

Tema: Límites temporales al poder punitivo

Título: Encubre al prójimo, pero no a ti mismo...

Autor: Santiago López Warriner

Universidad de Buenos Aires

(011) 46646416

Rosetti 1676 de la localidad de San Miguel, provincia de Buenos Aires

**[slopezwarriner@hotmail.com](mailto:slopezwarriner@hotmail.com)**

## **ABSTRACT.**

A finales del mes de octubre de 2008, la Cámara de Casación Penal (en adelante CNCP) en Acuerdo Plenario estableció que “no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.

En los diferentes votos del referido plenario pueden observarse los distintos fundamentos que van utilizando los magistrados para delimitar la libertad personal de un imputado durante el procedimiento penal, criterios éstos que son celebrados o repudiados dentro del ámbito académico, pues se trata, quizá como en ningún otro instituto, de sentar las bases sobre las que se conforma el Estado de derecho.

Más allá de alguna disidencia poco afortunada, pareciera ir delineándose tímidamente el razonamiento de que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), caso Suárez Rosero, sentencia del 2/9/97, Serie C, Nro.35), y es por ello que sólo debe prosperar cuando se pongan en riesgo los mismos fines del proceso, es decir, aquellos extremos consagrados en el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN).

Esta exposición, como lo demuestra Maier, no representa un invento de la academia, sino que surge directamente de nuestra regulación de principios para la persecución penal, es decir, que poseen un sentido político-criminal indudable, marcando el camino que deben seguir tanto legisladores como jueces a la hora de pronunciarse.

El motivo por el cual aún nos debatimos sobre este asunto no es otro que el sesgo inquisitivo de nuestro procedimiento, donde el acusado es impedido de todas formas de presentarse en pie de igualdad ante la acusación, donde su suerte ante un Tribunal imparcial no esté limitada por tintes que excedan al hecho mismo sobre el que se lo acusa; y el encarcelamiento preventivo es la más clara limitación en este sentido.

Estas tensiones entre criterios objetivos y subjetivos limitadores de libertad se hallan en continua presión con un Estado de derecho, preocupado por la aplicación de la ley penal y la búsqueda de la verdad, pero que no debe descuidar aquel límite que transforma a un simple individuo en un ciudadano, entendido éste por el pensamiento de Günther Jakobs.

Quienes creen dejar a salvo el Estado de derecho propician los criterios procesalistas en detrimento de aquellos sustantivistas. El trabajo estará destinado a responder este punto, es decir, cuán legítimo es el encierro preventivo por fines procesales, delimitado en forma exclusiva hacia uno de sus fundamentos, el encierro preventivo con el fin de evitar el entorpecimiento de la investigación.

Pensado para el ámbito del Código Procesal Federal, al momento del Encuentro se realizará una lectura en perspectiva con el Código de la Provincia de Santa Fé.

## **INTRODUCCIÓN.**

A finales del mes de octubre de 2008, la Cámara de Casación Penal (en adelante CNCP) en Acuerdo Plenario estableció que “no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.

En los diferentes votos del referido plenario pueden observarse los distintos fundamentos que van utilizando los magistrados para delimitar la libertad personal de un imputado durante el procedimiento penal, criterios éstos que son celebrados o repudiados dentro del ámbito académico, pues se trata, quizá como en ningún otro instituto, de sentar las bases sobre las que se conforma el Estado de derecho.

Más allá de alguna disidencia poco afortunada, pareciera ir delineándose tímidamente el razonamiento de que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), caso Suárez Rosero, sentencia del 2/9/97, Serie C, Nro.35) (1), y es por ello que sólo debe prosperar cuando se pongan en riesgo los mismos fines del proceso, es decir, aquellos extremos consagrados en el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN).

Esta exposición, como lo demuestra Maier, no representa un invento de la academia, sino que surge directamente de nuestra regulación de principios para la persecución penal, es decir, que poseen un sentido político-criminal indudable, marcando el camino que deben seguir tanto legisladores como jueces a la hora de pronunciarse (2).

El motivo por el cual aún nos debatimos sobre este asunto no es otro que el sesgo inquisitivo de nuestro procedimiento, donde el acusado es impedido de todas formas de presentarse en pie de igualdad ante la acusación, donde su suerte ante un Tribunal imparcial no esté limitada por tintes que excedan al hecho mismo sobre el que se lo acusa; y el encarcelamiento preventivo es la más clara limitación en este sentido.

Estas tensiones entre criterios objetivos y subjetivos limitadores de libertad se hallan en continua presión con un Estado de derecho, preocupado por la aplicación de la ley penal y la búsqueda de la verdad, pero que no debe descuidar aquel límite que transforma a un simple individuo en un ciudadano, entendido éste por el pensamiento de Günther Jakobs.

Quizás esta tensión no tenga solución, y no se halla encontrado hasta el momento, tal es la afirmación de Sergi, una verdadera justificación a la limitación de la libertad de un inocente, por tratarse de posiciones bien antagónicas.

Quienes creen dejar a salvo el Estado de derecho propician los criterios procesalistas en detrimento de aquellos sustantivistas. El trabajo estará destinado a responder este punto, es decir, cuán legítimo es el encierro preventivo por fines procesales, y si es que éste no posee barreras que deben considerarse ante su aplicación.

Para arribar a una posición en este aspecto, considero oportuno hacer un breve repaso jurisprudencial hasta el reciente pronunciamiento, vinculando el contenido inquisitivo de este instituto, para finalmente destacar los inconvenientes que se presentan ante la aplicación del

resolutorio del fallo Díaz Bessone, incluso ante aquellos que propugnan soluciones que parecieran caminar de la mano con la Constitución.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL Y MODELO DE VERDAD.**

Bien temprano en la mañana, sin la fatiga de estos tiempos, en su célebre De los delitos y de las penas, Beccaria sostenía sobre el punto que “el rigor de la cárcel no puede ser más que el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”. A pesar de estas palabras, nuestros tribunales mostraron reserva a la hora de resolver.

Quizás el más temprano y claro precedente se halla dado en oportunidad de que nuestra Corte se expidiera en el fallo Todres (1971), donde consideró que las pautas objetivas reguladas en la ley resolvían razonablemente el conflicto existente entre el derecho del imputado a no sufrir una persecución injusta y el interés de la sociedad en no facilitar la impunidad de los delincuentes, debiendo, por tanto, los jueces ajustar sus decisiones a las reglas, de carácter obligatorio, fijadas por el legislador.

La Corte continuó afirmando esta posición hasta entrados los 90’, sosteniendo las cláusulas objetivas en materia de excarcelación, adecuando su razonabilidad al caso concreto. De esta manera, la gravedad del delito a investigar por la jurisdicción marcaba la directriz en materia de excarcelaciones, siendo la escala penal de los delitos la frontera entre la cárcel o la libertad.

Sin embargo, los primeros aires de desobediencia se escucharon en tribunales inferiores donde, a modo de ejemplo, el juez Hendler sostuvo que debía existir alguna vinculación entre los fines cautelares de la medida y el encierro preventivo, siendo que éste no podía sólo ligarse a la naturaleza del hecho en cuestión (3).

Este guante fue recogido por nuestra Corte, quien luego del fallo Suárez Rosero de la CIDH, concluyó que la prisión preventiva no podía ser la regla, sino que antes bien debía mensurarse el contexto general de la medida a imponer, no siendo la naturaleza del delito el único parámetro a observar (4). Se empezó a observar, a partir de aquí, al encarcelamiento preventivo como una medida cautelar, desligada de su contenido punitivo: “La referencia a la pena establecida para el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que se precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio” (5).

Más allá de algunos matices que fueron cambiando con el correr de los años, el panorama no se modificó en lo sustancial, y las pautas objetivas en materia de excarcelación siguieron ocupando el papel protagónico en la obra.

Recién entrado el año 2000 pareciera cambiar el paradigma. El fallo Vicario de la CNCP da una interpretación del artículo 316 del CPPN en función del artículo 280 del mismo cuerpo legal, poniéndose en crisis la constitucionalidad de las pautas objetivas para denegar la excarcelación, todo ello sobre la base de una impecable fundamentación del Fiscal de juicio de la causa.

Igual rumbo tomó la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (en adelante CNCC) en el fallo Barbará de finales de 2003. En unos de sus considerandos, se expresó con claridad que “no se puede soslayar que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional cuya finalidad es evitar la fuga del imputado y la

frustración en la investigación de la verdad”, desprendiéndose de allí que “el criterio general es el que surge del art. 280 y las reglas de los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN deben interpretarse armónicamente con el principio de presunción de inocencia, es decir: dichas reglas son siempre ‘iuris tantum’” (6).

Antes de la llegada del plenario Díaz Bessone, la CNCP por intermedio de su Sala III adhirió a la postura de considerar las pautas previstas por el artículo 280 del CPPN para delimitar la libertad, pero condimentó su posición concluyendo que los riesgos procesales de fuga y entorpecimiento de la investigación penal no pueden ser presumidos, sino que se los debe valorar mediante elementos que acrediten su real existencia; es decir, que no basta una mención genérica de aquellos riesgos procesales para denegar la posibilidad de que un imputado transite en libertad el proceso penal, sino que más bien dichas alegaciones deben ser manifestaciones concretas que deben ser ponderadas con los elementos allegados al expediente (7).

Acuerdo plenario DÍAZ BESSONE. A mi entender, lo más destacado del acuerdo plenario es la consideración de ciertos principios que deben regir el encarcelamiento preventivo, como ser, la razonabilidad de la medida, su excepcionalidad, la motivación y fundamentación de la resolución a adoptar y su carácter indispensable, pues es de allí de donde pueden extraerse ciertos parámetros; otros argumentos, aclarados seguidamente, no pueden considerarse por contrariar pronunciamientos de nuestro sistema interamericano, el cual como se hiciera notar párrafos atrás, debe ser la guía para nuestros tribunales locales.

Uno de los principios a considerar es que la aplicación sistemática de la prisión preventiva no va de la mano con nuestra Carta Magna, siendo que su aplicación no debe ser la regla general sino más bien un raro extremo a considerar cuando se pongan en riesgo los mismos fines del proceso penal. Y esto es así, pues la médula en materia de excarcelación debe pasar inexorablemente por el artículo 280 del CPPN.

Otro punto a resaltar es que el encarcelamiento preventivo debe ser, sin excepción, la *ultima ratio*, sólo aplicable cuando no se disponga de otra medida de similar eficacia e indispensable para poder proseguir con la investigación. Debe hacerse notar que la privación provisional de la libertad durante el proceso penal es la *ultima ratio*, ya dentro de un sistema, el penal, cuya aplicación es la *ultima ratio* dentro del sistema jurídico, lo cual no hace más que reafirmar la ‘*excepcional excepcionalidad*’ de su aplicación.

Finalmente, debe considerarse que el peligro de fuga como única causal de encierro sólo debe prosperar cuando las autoridades jurisdiccionales no dispongan de otra medida menos lesiva para el ciudadano que permita asegurar su comparecencia durante el proceso, lo cual es coincidente con el carácter indispensable y excepcional de la medida.

Sin embargo, en el Acuerdo plenario de la CNCP se dejaron traslucir otros argumentos, que a la luz de los criterios internacionales en la materia, debieron haber sido dejados de lado.

El primero de los argumentos que pueden observarse es aquel que manifiesta que todos los derechos de las personas se encuentran limitados por los derechos de los demás, y dentro de ellos, el derecho a la libertad durante el proceso está condicionado por las reglas que reglamentan su ejercicio. Este razonamiento fue expuesto por David, quien pone de resalto que “si bien es cierto que existe un derecho constitucional a la libertad durante el trámite del proceso penal no lo es menos que ese derecho (como todos) no es absoluto; ello significa que los habitantes gozan de él, conforme las leyes que lo reglamentan; el Estado puede reglamentarlo en función de una legítima finalidad: la de evitar que el individuo sometido a proceso eluda la acción de la justicia, sea impidiendo u obstaculizando la investigación del hecho o no cumpliendo la eventual pena que se

imponga (conforme Sala II CNCP in re: "Albarracín, Marcelo G.", causa n° 2783, reg. 3561, rta. el 26 de septiembre de 2000)". De esta forma, según las palabras del Magistrado, se concilian los derechos del individuo y de la sociedad.

Estos criterios de razonabilidad se extraen de las pautas contenidas en los artículos 316 y 317 de nuestro Código de procedimientos, concluyéndose con supuesta lógica que el artículo 319 del CPPN funciona como impedimento a la exención de prisión o la excarcelación cuando éstas hubieran podido concederse de conformidad con lo dispuesto en los artículos mencionados (*voto de la jueza Catucci*).

Más allá de lo ya expuesto en la cita 4 de este trabajo, el Informe de la CIDH 35/07 PEIRANO BASSO sostuvo que "los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condicionantes iuris et de iure, que no necesiten ser probadas en el caso y que sea suficiente su mera alegación. La Convención no admite que toda una categoría de imputados, por su sola condición, quede excluida del derecho a permanecer en libertad durante el proceso (considerando 144). Ello tiene una íntima correlación con el rol del Poder judicial dentro del sistema democrático, pues forma parte del trabajo de la Magistratura el de determinar los hechos al momento de aplicar las normas, situación que no debe dejarse al manejo discrecional del legislador.

Toda medida restrictiva de libertad debe estar fundada en hechos concretos, no pudiendo satisfacerse el contenido de una sentencia fundada con meras alegaciones sin considerar el hecho concreto, pues en ese supuesto estaríamos en presencia de una sentencia arbitraria.

Otra situación a resolver es aquella referida a la tensión que se presenta entre los artículos 280, 316 y 317 del CPPN al momento de decidir sobre la libertad de un imputado. Pareciera ser ésta una situación de fácil resolución, que por el contrario ha encontrado numerosos escollos en la jurisprudencia de nuestro país. El artículo 280 del CPPN tiene la misma jerarquía normativa que los artículos 316 y 317 (aunque ello no interesa), y éste establece un límite a la prisión preventiva. "Una interpretación armónica de las disposiciones legales que regulan el régimen de la prisión preventiva, en dinámica y progresiva conexión con las demás normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, y orientada por el principio pro homine que exige la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos" (*voto del juez Hornos*), no nos deja otro camino posible que el considerar los fines procesales como los únicos elementos vigentes al momento de decidir sobre la libertad de una persona, pues éstos amplían la frontera de posibilidades del sujeto sometido a proceso hacia la libertad.

Esta limitación a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre a favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio pro homine (considerando 84). Como bien lo puntualiza Henderson, palabras que no dejan escape a la elección del artículo 280 del CPPN, siempre debe escogerse "la norma de derechos humanos que mejor proteja a la persona, prevalezca sobre otra de igual, inferior o incluso superior rango y sea aplicada en tanto más protectora del o de los derechos fundamentales del ser humano. Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía, cedería frente a la conveniencia de otra norma, aun de una jerarquía inferior, en caso de que mejor proteja al ser humano" (8).

Según sus palabras, "no puede plantearse un problema de ilegalidad al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los que expresamente permiten la aplicación de aquella otra norma, en tanto más protectora" (9).

Otro argumento a considerar es aquel que propicia la denegatoria de libertad del ciudadano con base en la naturaleza y gravedad del delito que se investiga. Así, “la especial naturaleza del delito investigado -graves transgresiones a los derechos humanos- fue contemplada por el Alto Tribunal -entre otras cuestiones- para rechazar el beneficio liberatorio solicitado por la defensa en la causa "Carlos Alberto Mulhall s/ excarcelación" -causa n° 350/06-, rta. el 18/12/07 (*voto del juez Fégoli*).

En igual sintonía, puede mostrarse el voto de Mitchell, quien sostiene que “la gravedad objetiva del hecho o los hechos que impide la condenación condicional da razonabilidad al art. 316 del Código Procesal penal de la Nación con las limitaciones que establece el art. 317 ídem”, seguido también en ese razonamiento por David al sostener que “en los Informes 12/96 y 2/97 de la CIDH se afirma que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son factores a tenerse en cuenta para evaluar el intento de elusión de la acción de la justicia”. Sería beneficioso en este sentido, que los magistrados de nuestro país lean los últimos precedentes en materia internacional, pues resulta ilegítima la cita de Informes de la década pasada cuando ese mismo organismo ha adecuado su pensamiento y variado el contenido de sus resoluciones a favor de la protección del ser humano.

Dicho esto, debe reconocerse que toda resolución que tome en consideración criterios sustantivos debe ser desechada, tal como lo ha afirmado nuestra Corte en Nápoli. Allí sostuvo que “la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche (...) 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” (considerando 16). Vuelvo a mencionar que si bien la entidad del hecho investigado puede resultar un parámetro razonable al momento de evaluar si el acusado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, ello no puede hacerse de manera genérica sin considerar los hechos concretos.

Como lo sostiene la CIDH en su Informe 35/07, “la severidad de una eventual condena no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera” (considerando 140). De igual modo, ya la propia Comisión venía advirtiendo este parecer en el Informe 12/96, al sostener que la seriedad de la infracción como la severidad de la pena no alcanzan para justificar una prolongada prisión previa a la condena, en tanto produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad.

Con estas palabras, la CIDH afirma la premisa de que los fines procesales pueden ser conmovidos por la seriedad del delito a investigar, y ello lleva sin más a fundar racionalmente el encarcelamiento preventivo de un ciudadano; pero claro, la denegatoria de libertad debe descansar en parámetros racionales y concretos, que radicarán más en la persona y entorno del imputado que en el hecho en sí. Como bien se señala en el voto del juez Michelli en el ya mencionado plenario, “es cierto que la gravedad de la sanción penal y la efectiva ejecución de ella son elementos serios para afirmar la probabilidad de conductas elusivas o perturbadoras, tanto más cuando se trata de un delito grave o aparece vinculado al crimen organizado (...), pero lo cierto es que sólo en cada uno de los casos corresponde determinar si la libertad puede conspirar contra el logro de los fines del proceso”.

Otro punto que se destaca en el Acuerdo Plenario, expuesto en el voto del juez David, es la posibilidad de mensurar el riesgo de comisión de nuevos delitos para denegar la libertad. “La Comisión (en referencia a la CIDH) también plantea como parámetro para tener en cuenta a los efectos de otorgar o denegar una excarcelación el riesgo de comisión de nuevos delitos, indicando que ‘cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos

delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen'. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado (Informe 2/97)".

Volviendo sobre uno de los principios rectores que surgieron del plenario, el carácter indispensable de la medida cautelar hace pensar como improbable que el encarcelamiento preventivo de un ciudadano pueda tener como único sustento esta arista. Como lo destacara la CIDH en el caso López Álvarez, la prisión preventiva se haya limitada por su necesidad y una existencia indispensable, pues se trata de la medida más severa que se puede aplicar al imputado, siendo la regla la libertad mientras se resuelve su responsabilidad penal. Un adecuado funcionamiento del órgano encargado de la custodia de las personas sometidas a proceso impediría este tipo de resolutorios, situación que muchas veces resulta una utopía en la estructura judicial del país. Es importante recordarlo, las deficiencias de un Estado no deben ser soportadas por los ciudadanos, con lo que el único camino posible en un Estado de derecho no puede ser otro que la libertad del ser humano, por más complejas que sean las dificultades de la jurisdicción para cumplir con su rol dentro de la sociedad.

Párrafo especial merece la posición que fundamenta el encierro en la reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, pues esto me parece aún más grave. Mucho ha producido la doctrina sobre la dudosa constitucionalidad del instituto de reincidencia, por lo que aquellos argumentos que deslegitiman el agravamiento de la pena sobre esta base pueden ser aplicados aquí, pues con pequeños matices se trata del mismo juego. Poco se puede esperar de un Derecho penal que hace trizas el principio de culpabilidad, sometiendo a un grave castigo al detenido no por el hecho investigado, sino por su desprecio hacia la norma o el peligro de que en un futuro su conducta pueda ser pernicioso para la sociedad. Principio penal de acto... ¿dónde estás? En este tipo de argumentos, verdaderamente no sé.

El fin procesal que le otorgó a la coerción personal la CIDH en el caso Suárez Rosero (10) no hace más que reafirmar que fundar el encarcelamiento en cualquier otro criterio va a contramano de las cláusulas constitucionales e internacionales, estando obligado el Estado a otorgarle al encierro una finalidad procesal, buscando la realización de los fines del proceso.

Finalmente, la CIDH reconoce que en circunstancias excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar.

Como lo señala la CIDH, se puede afirmar que en verdad utilizar este fundamento para legitimar la prisión preventiva constituye un hecho en verdad excepcional, siendo que para constituirse en una justificación legítima dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado, obligando a que en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tenga la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal (Informe 2/97).

Tal como lo destacan Bigliani/Bovino, en un texto de lectura obligada, dicha justificación no respeta el fin cautelar de la medida, pues como la acuerda la CIDH éstos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de la medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola así, el principio de inocencia (Informe 35/07, considerando 84).

Con claridad se recomienda a los Estados que ningún delito reciba un tratamiento distinto respecto de otros en materia de libertad durante el proceso sin base en criterios objetivos y legítimos

de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como alarma social o repercusión social del hecho, pues dichos criterios materiales desvirtúan la naturaleza cautelar de la medida al convertirla en una verdadera pena anticipada (Informe 35/07, considerando 141).

Breve paréntesis. Mucho del desarrollo histórico de este problema y del porqué de la persistencia de éstos criterios tienen su raíz en la finalidad que posee el castigo dentro de nuestro ordenamiento penal, y a partir de allí qué lugar ocupará el acusado en el ritual jurídico. Es decir, y robo para ello palabras del Prof. Tedesco, cuáles son los medios a través de los que se obtiene esa evidencia que permite resolver la imputación dirigida al individuo (11).

Desde el nacimiento del sistema acusatorio, uno de sus presupuestos básicos era que el acusado fuese un sujeto de derechos colocado en pie de igualdad ante el acusador, y desde allí pudiese realizar su mejor defensa en busca de la verdad; dentro del sistema inquisitivo, el acusado es sinónimo de persecución y condena, y cuanto mayores sean sus dificultades al momento de ejercer su defensa, mejor estará cumplida la tarea.

Cabe preguntarse entonces, si el encarcelamiento preventivo no es el remedio perfecto para erradicar esas sucias ideas acusatorias. El triunfo Iluminista que colocó al imputado en el centro del debate rodeado de garantías duró poco, tan sólo un suspiro en la vasta historia. Y aquí estamos nosotros, 200 años después, debatiendo cuán acusatorio es nuestro procedimiento; y dentro de éste, su principal arista: cuáles son los fundamentos para restringir la libertad de una persona durante el proceso.

Vuelvo. Criterios sustantivistas, criterios procesalistas... me parece que hablamos de lo mismo. Dr. Jeckyll, Mr. Hyde... el que escribe es siempre Stevenson. Veamos porqué.

### **EL ENCIERRO POR FINES PROCESALES. Su inconveniencia.**

La doctrina liberal tradicional considera que los únicos fines legítimos, respetuosos del Estado de derecho, para privar a una persona de su libertad durante el proceso son los riesgos concretos de que el imputado entorpezca la investigación e intente fugarse impidiendo la aplicación de la ley penal. Con estas palabras, pareciera dejarse claro que “el procedimiento penal no puede prescindir, al menos en este estado cultural actual, de ciertas intervenciones en el ámbito de libertad del ser humano reconocido por la ley básica, con el fin de proteger sus propias metas” (12). Los límites, entonces, parecieran ser los riesgos mencionados, mientras que cualquier otro, a modo de ejemplo la gravedad o repercusión del delito, deberían ser desechados.

Cabe cuestionar, y aquí el centro de discusión del texto, si encontramos inconvenientes en fundar un encierro por fines procesales en el entorpecimiento de la investigación por parte del imputado.

Los fines procesales enunciados han tenido siempre un sentido político-criminal claro, emanados del propio legislador y delimitando los principios centrales de la persecución penal. De allí que se considere inviable por mandato constitucional el proceso contumacial; o, irónicamente, se transforme al imputado en el principal interesado en la averiguación de la verdad, y por ello se lo encierre en busca del *modelo de verdad*.

Estos fines procesales, emanados del derecho de forma, deben guardar una clara vinculación y cierta dependencia con nuestro derecho de fondo, pues son un medio y no un fin en si mismos. De allí que se concluya, que media entre ambos sistemas una independencia académica pero con una

nítida dependencia político-criminal del primero de ellos (13). Entonces debemos resaltar el que, creo, resulta un obstáculo insalvable para fundamentar el encierro preventivo por en virtud del entorpecimiento de la investigación.

El artículo 279 del Código Penal exceptúa de pena a quienes siendo cónyuge, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que le debiese especial gratitud ayuden a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la acción de ésta o procurare la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

Queda claro entonces que el Código de fondo no aplica pena a quien, con cierto grado de parentesco o afinidad, ayude al acusado a eludirse de la justicia, sin eufemismos a fugarse, o entorpezca por cualquier medio la investigación, la búsqueda de la verdad estatal, todo ello fundado en el reconocimiento del valor afectivo de los vínculos naturales.

Cabe preguntarse entonces, por qué si el derecho de fondo, por cuestiones de política-criminal, no castiga a un tercero por estos supuestos, el derecho de forma, que debe dependencia al primero, sí castiga al principal interesado con el encierro preventivo por idénticos motivos.

Porqué un ordenamiento de mayor jerarquía disculpa a unos, mientras por fines procesales otro de menor valía castiga al actor protagónico, siendo que, cuanto menos, debieran invertirse los papeles: si la excepción de punibilidad en el delito de encubrimiento se fundamenta en el grado de relación que media entre el tercero y el acusado y su hecho, es preciso recordar, aunque parezca una obviedad, que el mayor apego sentimental el acusado lo va a tener consigo mismo.

La persona del imputado, quien es el único dentro del proceso penal que no carga con la obligación de prestar juramento de decir verdad, sí tiene una carga superior a un tercero al momento de fugarse y esconder las pruebas: *“mi primo me puede ayudar sin inconvenientes a fugarme o esconder documentación que me complique la situación, ahora yo mismo, a quien quizás esperen años de cárcel, no lo puedo hacer porque el derecho procesal me lo prohíbe”*. Creo que aquí encontramos el primer inconveniente, pero no el único.

De acuerdo a la cláusula constitucional del artículo 18, ningún habitante de la Nación puede ser obligado a declarar contra si mismo, lo cual conduce sin más al deber del Estado a permitir a quien se encuentre en estado de sospecha de hacer todo lo que crea conducente para procurar su libertad, y con ello no me refiero a una simple declaración ante un Tribunal.

Tal como lo reseñara la Cámara de los Lores en el año 94' en el caso *Murray* “si aspectos de la evidencia tomados individualmente o combinados con otros hechos claramente llaman a una explicación por la cual el acusado debería estar en una posición de dar, (...), entonces el fracaso en brindar alguna explicación permite, de la misma forma que lo permite el sentido común, realizar una inferencia en cuanto a que no hay ninguna explicación y que el acusado es culpable” (14).

Si se pretende recortar la inmunidad del ciudadano de este modo, obligándolo a hablar en situaciones en las cuales se cree está llamado a hacerlo, pudiendo utilizarse el silencio en su contra, entonces porqué no permitirle que pueda evitar por sus propios medios llegar a esta situación, pues de lo contrario la garantía perdería una porción sustancial de su contenido.

Si del silencio del sospechado se puede inferir su culpabilidad, entonces ello debe conducir a que se permita su tránsito en libertad hasta que medie resolución de un Tribunal, y de allí a procurarse todas las herramientas posibles con el fin de impedir que la investigación estatal comprometa su silencio.

Tanto la interpretación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* como aquella que se desprende de las excepciones de punibilidad para el delito de encubrimiento son graves llamados de atención que no hacen más que enlodar el camino ya complejo que transitan los presupuestos del encarcelamiento preventivo. Con bases sustantivas o procesales, la justificación que prive de libertad en forma justificada a un inocente no se ha encontrado aún, y parece difícil augurar tiempos mejores.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

(1) Posición sostenida por el juez García Ramírez, quien ha señalado que la prisión preventiva no es una verdadera sanción, no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera, y es por ello que es preciso ponderar seriamente su justificación, sus características, duración y alternativas menos lesivas a ella. Véase **Bovino Alberto**, *El fallo “Suárez Rosero”*, NDP, 1998/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, donde se sostiene que el exclusivo fin procesal del encarcelamiento preventivo no sólo surge del carácter cautelar de la medida y del principio de inocencia sino también expresamente, de las disposiciones de los Instrumentos Internacionales (cito a través de **Sergi Natalia**, *Presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia*, en *Garantías constitucionales en la investigación penal, un estudio crítico de la jurisprudencia*, **Plazas – Hasan comps.**, Editores del puerto, Buenos Aires, 2006, 474).

(2) **Maier Julio**, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Editorial Lerner, Buenos Aires, 1971.

(3) Fallo reproducido en *Doctrina Penal*, 1985, 296 y ss.

(4) Es de destacar, ante diversos pronunciamientos de nuestro Tribunales locales que parecieran desvincularse de los pronunciamientos internacionales, o peor aún, aplicar su jurisprudencia en forma errónea o desactualizada, adecuando el texto a su propio interés, que tal como se ha pronunciado en Bramajo “la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (...), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2 (causa B. 851. XXXI, **Bramajo, Hernán Javier**, 12/9/96, cons. 8). Texto de lectura imprescindible para conocer los estándares del sistema interamericano en materia de prisión preventiva, y por ello a mi entender de aplicación inmediata y obligatoria por los tribunales locales, **Bigliani-Bovino**, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, edición conjunta de la Defensoría General de la Nación y Editores del Puerto, 2008.

(5) Fallos 320:2105.

(6) Voto del juez Bruzzone.

(7) **Machieraldo Ana**, CNCP, 22.12.04. Véase sobre el carácter concreto de los riesgos procesales el voto del juez Michelle en el plenario Díaz Bessone, donde en uno de los párrafos de su voto expone que “si la prisión preventiva no puede ser arbitraria y esa calificación se aplica a las decisiones que carecen de fundamentos suficientes o se apoyan en fundamentos aparentes, va de suyo que deben existir ‘fundamentos’ reales y suficientes para encarcelar”.

(8) **Henderson Humberto**, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, citado a través de **Bigliani-Bovino**, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, edición conjunta de la Defensoría General de la Nación y Editores del Puerto, 2008.

(9) *Ibidem*.

(10) **Caso Suárez Rosero**, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

(11) **Tedesco Ignacio F.**, *La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado*, en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, **Hendler Samuel compilador**, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, 30.

(12) **Maier Julio**, *Derecho procesal penal. Fundamentos, T. I*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 520. Es importante recordar no resulta unánime el acuerdo aquí, pues algunos autores legitiman el encierro sólo ante un intento concreto de fuga (Binder), mientras otros deslegitiman el uso del instituto sea cual fuere el fin que se persigue (Ferrajoli).

(13) **Zaffaroni, Slokar, Alagia**, *Derecho penal. Parte general*, editorial EDIAR, Buenos Aires, 2000, 165 y ss.

(14) **Kevin Sean Murray vs. Director of Public Prosecutions (1994)**, cito a través de **Tedesco Ignacio F.**, *La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado*, en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, **Hendler Samuel compilador**, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, 30.