocente una medida de carácter materialmente represiva.

Si, como se reconoce expresamente, no hay diferencia sustancial entre la pena y el encarcelamiento preventivo, la única circunstancia que distingue a este último de la sanción represiva consiste en su fin pretendidamente cautelar.

Sin embargo, la garantía que protege al inocente debe analizarse, para determinar si ha sido respetada o no, desde el punto de vista *del individuo cuya libertad protege*. Desde este enfoque, debe reconocerse que se impone al inocente *la misma medida que al condenado*. Difícilmente se pueda afirmar que la restricción de la libertad del inocente varíe en algo, para él, por el pretendido fin que, desde el punto de vista del Estado,³⁵ se le atribuya a la detención.

En este sentido, Andrés Ibáñez señala:

Se ha podido comprobar en el caso de Carrara, paradigmático por su sinceridad. Y es también advertible en un autor, Hélie, de obligada referencia cuando se trata de discurrir sobre la naturaleza y razón de ser de la prisión provisional. Es sintomático que el autor se encuentre en el deber de iniciar su discurso con la afirmación de que “la privación preventiva de libertad (*détention préalable*) de los inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena”. Después, señalará que aquélla, “si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción”.³⁶

En la expresión de Hélie, la prisión provisional no *es* (realmente) una pena solo porque (jurídicamente) no *debe* serlo, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera. Lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados, en cada caso, como por el modo en que se produce esa afectación. Así, la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal.³⁷ Y es precisamente ésta la dirección en la que se han proyectado los

35. Más allá de lo dicho, también hay un problema con el fin atribuido, no solo porque pocas veces, en la realidad, la prisión preventiva se aplica con fines procesales sino porque, además, no sabemos en la voluntad de quién debemos hurgar para determinar cuál es la finalidad real de la detención.

36. [Nota en el texto citado] M. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou theorie du Code d'instruction criminelle*, vol. V, París, Ch. Hingray, 1853, p. 748.

37. [Nota en el texto citado] Naturalmente, el criterio de discernimiento es el del fin jurídico-formal o interno, puesto que vista desde una perspectiva criminológica externa, la función que efectivamente cumple la prisión provisional en el modo de ser real del proceso en la generalidad de nuestros países, es, como se ha dicho antes, la de una anticipación de los efectos de la pena.

esfuerzos dirigidos a proponer criterios de discernimiento convincentes entre ambas instituciones.³⁸

El principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para *prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva*, independientemente de los fines atribuidos a tal medida.

El derecho a ser tratado como inocente requiere un trato material ajeno al fin del Estado; es un derecho del imputado que genera obligaciones de no hacer para la autoridad pública. La pretendida finalidad que la autoridad le atribuya a un hacer que tiene prohibido no justifica su acción.

JERARQUÍA AXIOLÓGICA DEL FIN PROCESAL

Retomemos por un instante los criterios de interpretación que deben guiar la privación de libertad de personas inocentes. Para que el fin atribuido a la medida que anula por completo el derecho protegido –la libertad ambulatoria– pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada.

Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho a la libertad del imputado, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permitiera equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, el principio de inocencia significa, precisamente, que se ha reconocido *mucho mayor valor* a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal. Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando peligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

Dado que los fines procesales, por decisión expresa del principio de inocencia, revisten *menor jerarquía* que la libertad ambulatoria del inocente, solo pueden permitir, en todo caso, *restricciones mínimas* a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma. Esto es lo que sucede, precisamente, con la prisión preventiva, y es *exactamente lo que el principio de inocencia prohíbe*.

38. Andrés Ibáñez, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 10 y ss.

Varios autores ya se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad del encarcelamiento preventivo. Ferrajoli, por ejemplo, ha puesto la cuestión de la ilegitimidad del fin supuestamente procesal en sus justos términos:

La debilidad de esta posición de compromiso, que ha demostrado ser incapaz de contener el desarrollo patológico de la privación de libertad sin juicio, radica en su incoherencia con la proclamada presunción de inocencia, enmascarada bajo el patético sofisma de la naturaleza no penal del instituto, y es la misma debilidad que ya había aquejado a la posición de los ilustrados. Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y *una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por "necesidades procesales", ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por "necesidades penales"*.³⁹

Pero este autor no ha sido el único:

1. La primera cuestión ha sido objeto de análisis desde antiguo y ha sido reflatada hoy por diversos autores. Se expiden en favor de la inconstitucionalidad de la prisión anterior a la sentencia firme de condena, entre otros, *José GARCÍA VIZCAÍNO, Libertad bajo fianza*, en *El Derecho*, Bs. As., T. 92, 1981; *Gabriel E. PÉREZ BARBERÁ, Prisión preventiva y excarcelación*, en *La Ley*, Córdoba, diciembre de 1992; *Graciela LEDESMA, Presos sin condena: inocentes condenados*, en *Ponencias*, VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de La Plata, 1996; *Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR y Alejandro ALAGIA, Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000; *Matilde M. BRUERA, Cárcel*, en *Universitas Iuris*, Publicación de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, año 2, No. 10, 1996, ps. 3 y ss.; parece ser ésta, también, entre los trabajos argentinos, la posición de *Fabián I. BALCARCE, Presunción de inocencia –Crítica a la posición vigente–*, Lerner, Córdoba, 1996; *Luigi FERRAJOLI, Derecho y Razón –teoría del garantismo penal–*, Trotta, Madrid, 1989. Esta es también la tesis que tuve al ocasión de defender en mi artículo *La prisión de presuntos inocentes*, en *Revista de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional del Comahue*, No. 1, año 1993 y *Deslegitimación constitucional de la prisión durante el proceso*, en revista *Universitas Iuris*, Universidad Nacional de Rosario, año 3, No. 14, julio de 1997. (Resolución de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, del 1 de noviembre de 2001, voto de Gustavo Vitale).

En segundo término, la justificación de la privación de libertad del inocente invocando la necesidad de neutralizar los peligros procesales carece de sustento lógico. Veamos. El principio de inocencia prohíbe aplicar una medida represiva a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible, pero no se haya demos-

39. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 555 (destacado agregado).

trado en juicio tal imputación. Ello implica que para aplicar una sanción represiva *por un hecho delictivo ya cometido* debo demostrar la responsabilidad del autor en un juicio. En síntesis, sin juicio previo no puede haber pena.

No se puede justificar, entonces, que como no puedo aplicar una pena sin realizar un juicio, puedo anticiparla con el supuesto fundamento de que puede ocurrir un hecho futuro que no sea punible y que puede dificultar la realización del juicio. Además, no podemos dejar de lado que la ocurrencia de un hecho futuro sea indemostrable. Así, como no se puede aplicar una pena sin juicio, la aplico anticipadamente por si acaso no se pueda realizar tal juicio. Esto no es una justificación, es un absurdo.

LA VERIFICACIÓN DEL PELIGRO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una sospecha razonable* de que el acusado pueda evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”.⁴⁰

Para observar esta exigencia, el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular solo puede corresponder a un órgano judicial.⁴¹ El juicio de peligrosidad procesal solo puede estar a cargo del tribunal, pues éste exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal.

Pero lo más relevante es que el peligro procesal debe tener fundamentos en elementos objetivos que deben ser verificados. Dado que el encarcelamiento preventivo se impone con la pretensión de evitar hechos que pueden suceder en el futuro, esto es, aún no realizados, cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda verificar esa circunstancia.

Si tenemos en cuenta el peligro de fuga, parece difícil que la eventual huída del imputado pueda ser verificada de alguna manera. Salvo casos excepcionales, en los cuales se descubre al imputado cuando ya ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la acción de la justicia –v. gr., se comprueba que ha adquirido un pasaje de ida a un país extranjero, y es detenido en el aeropuerto–, no parece posible deducir de

40. CIDH, Informe No. 12/96, párr. 84 (destacado agregado).

41. Por ello, la legislación procesal no puede establecer criterios generales que impongan al tribunal el deber de ordenar la privación de libertad, independientemente de las circunstancias concretas del caso. Ello sucede, por ejemplo, cuando se establece la obligatoriedad de dictar la detención cautelar para cierto tipo de delitos.

otro tipo de hechos, ya acontecidos, la realización de un hecho futuro de las características de la fuga.

Lo mismo sucede con el peligro de entorpecimiento de la investigación. Por tratarse, también, de hechos futuros, su verificación presenta idénticos problemas. Aun en el supuesto de que se demuestre, en el caso concreto, que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco se puede deducir que repetirá comportamientos similares en el futuro.

El problema es que, según se afirma, el tribunal debe verificar la existencia del peligro concreto a través de datos objetivos, derivados de elementos de prueba incorporados válidamente al proceso. Sin embargo, parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, “probar” la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro.⁴² Esta cuestión, en sí misma, plantea un grave problema para conciliar el encarcelamiento preventivo con el principio de inocencia.

El principio de inocencia solo autoriza imponer una pena cuando se haya demostrado con certeza, luego de una investigación exhaustiva, la efectiva realización de determinado comportamiento acontecido en el pasado.

Al mismo tiempo, se afirma que el peligro procesal justifica el encarcelamiento anticipado del inocente. Ahora bien, ¿es posible admitir que la pena solo puede ser fundada en la certeza de que un comportamiento ha sido efectivamente realizado y, al mismo tiempo, afirmar que es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre los cuales no se requiere certeza alguna?

FINES SUSTANTIVOS

A pesar de que la mayoría de la doctrina, de la jurisprudencia de los tribunales locales de los diversos países, de la doctrina de algunos órganos internacionales de aplicación de instrumentos convencionales de derechos humanos, limita los supuestos de peligro procesal a dos casos: a) peligro de fuga; y b) peligro de entorpecimiento, ya hemos visto que la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas admite como tercer motivo que justifica la detención la peligrosidad del imputado y su posibilidad de reincidencia.

Del mismo modo se admite esta tercera causal no procesal sino sustantiva en el CPP Costa Rica:

42. Piénsese que si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido –el hecho punible objeto del proceso–, cuánto más improbable es que “pruebe” –en verdad, se trata de una tarea imposible– que es muy posible que algo suceda en el futuro.

Artículo 239. Procedencia de la prisión preventiva

El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

El “peligro de reiteración” rige como causal de encarcelamiento preventivo en Alemania para “numerosos delitos que, de acuerdo con la experiencia práctica, muchas veces son cometidos como delitos en serie, y a los que se cree poder prevenir, de modo más eficaz que hasta ahora, a través de la detención temprana del imputado”.⁴³

También hay excepciones al fin procesal de la detención cautelar en el CPP Guatemala, producto de un proceso de contrarreforma que introdujo modificaciones de carácter autoritario al Código procesal penal, como se puede apreciar en el agregado que se hizo al artículo que transcribimos a continuación:

Artículo 264. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
4. La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

43. Roxin Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 261.

7. La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

(Reforma dto. 32-96) No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el capítulo VII del decreto No. 48-92 del Congreso de la República, ley contra la narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

Los tres últimos párrafos agregados al art. 264 establecen el deber judicial de dictar la prisión preventiva obligatoria, aunque no exista peligro procesal alguno, para los supuestos allí enunciados, todos ellos fundados en razones sustantivas.

CONCLUSIONES

En síntesis, la muletilla de los fines procesales no distingue lo que en el mundo es igual: el encarcelamiento preventivo, como la pena, son medidas represivas. El fin que se le asigne no puede justificar su pretendida legitimidad.

Así, por ejemplo, no se puede justificar que se trate a una persona como esclava para evitar una sedición, o para realizar el bien común. La Constitución Nacional prohíbe que se atribuya a cualquier persona la calidad de esclava, y la bondad de nuestros fines no puede justificar una medida semejante. Del mismo modo, la Constitución prohíbe aplicar medidas represivas a los jurídicamente inocentes, y tales medidas no pueden ser justificadas, si son represivas, por sus pretendidos fines procesales.

El principio de inocencia no existe para obligar al Estado a moverse con determinados fines, sino para impedir que éste aplique medidas represivas a los inocentes.

En segundo término, la existencia del peligro procesal que supuestamente legitimaría la imposición de la privación de libertad anticipada descansa sobre presupuestos fácticos de prueba imposible.

En efecto, para afirmar la existencia de un peligro procesal hay que considerar probadas circunstancias que indiquen la eventual ocurrencia de hechos y conductas que tendrán lugar en el futuro.

Como se ha demostrado en numerosas investigaciones empíricas criminológicas, los estudios sobre condenados permiten cuestionar gravemente las predicciones sobre comportamientos humanos futuros, lo que agrava el problema de la legitimidad del encierro carcelario respecto de las personas efectivamente condenadas a una pena privativa de libertad.

Con cuánta más razón tales métodos deben ser criticados si los aplicamos a personas inocentes, respecto de quienes aún ni siquiera se ha comprobado si han cometido un comportamiento delictivo, y respecto de quienes resulta imposible predecir un comportamiento que pueda ser considerado como “peligro procesal”.

El principal problema que enfrentan las predicciones sobre comportamiento futuro es que no son pasibles de ser demostradas ni refutadas, razón por la cual su legitimidad es dudosa en todos los casos.

Por último, cuando se aplica sobre la base –aun inconsciente– de criterios sustantivos, como ha señalado el *justice* Marshall, de la Corte Suprema de los EE.UU., “las sanciones de encarcelamiento preventivo no son impuestas a todas las personas que se consideran peligrosas, solo a aquellas que están sometidas a persecución penal. Así, es la presencia de la culpabilidad que surge desde la imputación aún no demostrada la que actúa como disparadora de la detención”.⁴⁴ Se debe tener en cuenta, por lo demás, que la detención preventiva, en los EE.UU., se aplica con fines penales sustantivos a los que eufemísticamente, se los llama “regulatorios”.⁴⁵ Así, en el caso “Salerno”, la Corte tuvo que decidir si la detención previa al juicio de los imputados violaba el debido proceso sustantivo y la cláusula que prohíbe la caución excesiva de la Enmienda VIII de la Constitución federal. El voto de la mayoría analizó si la detención previa al juicio violaba el debido proceso sustantivo, y se preguntó si se

44. LeRoy Parnell, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, nota 55 y texto que la acompaña.

45. Ver la opinión de Rehnquist en *US v. Salerno*, 481 US 739, 746-747 (1987).

trataba de una “sanción inaceptable previa al juicio”⁴⁶ –con lo cual parece aceptarse que hay “sanciones aceptables previas al juicio”–.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

EL SENTIDO DE LA PROPORCIONALIDAD

Tal como Sergi ha señalado, el principio de proporcionalidad “constituyó, históricamente, el primer límite temporal a la prisión preventiva”.⁴⁷ El principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados.⁴⁸

El sentido del principio, sin embargo, ha variado con el transcurso del tiempo. Cafferata Nores señala sus distintos significados, señalando que la proporcionalidad se alcanza cuando se cumple: a) el agotamiento del tiempo de la pena máxima prevista en abstracto para el delito imputado; b) el agotamiento del tiempo de la sanción que puede aplicarse en el caso concreto; o c) el agotamiento del término de encierro efectivo correspondiente a la pena que pueda aplicarse en el caso concreto, con lo cual se tiene en cuenta la posibilidad de condena de ejecución condicional y, también, la posible libertad condicional.⁴⁹

El sentido actual, en consecuencia, es, como ideal, el de *estricta equivalencia* entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad ha sido denominado “prohibición de exceso”.⁵⁰ Así, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene:

la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser *mayor* que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión.⁵¹

46. LeRoy Pernell, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, notas 47-50 y texto que las acompaña.

47. Natalia Sergi, *Límites temporales a la prisión preventiva*, p. 121.

48. Sobre las consecuencias de este principio en nuestro derecho, cf. Solimine, *Libertad bajo caución y situación procesal*, pp. 31 y ss.

49. Cf. José Cafferata Nores, *Limitación temporal a la prisión preventiva*, pp. 192 y ss.

50. Cf. Cecilia Sánchez Romero, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, p. 67.

51. Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 200.

Esta definición del principio permite que, en muchos casos, la medida cautelar resulte *igual o mayor* a la posible condena. En ordenamientos anacrónicos como nuestro CPP Nación, las disposiciones que regulan –supuestamente– el límite de la proporcionalidad tienden, como mínimo, a garantizar la estricta equivalencia entre medida cautelar y pena en abstracto y, por ello, a favorecer el incumplimiento de ese límite.

Un ejemplo de detenidos preventivos en peores condiciones que los condenados fue revelado hace muchos años por un informe sobre la situación carcelaria en España –abril de 1992–. Allí se indicaba que si bien “la mayoría de las condiciones penitenciarias son idénticas para reclusos preventivos y sentenciados, hay al menos un aspecto de la reclusión en el cual los detenidos preventivos están en clara desventaja. Los detenidos preventivos son excluidos del sistema de permisos, el cual es de vital importancia en un sistema que ofrece muy limitados derechos de visita”.⁵²

Tal regulación legal constituye, claramente, una violación al principio de inocencia y, al mismo tiempo, a la obligación del Estado de “respetar los derechos y libertades reconocidos en” la Convención Americana (art. 1.1, CADH), pues de la obligación de respetar “surge como consecuencia necesaria, la obligación de adecuar el sistema jurídico interno...”. Se trata de una obligación positiva que “acarrea la necesidad de que el Estado realice una actividad de adecuación, ello es, una obligación de hacer”.⁵³

El primer supuesto que claramente ignora la restricción impuesta por el principio de proporcionalidad es el previsto en el art. 312, inc. 2, del CPP Nación, que autoriza a ordenar el encarcelamiento preventivo “[a]unque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional”, si se puede presumir fundadamente la necesidad de neutralizar un peligro procesal (art. 319).

Esta disposición produce resultados equivalentes a la posibilidad de detener preventivamente a quien es perseguido por un hecho sancionado con pena de multa. Por lo demás, varios de los supuestos de excarcelación del art. 317 también admiten detenciones desproporcionadas.⁵⁴

52. Helsinki Watch, *Condiciones carcelarias en España*, p. 3.

53. Alejandro Kawabata, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, punto A. 2. Esa obligación de adecuar el derecho interno a la Convención surge de su art. 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

54. El supuesto del inc. 2, al condicionar la libertad a la pena máxima, permite que la detención cautelar resulte desproporcionada en todos los casos en que la eventual condena admita la imposición de una pena inferior al máxi-

Códigos más modernos tratan de restringir el plazo de la detención para cumplir con la concepción de equivalencia entendida en términos más actuales. El art. 238, párr. II, del CPP Costa Rica dispone: “La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso”. En el mismo sentido, el art. 257, lit. b, prevé que la detención cesará: “Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada”. De todos modos, cabe analizar la racionalidad del concepto de proporcionalidad como estricta equivalencia entre medida cautelar y pena.

LOS PROBLEMAS DE LA EQUIVALENCIA

El principio de proporcionalidad con su significado actual solo sirve para justificar, precisamente, lo que el principio de inocencia prohíbe. En efecto, el principio de inocencia no pretende impedir que las personas inocentes sufran penas más graves que las que puedan merecer luego de ser juzgadas y declaradas culpables. En todo caso, ése es el fin protector del principio de legalidad material, pues éste es el principio que pone límites a la pena merecida a quien es declarado culpable.

Esta interpretación del principio de proporcionalidad produce graves consecuencias. Ella permite, por ejemplo, que en la actualidad la aplicación del encarcelamiento preventivo produzca resultados más graves que los de la inquisitiva institución de la *poena extraordinaria*. En el contexto del procedimiento inquisitivo, la “*poena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad”.⁵⁵

Se trataba de la pena de sospecha, que permitía dosificar el castigo según el grado de certeza alcanzado por el juzgador: si lograba demostrar con certeza la responsabilidad del imputado, podía aplicar la pena máxima; en caso contrario, la sospecha autorizaba a aplicar una pena proporcional al nivel de verificación de la hipótesis acusatoria alcanzado en el proceso. A pesar de la perversidad del mecanismo, la falta

mo legal. Esta disposición no solo presume la responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le atribuye sino que, además, presume el máximo grado de culpabilidad por tal hecho. Esta solución ha sido defendida por Vélez Mariconde, quien afirma que “parece lógico que predomine el *criterio objetivo* de reparar en la *entidad de la pena conminada en abstracto* por la ley... a fin de que se mantenga el encarcelamiento preventivo” (*Derecho procesal penal*, t. I, pp. 333 y ss., destacado en el original). El supuesto del inc. 3 también tolera encarcelamientos desproporcionados, pues condiciona la libertad de un inocente al cumplimiento de una exigencia que la ley solo impone a los condenados para obtener la libertad condicional.

55. Julio Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 880.

de certeza, al menos, *reducía* la pena aplicable. La situación actual, paradójicamente, ni siquiera garantiza esa reducción.

La manera más efectiva de demostrar la irracionalidad de la forma en que opera actualmente el principio de proporcionalidad consiste en realizar una comparación con la *poena extraordinaria*. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal “soluciona” su ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la *poena extraordinaria*. Sin embargo, las consecuencias de la aplicación actual de esa racionalidad inquisitiva a través del encarcelamiento preventivo son aún más graves que las provocadas por la pena de sospecha.

En efecto, la prisión preventiva opera como la *poena extraordinaria* solo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al “plazo razonable” de los tratados de derechos humanos –CADH, art. 7.5; PIDC y P, art. 9.3–. En estos supuestos, la imposibilidad del Estado de demostrar con certeza la culpabilidad del imputado solo permite una detención sin condena que es inferior a la pena eventualmente aplicable, de manera análoga a la aplicación de la *poena extraordinaria*.

Cuando la pena es menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad –v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable–, el encarcelamiento anticipado es más grave que la *poena extraordinaria*, pues aquél, en realidad –a pesar de la falta de pruebas–, se equipara a la eventual condena.⁵⁶

Por las razones expuestas, el principio de proporcionalidad no puede ser entendido en el sentido que se le reconoce actualmente, no solo por las consecuencias que produce y que ya hemos señalado, sino, además, porque la equivalencia temporal de la detención del procesado y del condenado jamás puede resultar “proporcional”, debido a la diferente *situación jurídica* en la que se halla la persona inocente.

Si el principio de inocencia puede ser reglamentado pero no alterado, no resulta legítimo entender la proporcionalidad de la manera descrita, pues ello significa que el Estado está facultado a tratar al inocente *del mismo modo* que al culpable. Según la percepción generalizada del principio de proporcionalidad, el principio de inocen-

56. En síntesis, la construcción del significado del principio de proporcionalidad que ha realizado el derecho procesal penal del siglo pasado ha terminado por reproducir una práctica aún más perversa que la *poena extraordinaria* de la más pura Inquisición. Lo más grave es que este concepto de proporcionalidad ni siquiera respeta un criterio sustantivo de proporcionalidad, pues se halla en peor situación la persona a quien se le imputa un delito leve que el imputado a quien se le atribuye un delito de extrema gravedad. Este último, por el límite temporal, solo cumplirá una parte de la pena eventualmente aplicable, pero aquél estará en peor situación, pues agotará completamente en prisión la pena eventualmente aplicable, es decir, estará en idéntica situación que un condenado.

cia solo sirve para impedir que el procesado sea tratado peor que el culpable. Sin embargo, ése no es, ni puede ser, su sentido.

Toda persecución penal impone a quien la sufre ciertas cargas, molestias y restricciones que no son impuestas a quien no se le imputa ningún hecho punible. Esta circunstancia, en sí misma, nada tiene de objetable. La cuestión relevante consiste en determinar cuál debe ser el límite de tales injerencias. Ahora bien, debe quedar claro que lo que está fuera de toda discusión es que tales injerencias no pueden *eliminar* el principio de inocencia, pues éste ha sido previsto, precisamente, para proteger a las personas que deben soportar las injerencias propias de la persecución penal.

Se debe tener en cuenta, por otra parte, que la limitación que evita que el procesado reciba un trato peor que el condenado deriva de exigencias materiales –v. gr., del principio de legalidad sustantivo–. Tampoco al culpable se le puede imponer una pena más grave que la que merece según las reglas legales vigentes. Si ése fuera el sentido del principio de proporcionalidad, su fundamento no derivaría del principio de inocencia, sino del principio de legalidad material.

La consagración positiva del principio de inocencia en los textos constitucionales y en los tratados de derechos humanos refleja que se ha tomado una determinada decisión sobre la manera de resolver la tensión siempre presente entre libertad individual y política persecutoria, claramente a favor de la primera.

Por este motivo, la necesidad de neutralizar un peligro procesal no puede justificar, de ningún modo, la *eliminación* del principio de inocencia, pues este principio fue establecido, precisamente, para resolver este tipo de situaciones. Solo en casos en que exista algún peligro procesal la libertad del imputado estará en peligro y, por ello, en esos casos adquiere su mayor sentido protector el principio de inocencia. Si no fuera así, el principio no tendría sentido alguno, pues no podría impedir que el inocente recibiera el mismo trato que el culpable.

La única solución posible, frente a esta situación, consiste en atribuir un sentido al principio de proporcionalidad que resulte adecuado para lograr un respeto efectivo del principio de inocencia y, en consecuencia, para demarcar con precisión las injerencias legítimas que debe soportar el individuo sometido a persecución penal. El principio de inocencia no significa que no pueda aplicarse ninguna medida de coerción sobre el imputado para garantizar la realización de los fines del proceso. De hecho, la protección de esos fines no solo autoriza aplicar medidas de coerción al imputado sino, también, a otras personas que no hayan sido acusadas, pero cuya presencia o intervención resulta necesaria.⁵⁷

57. De allí, por ejemplo, la posibilidad de hacer comparecer a un testigo por la fuerza pública o, en el derecho anglosajón, la facultad del tribunal de aislar al jurado durante el juicio.

En la actualidad existe una tendencia a establecer la proporcionalidad en términos no equivalentes. En este marco, se considera que la coerción procesal debe ser, necesariamente, menor a la coerción penal.

Así lo ha sostenido la Comisión Interamericana al analizar la estrecha vinculación entre el principio de proporcionalidad –entendido en términos de equivalencia– y el criterio de retribución. Esta aplicación del principio, afirmó, desvirtúa la finalidad de la prisión cautelar, transformándola en una justificación para la imposición de una pena anticipada.⁵⁸ A estas consideraciones, SERGI ha agregado recientemente:

El criterio de proporcionalidad, entonces, debe ser dejado de lado en estos supuestos [se refiere a delitos con penas graves en los cuales el principio no opera como límite temporal] (y solo incluirlo en el análisis de la razonabilidad del plazo inferior al máximo) para darle lugar a un criterio más restringido: el *principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia* entre la pena y la prisión preventiva. De acuerdo a esta nueva formulación del antiguo principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo *nunca* puede equivaler a la duración de la pena.⁵⁹

Debe quedar claro, en este marco, que la doctrina de la Comisión sugiere inequívocamente una afirmación de la tendencia expresada en la posición de Sergi y ya reflejada positivamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y chileno.

EL PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD

El principio de provisionalidad postula que todos los requisitos, presupuestos y exigencias que deben ser verificados, para autorizar el encarcelamiento anticipado, carecerían de sentido si solo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así fuera, una detención inicialmente legítima puede tornarse arbitraria, sin que pueda remediarse tal situación.

Por este motivo, se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva. El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención solo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de orde-

58. En el Informe No. 12/96, la Comisión consideró que tanto el argumento de la gravedad del hecho como el de la severidad de la pena se inspiran en criterios de retribución penal, por lo cual su utilización produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, “convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad” (párr. 86). A ello agregó: “Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención” (párr. 88).

59. Natalia Sergi, *Límites temporales a la prisión preventiva*, pp. 137 y ss. (destacado agregado).

nar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva, al extenderse en el tiempo, solo es legítima en la medida en que continúen existiendo *todos* sus presupuestos. Desaparecido alguno de sus requisitos, el encarcelamiento debe cesar.

Este principio ha sido reconocido normativamente, estipulando el deber de revisar periódicamente los presupuestos del encarcelamiento preventivo. Sin embargo, quizá sea el principio que menos se cumpla. Como regla, las personas privadas de libertad por una medida cautelar recuperan su libertad –con excepción del principio de proporcionalidad y del límite temporal– con un auto de falta de mérito o con un auto de sobreseimiento.

Si no fuera así, no se comprende cómo aquellas personas que fueron detenidas cautelarmente por entorpecer la investigación no recuperan su libertad, una vez agotada la etapa de investigación. Este principio no plantea ningún problema conceptual, sino un grave problema práctico que requiere diseñar mecanismos de control adecuados para controlar de manera efectiva que los presupuestos del encierro preventivo se mantienen en el tiempo.

LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

LA PRÁCTICA

Como hemos visto en el capítulo anterior, la nueva garantía contemplada en los tratados de derechos humanos (art. 7.5, Convención Americana; art. 9.3, Pacto Internacional) no ha operado como debía.

Los organismos internacionales de aplicación de los tratados internacionales han fracasado en erigir a dicho derecho como una efectiva protección contra el abuso que los Estados realizan del encarcelamiento preventivo.

El principal problema en la aplicación de esta garantía ha sido, como sucedió en el caso de la Comisión Interamericana, que se ignoró el caso de aquellos países que contaban con leyes que establecían límites temporales absolutos, con el argumento de que el “plazo razonable” de la Convención no podía ser un plazo determinado.

Además de ignorar un principio básico de interpretación, como el establecido en el artículo 29.b de la Convención Americana, las decisiones de la Comisión han impedido que la persona detenida, aun cuando en el derecho interno exista un límite temporal cierto, tenga conocimiento acerca de cuándo culminará su detención. Ello pues según la doctrina del sistema interamericano, los Estados pueden mantener a las

personas detenidas a pesar del vencimiento del plazo estipulado en la legislación interna.⁶⁰

Por otra parte, los organismos internacionales no han sido demasiado exigentes a la hora de analizar la extensión del plazo que consideran razonable. En este punto, ha resultado desafortunada la omisión de los órganos del sistema interamericano de analizar el régimen de enjuiciamiento regulado en el ámbito interno y su influencia con la duración de la detención. Ello pues se debería atribuir a los Estados la responsabilidad en el modelo de justicia penal que adoptan, en la medida en que éste es causa directa de la tasa de los presos sin condena.

Tal como se ha demostrado, el sistema de enjuiciamiento determina de modo directo la tasa de presos sin condena. Así, en un viejo estudio se determinó que mientras los países anglosajones de América Latina y el Caribe tenían un 22,57% de presos sin condena, los países de la misma región con sistema continental-europeo contaban con un 61,74% de detenidos cautelarmente.⁶¹

Por este motivo, este derecho a no permanecer detenido a la espera del juzgamiento más allá de un plazo razonable, que surgió frente al fracaso de los demás principios que pretenden limitar el encarcelamiento preventivo, también ha fracasado. Algunos autores, sin embargo, consideran que la limitación temporal del encarcelamiento preventivo a un “plazo razonable” deriva del “principio de excepcionalidad”, pues afirman que la detención debe “durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad que toda medida cautelar persigue...”.⁶²

PROBLEMAS CONCEPTUALES

El primer problema conceptual que tenemos es que ni el principio de inocencia ni los tratados de derechos humanos permiten al Estado aplicar una medida de la calidad e intensidad del encarcelamiento preventivo. En efecto, el art. 7.5 de la Convención Americana dispone:

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que con-

60. Esto ha cambiado con el reciente Informe 35/07, en el caso de los hermanos Peirano Basso, contra el Estado Uruguayo.

61. Elías Carranza, Luis P. Mora, Mario Houed y Eugenio Zaffaroni, “El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, p. 648.

62. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 837.

tinúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

El art. 9.3 del Pacto Internacional, por su parte, establece:

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Nada hay en el principio de inocencia –que es un principio limitador por definición–, ni en las dos disposiciones citadas, que permita que a una persona sometida a persecución penal se le aplique una medida represiva idéntica a la pena y por la misma cantidad de tiempo.

Ello indica que la medida de coerción debe distinguirse cualitativa y cuantitativamente de la sanción penal. En el aspecto cuantitativo, es el principio de proporcionalidad, en términos de inequivalencia el que puede tener efectos limitadores.

Un segundo problema consiste en que, por aplicación del principio *pro homine*, solo se debe acudir al encierro cautelar para garantizar la comparecencia al proceso del imputado y su presencia para la ejecución del fallo. En síntesis, tanto la Convención Americana como el Pacto Internacional, como afirma, entre otros, San Martín Castro, solo admiten como peligro procesal legítimo el peligro de fuga:

La función legítima de la detención judicial o encarcelamiento preventivo consiste, a nuestro juicio, en evitar la fuga del imputado. Ahora bien, la doctrina procesal ha identificado dos fines de esta medida...

...

Por nuestra parte... consideramos que la detención judicial tiene como única función garantizar la ejecución de la pena corporal. Se trata de una justificación permanente, es decir, válida a través de todas las fases o etapas del proceso...⁶³

63. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, pp. 818 y ss.

LA IMPUGNACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

LA IMPUGNACIÓN

Por diversos motivos, algunos autores han comenzado a impugnar severamente la legitimidad de la prisión preventiva. Así, Pastor sostiene:

El encarcelamiento preventivo funciona, en la práctica, como pena anticipada, sobre todo ayudado por nuestra ley procesal penal que, prescindiendo de toda verificación de la existencia de los peligros procesales que lo autorizan (falta de demostración cierta de sus presupuestos), lo permite por razones sustantivas. Gracias a ello, el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación debería ser la contraria.⁶⁴

En similar sentido opina Ferrajoli:

... la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un *juez*, sino en poder serlo solo sobre la base de un *juicio*...⁶⁵

Así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia. El imputado debe comparecer libre ante sus jueces...⁶⁶

En síntesis, ambos autores impugnan la prisión sin juicio y la afectación al principio de inocencia. Sin embargo, ninguno de ellos reniega de la posibilidad de imponer cualquier medida de coerción sobre el imputado. De hecho, Ferrajoli parece admitir el encierro carcelario luego del juicio y antes de que la sentencia adquiriera firmeza.

LA PROPUESTA

Como ya hemos dicho, una persona imputada de la eventual comisión de un hecho punible puede sufrir medidas que afectan y restringen el ejercicio y goce de sus derechos.

64. Daniel Pastor, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, pp. 286 y ss.

65. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 555.

66. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 559.

La impugnación que señaláramos en el punto anterior es una reacción frente a la ilegítima restricción de la libertad que representa el encarcelamiento preventivo, tal como es entendido y justificado por la doctrina dominante en la actualidad.

La pregunta consiste en determinar cómo se pueden garantizar la protección de los fines del proceso, sin una injerencia tan violenta como la que produce la prisión preventiva. A nuestro juicio, todo depende, esencialmente, de una reelaboración del principio de proporcionalidad.

Ya hemos visto cómo, a excepción del principio de excepcionalidad –que en la práctica no se aplica–, los requisitos y exigencias materiales del encarcelamiento preventivo no funcionan para proteger la libertad de las personas y el principio de inocencia.

Aun regulado en concordancia con esos principios así entendidos, y con los recaudos formales impuestos por el ordenamiento jurídico, y con el límite temporal del art. 7.5 de la Convención, se sigue aplicando abusivamente la prisión preventiva y no se puede solucionar el problema.

El panorama mostrado nos lleva a concluir en la necesidad de una propuesta de reelaboración del principio de inocencia y del principio de proporcionalidad elaborada para buscar alternativas a la prisión preventiva que, sin vulnerar el estado de inocencia, permitan neutralizar los peligros procesales. Ése es el trabajo pendiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1993.
- Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- “La libertad personal en el sistema interamericano”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A Guevara B., comps., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario-Washington College of Law-American University, 2004.
- Caferatta Nores, José I., “Limitación temporal a la prisión preventiva”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, 2a. ed.
- Carranza, Elías, Luis P. Mora Mora, Mario Houed y Eugenio R. Zaffaroni, “El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, 4a. ed.
- Editorial, “El aumento del número de presos sin condena”, en *Ciencias Penales*, No. 10, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1995.

- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- Kawabata, J. Alejandro, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Ibáñez Perfecto, Andrés, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, en prensa.
- Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva*, San José, Ed. UCI, 1997.
- Maier, Julio B. J., “La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado”, en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Buenos Aires, Lerner, 1981.
- *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, 2a. ed.
- Pastor, Daniel R., “El encarcelamiento preventivo”, en Julio B. J. Maier, comp., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- “Esclios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996/A.
- Pernell, LeRoy, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, en *Cleveland State University Law Review*, vol. 37, 1989.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- Rusconi, Maximiliano, *Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre juez y fiscal*, en http://www.eldial.com/bases/sql/ver_rld.asp?id=110&base=50, elDial – DC6E
- San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, Lima, Alternativas, 2000.
- Sánchez Romero, Cecilia, “La prisión preventiva en un Estado de derecho”, en *Ciencias Penales*, No. 14, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1997.
- Sergi, Natalia, “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001/A.
- Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1986, 3a. ed.