

Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera*

Ricardo MATÍAS PINTO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Finalidad de la prisión preventiva*. *Requisitos*. *Tratados internacionales*. III. *Motivos que justifican la prisión preventiva*. IV. *Crítica a las posturas*. *Sobre la inconstitucionalidad de motivar la detención cautelar en función de la peligrosidad del acusado y la afectación al orden público*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

Esta reseña tiene como fin presentar las razones que justifican el dictado de la medida cautelar de detención provisoria en la jurisprudencia extranjera. La comprensión de estos antecedentes extranjeros resulta de vital importancia para analizar y comparar con la jurisprudencia nacional, que la utiliza como sustento. En este aspecto, la cuestión a debatir está dada por la circunstancia de que la jurisprudencia de los tribunales extranjeros, en especial los internacionales que interpretan tratados internacionales de derechos humanos, aplican como sustento de la prisión

* Ponencia presentada en el seminario *Medidas de Coerción en el Proceso Penal*, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 2005. Se sigue, en parte, la reseña comentada de jurisprudencia “Los peligros procesales como únicos motivos que permiten restringir la libertad en el transcurso del proceso penal. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, publicada en *Revista de Derecho Procesal Penal, 2005: Excarcelación. Jurisprudencia*, Santa Fe, p. 291.

preventiva tanto los peligros procesales de fuga y entorpecimiento del proceso, como la posible reiteración delictiva.

Los fallos “Barbará” y “Macchieraldo” han modificado en forma por demás positiva el paradigma que rige la interpretación y aplicación de la prisión preventiva durante el proceso.¹ Esta nueva concepción ha influido en forma notoria la fundamentación del dictado de esta medida cautelar excepcional, y requiere que se motive en forma suficiente en razón de peligros procesales. Los fallos citan en forma expresa jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, como diversos artículos de los pactos internacionales de derechos humanos. Asimismo, cuando el lector se remite a estos precedentes puede observar que el sistema interamericano de derechos humanos cita como fuente de sus precedentes fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a su vez aplica la Convención Europea de Derechos Humanos en el ámbito de la Comunidad Europea.

Por estas razones, en función de la vital importancia que le brinda nuestro más alto tribunal a la aplicación de los tratados de derechos humanos en el proceso penal,² como las citas de los fallos extranjeros en los fallos “Barbará” y “Macchieraldo”, es interesante analizar en profundidad los motivos que pueden justificar la prisión provisoria en el proceso penal.

El conocimiento de otros paradigmas nos permitirá comprender nuestras propias concepciones, al poder tomar distancia de los conceptos que maneja nuestra doctrina y apropiarnos de los argumentos que consideramos relevantes de otros modelos, todo lo cual hace al avance científico en palabras de Gadamer y Ricouer. El distanciamiento y la apropiación de las ideas, para su posterior reformulación, al replantearse la cuestión, es lo que permite un análisis más detallado de la misma.

El debate se centrará en la justificación de la prisión preventiva en función de la posible reiteración delictiva por parte del acusado en vez de los peligros procesales, motivación que ha sido mencionada por los tribunales internacionales. La cuestión resulta determinar si ésta es una razón legítima para privar a un sujeto sin pena en el trámite del proceso por cuanto es citado por los tribunales internacionales. En todo caso, si se ci-

¹ Se puede remitir a los comentarios respecto de estos fallos en la *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2005: *Excarcelación. Jurisprudencia*, Santa Fe, p. 9.

² Fallos CSJN, “Verbitsky”, “Simón”, entre otros.

tan como fuente de sustento de un fallo nacional estos precedentes internacionales, es importante tener en cuenta que se comparte o no este criterio, y de no ser así cómo se compatibiliza la cita parcial del criterio internacional. Se podría argumentar que resultaría congruente que un juez cite la jurisprudencia internacional en apoyo de su postura en un caso en que se discuta la prisión preventiva en función de los peligros procesales de fuga o entorpecimiento del proceso, y luego no aplique el mismo precedente si una de las partes solicita la prisión preventiva en función de la posible reiteración delictiva del imputado.

Se analiza también un precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos que justifica la prisión provisoria en función de la peligrosidad del imputado, porque permite analizar la postura de la doctrina y jurisprudencia nacional, que cree que la prisión preventiva puede justificarse en virtud de la personalidad peligrosa de la persona. Esta idea ronda en las previsiones procesales que permiten denegar la excarcelación en función de la reiteración delictiva, como en la imposibilidad de la condena de ejecución condicional.

II. Finalidad de la prisión preventiva. Requisitos. Tratados internacionales

1. *Tratados internacionales*

La prisión preventiva tiene sustento en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución luego de la reforma de 1994 al artículo 9o., párrafo 3, del PIDCyP y el artículo 7o., párrafo 5, de la CADH. El principio de inocencia se prescribe en los artículos 14, párrafo 2, del PIDCyP y 8o., párrafo 2, de la CADH.

Por otro lado, la libertad ambulatoria está prescrita en el artículo 9o., párrafo 1, del PIDCyP y en el artículo 7o., párrafo 1, de la CADH.³ Queda claro que la prisión preventiva constituye una medida de coerción en el proceso penal, que sólo debería tener como fines asegurar la realización del proceso, el juicio y la ejecución de la pena.

³ Conforme Ottaviano, Santiago, "La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal", en García, Luis M. (coord.), *Los derechos humanos en el proceso penal*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 219 y ss.

2. Fin de la prisión preventiva

Sin embargo, en la jurisprudencia extranjera, en circunstancias excepcionales, la detención provisoria puede justificarse en razón de la peligrosidad presunta o real de la persona, lo cual afecta en forma grave e irreparable el estado de inocencia. Es decir, la detención de una persona sin condena que declare su culpabilidad constituye una gravísima afectación al estado de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas, y como tal debe ser interpretada como medida excepcional, y sólo puede ser utilizada a los fines del proceso. La utilización de una detención con fines de prevención general constituye una violación a una de las garantías procesales consagradas en las revoluciones liberales del siglo XVIII en tanto el Estado, como Estado de derecho, sólo puede privar de la libertad a una persona, que es inocente, luego de la realización de un juicio. Señala Ferrajoli que si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos, sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y verdad, sino también un garantía de seguridad o, si se quiere, de defensa social; de esa seguridad ofrecida por el Estado de derecho, expresada en la confianza en la justicia, como defensa ante el poder punitivo.⁴

Se intenta analizar si se puede justificar la prisión preventiva en razón de la peligrosidad del individuo para la sociedad, en tanto defensa social y prevención, o bien sólo el peligro procesal puede justificarla como medida excepcional. Es clara la postura de la doctrina y jurisprudencia más moderna en tanto que sólo los peligros procesales pueden justificar esta medida.⁵ La doctrina clásica explica que luego del interrogatorio no se justifica la detención de la persona, por cuanto ésta es inocente, y ha desaparecido la posibilidad de que altere la prueba.⁶ Asimismo, para Beccaria el peligro de fuga no se puede justificar en la pena esperada, sino que el ciudadano tiene miedo a la prisión preventiva y de no existir ésta se presentaría en el juicio.⁷

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 549.

⁵ *Ibidem*, p. 556.

⁶ Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, lib. II, cap. XIV, p. 288, citado en *ibidem*, p. 557.

⁷ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 4, p. 558.

Al explicar la doctrina clásica sobre la temática Ferrajoli cita a Hobbes, quien justificaba el encarcelamiento preventivo con la necesidad de la custodia segura de un acusado, afirmando que en tal caso ésta “no constituye un castigo, pues se supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública”.⁸ Según Beccaria, la prisión preventiva es necesaria contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas.⁹

En la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como en la del Tribunal Europeo que es seguida por la primera, surge que una persona sólo puede ser detenida si existe la sospecha de haber cometido un delito, o cuando se encuentra cometiéndolo o por cometerlo. Por otro lado, para justificar la continuación de la detención más allá del riesgo de fuga, la Convención Europea no establece otro motivo particular.¹⁰

Un requisito indudable del dictado de la prisión preventiva es la presunción de que el acusado ha cometido un delito. Este requisito surge del Informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y distintos fallos de la Corte Europea.¹¹ Este factor resulta tan sólo un requisito que no es suficiente para disponer la prisión preventiva, por cuanto los jueces deben aportar otras razones para su dictado.¹²

Es así como se deben analizar cuáles son los requisitos fundamentales que ponen en jaque el estado de inocencia de una persona en el proceso penal, para el dictado de la prisión sin una condena que declare culpable al acusado de un delito. Se tiene en consideración que el debate actual reside en ponderar la fundamentación de esta medida de coerción y la interpretación de la norma procesal que dispone la imposibilidad de la excarcelación por el monto de la pena en expectativa, y la presunción de que el acusado intentará eludir la acción de la justicia. Respecto de la in-

⁸ *Ibidem*, p. 552.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Gialdino, Rolando, “La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Investigaciones* 3, CSJN, 1999, p. 693 y su cita: Velu, J. y Ergeç, R., *La Convention Européenne des Droits des l’Homme*, Bruselas, Bruylant, 1990, p. 294.

¹¹ “ETD Stogmuller”, p. 40; “B. c. Austria”, p. 42; “Letellier”, p. 35. Véase Gialdino, *op. cit.*, nota anterior, p. 695.

¹² Informe 2/97, Comisión Interamericana.

constitucionalidad de esta interpretación pueden consultarse los fallos “Barbará” y “Macchieraldo” citados, como las ideas de Pastor.¹³

III. Motivos que justifican la prisión preventiva

1. Peligros procesales

A. Peligro de fuga

a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Las razones para analizar la posibilidad de fuga del imputado han sido enunciadas por la Comisión Interamericana en el Informe 2/97. Se consideró que la seriedad del delito y la eventual gravedad de la pena pueden ser factores que justifiquen la prisión provisoria.

Consideró la Comisión en el Informe 2/97 que:

La Comisión ha revisado su propia jurisprudencia y la de los órganos internacionales de derechos humanos para establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Sin embargo, la Comisión tiene la convicción de que en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual.

A. *Justificaciones*. i. *Presunción de que el acusado ha cometido un delito*. 26. La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición *sine qua non* para continuar la medida restrictiva de la libertad. El artículo 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal dispone que debe existir una razonable sospecha de la culpabilidad de una persona para que el juez ordene su prisión preventiva. 27. No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.

¹³ Pastor, Daniel, “El encarcelamiento preventivo”, en varios autores, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 50 y 55-56. Votos del doctor Bunge Campos en fallo “Bagnasco” y otros de la Cámara del Crimen de la Ciudad de Buenos Aires.

ii. *Peligro de fuga.* 28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia. 29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. 30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada. 31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia...

iv. *Necesidad de investigar y posibilidad de colusión.* 33. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad. 34. La Comisión considera que no es legítimo invocar las “necesidades de la investigación” de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

v. *Riesgo de presión sobre los testigos.* 35. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación

para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

vi. *Preservación del orden público*. 36. La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado. 37. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal.¹⁴

Consideró la Comisión al referirse al peligro de fuga que los valores morales del imputado, su ocupación, bienes, vínculos familiares y otras razones deben ser ponderados para establecer si el acusado permanecerá en el país. En este aspecto, el criterio de la Comisión es similar al de la Corte Europea de Derechos Humanos en el precedente “Wemhoff”,¹⁵ que es citado en forma expresa por la Comisión.

b. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La seriedad de la infracción y de la pena sólo pueden ser valorados en principio para el dictado de la prisión preventiva al evaluar el riesgo de evasión a los llamados de la justicia. La Comisión Interamericana cita el fallo “Wemhoff”¹⁶ de la Corte Europea.

¹⁴ CADH, informe 2/97.

¹⁵ “Wemhoff”, TEDH.

¹⁶ “Wemhoff vs. Federal Republic of Germany”. TEDH 1 EHRR 55, 27 de junio de 1968. Los hechos del caso eran los siguientes: el peticionante era un agente de bolsa alemán que había sido arrestado y acusado por la presunta comisión del delito de administración infiel. Por estos delitos se realizó el juicio luego de tres años y fue condenado cinco meses luego del inicio del juicio. En el transcurso del proceso había estado detenido. El acusado presentó en varias oportunidades la solicitud de libertad condicional y los pedidos fueron rechazados por la justicia de Alemania con sustento en la presunción de que el imputado en ese caso podría suprimir prueba relevante y se fugaría. De esta forma recurrió el acusado ante la Corte Europea, previa petición ante la Comisión Europea de Dere-

En este fallo se consideró que el artículo 5o. (3) de la Convención establece que:

Toda persona arrestada o detenida conforme las previsiones del párrafo 1 (c) de este artículo debe ser presentada ante un juez rápidamente o ante un oficial autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tiene derecho a la realización de un juicio en tiempo razonable o ser liberada cuando el juicio está pendiente. La libertad del acusado puede estar sujeta a garantías para asegurar su presentación en el juicio.

La Corte consideró al analizar los motivos por los cuales el acusado podía estar detenido en el transcurso del proceso los siguientes factores:

La orden de detención del acusado Wemhoff fue dictada por el juez por cuanto existía peligro si el nombrado estaba en libertad en el proceso, de forma tal que se fugaría y destruiría evidencia en su contra, en particular podría comunicarse con otras personas involucradas... La Cámara de Apelaciones aceptó que existía duda respecto de si el peligro de supresión de prueba continuaba vigente, pero consideró que la otra razón continuaba vigente...

En relación con la existencia de peligro de supresión de pruebas, la Corte considera que la decisión de la justicia alemana se encuentra justificada en virtud de las características de los delitos que se le imputaban a Wemhoff, y la extrema complejidad del caso. Respecto al peligro de fuga, la Corte considera que la gravedad de la sentencia que puede recibir el acusado en el caso de ser condenado puede ser un factor que legitime la presunción de fuga, aunque este peligro disminuye en tanto la detención continúa... sin embargo la posibilidad de una sentencia severa no es suficiente en este aspecto. La justicia alemana ha sido moderada al justificar el peligro de fuga, en tanto se evaluó que en el principio de la investigación, y dadas ciertas circunstancias relacionadas con la posición y conducta del acusado se presentaba este peligro.

chos Humanos, alegando la violación del artículo 5o. (3) de la Convención Europea de Derechos Humanos, por cuanto el periodo durante el cual había estado detenido constituía una afectación a este derecho, en tanto no se había llevado a cabo el juicio “en un tiempo razonable o bien no se lo había liberado cuando el juicio estaba pendiente de realización”.

La Corte desea sin embargo enfatizar que el texto del artículo 5o. (3) de la Convención demuestra que, cuando las únicas razones para que una detención continúe es el peligro de que el acusado se fugara y por lo tanto evitara presentarse en el juicio, su libertad mientras está pendiente el juicio debe ser dispuesta si es posible obtener por parte del acusado garantías que asegurarán su presentación.

Queda fuera de duda que en un caso financiero como el presente, en el cual Wemhoff está involucrado, un factor esencial para fijar estas garantías debe ser una fianza o una caución personal suficiente. Las presentaciones que efectuara el recurrente no permiten sugerir que haya estado preparado para cumplir con estas garantías.

En estas circunstancias la Corte no puede concluir que se haya presentado una violación a las previsiones del artículo 5o. (3) a no ser que la duración del tiempo de detención preventiva de Wemhoff... haya sido consecuencia de una investigación lenta... Cuando un acusado se encuentra detenido en forma razonable durante varios periodos en virtud de razones de interés público, no hay afectación al artículo 5o. (3) de la Convención.

La Corte concluyó por mayoría que no existió en la causa una violación al artículo 5o. (3) de la Convención.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo un criterio que tiene en cuenta como fundamento de la prisión preventiva en el proceso peligros procesales, como el peligro de supresión de prueba o que el imputado se fugue.

Puede resumirse el criterio en tanto:

- La existencia del peligro de supresión de prueba alegada por la justicia alemana estaba justificada en virtud de las características de los delitos que se le imputaban al acusado y la complejidad del caso.
- La mera posibilidad de una severa sentencia en el caso de una condena no puede ser factor suficiente para disponer la prisión provisional de un acusado y en este aspecto presumir el peligro de fuga, aunque la severidad de la sentencia en sí misma podría legitimar como un factor que podría tener el acusado para fugarse.
- El peligro de fuga por parte del acusado estaba sustentado en ciertas circunstancias relacionadas en la posición y la conducta del

- acusado, como ser sus conexiones en el exterior, los bienes que posee en el extranjero y el miedo de un colapso financiero.
- Los conceptos previstos en el artículo 5o. (3) de la Convención demuestran que cuando la única razón para que la detención continúe sea el miedo de que el acusado se pudiera fugar, su libertad hasta que se practique el juicio debe ser dispuesta si es posible obtener de parte del imputado garantías que aseguren su presencia en juicio.
 - La medida apropiada a tomar en cuenta a estos fines, en un caso de fraude financiero como el presente, puede ser el depósito de una caución real, o bien personal, por parte del acusado, aunque los hechos sugieran que el solicitante no podría estar preparado para cumplir con estas garantías.
 - Aun cuando un acusado hubiera sido detenido durante el proceso, podría existir una afectación al artículo 5o. (3) de la Convención si el proceso continúa por un prolongado periodo de tiempo.¹⁷

Esta postura se reiteró en el precedente “Yagci and Sargin vs. Turkey”,¹⁸ en el cual se consideró la detención de los secretarios generales del partido de trabajadores y del partido comunista en Turquía, que habían sido detenidos durante la realización de la investigación por la presunta comisión de delitos relacionados con actividades políticas. La petición ante la Convención y el Tribunal Europeo se sustentó en el tiempo de detención sin juicio y la afectación del derecho previsto en el artículo 5o. (3) de la Convención. El Tribunal consideró que había una violación a esta norma, y a estos fines reiteró su criterio en tanto que la presunción de inocencia debía ser considerada al disponerse la prisión provisoria en el proceso. A estos efectos se valoró que la sospecha fundada de que los acusados habrían cometido los delitos investigados es una condición indispensable para validar la legitimidad de la prisión preventiva. Sin embargo, luego de un cierto lapso de tiempo los tribunales deben establecer si los fundamentos expuestos al principio del proceso para disponer la de-

¹⁷ Gordon, Richard *et al.*, *The Strasbourg Case Law, Leading Cases from the European Human Rights Reports*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, p. 326.

¹⁸ 1995, 20 EHRR 505.

tención continúan justificando la detención. Para ello es importante considerar si estas razones son relevantes y suficientes.¹⁹

La Corte Europea de Derechos Humanos estima que la severidad de la sentencia no puede justificar como único motivo la prisión provisoria. Se debe valorar el riesgo con relación a otros factores relevantes que confirmen la presencia del peligro de fuga, y de no ser así se debe ordenar la libertad.

Dijo la Corte:

La persistencia de una sospecha razonable de que una persona detenida haya cometido un delito es una condición *sine qua non* para validar la continuación de la detención, pero, luego de un determinado tiempo no resulta suficiente; la Corte debe establecer si existen otras razones mencionadas por las autoridades judiciales para que se pueda justificar la prolongación de la prisión preventiva.²⁰ Cuando estas razones son relevantes y suficientes, la Corte debe también valorar si las autoridades nacionales han actuado con especial diligencia en la realización del juicio.²¹

El criterio también fue sostenido en el fallo “Neumeister vs. Austria”.²²

La Corte consideró que la detención del acusado constituía una violación a las previsiones del artículo 5o. (3), porque se había llevado a cabo

¹⁹ Gordon *et al.*, *op. cit.*, nota 17, p. 327.

²⁰ En este aspecto “Wemhoff vs. Germany” y “Ringeisen vs. Austria”, 1 EHRR 455, p. 104.

²¹ *Cfr.* fallo “Matznetter vs. Austria”, 1 EHRR 198, p. 12.

²² TEDH 1 EHRR 91, 27 de junio de 1968. En el caso el peticionante era un ciudadano austriaco, que había sido arrestado en conexión con su presunta participación en fraudes fiscales. Aunque había sido liberado, fue detenido nuevamente y se le denegó la libertad durante dos años antes de la realización del juicio, con sustento en que se fugaría si recuperaba la libertad. Luego de estar detenido durante dos años y cuatro meses, fue liberado y comenzó el juicio, que fue suspendido, y que luego de siete años —en el momento en que la Corte analiza el caso— no se había llevado a cabo. El recurrente se agravió en la inteligencia de que su detención afecta su derecho previsto en el artículo 5o. (3) de la Convención Europea de Derechos Humanos a ser llevado a juicio “en un tiempo razonable o ser liberado al estar pendiente el juicio”, y de serle violado su derecho a ser “juizado en un tiempo razonable” para determinar la validez de los cargos que pesan sobre él, artículo 6o. (1). La Comisión Europea por mayoría consideró que la detención del solicitante había sido en violación a una detención en tiempo razonable, artículo 5o. (3) y que el caso en el cual se lo acusaba había excedido el tiempo razonable de duración, artículo 6o. (1).

más allá de un tiempo razonable, en tanto que su liberación, condicionada a garantías suficientes para su comparecencia en el juicio, podría haber sido suficiente para neutralizar el peligro de fuga.

Para llegar a esta conclusión, referida a si la detención preventiva pendiente el juicio violaba los derechos del acusado a ser sometido a juicio en un tiempo razonable o ser liberado previsto en el artículo 5o. (3) de la Convención, el Tribunal tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

- 1) El artículo 5o. (3) no le brinda a las autoridades judiciales la posibilidad de elegir entre detener al imputado hasta que se realice el juicio en tiempo razonable o liberarlo con garantías suficientes para prevenir su fuga.
- 2) La razonabilidad del tiempo en el cual una persona ha estado detenida antes del juicio debe ser ponderada en relación con la detención, y debe ser presumido inocente hasta tanto se dicte una eventual condena. La finalidad del artículo 5o. (3) es establecer la libertad si la continuación de su detención deja de ser razonable.
- 3) Para determinar si la detención preventiva del imputado excede un tiempo razonable, los jueces nacionales deben valorar los hechos a favor y en contra de los requisitos que llevaron al dictado de la detención y considerar si existe un genuino requerimiento que justifica salir del principio conforme al cual la libertad es la regla.
- 4) El peligro de fuga no puede ser evaluado sólo con sustento en la pena anticipada del delito que se le imputa al acusado, pero puede ser ponderado para considerar junto con otros factores, como el carácter del imputado, su moral, si tiene domicilio, ocupación, bienes, lazos familiares y con la comunidad en donde está siendo acusado, como así también el tiempo que lleva en detención sin juicio.
- 5) Valorando las circunstancias del caso, en tanto el imputado tiene una posición en la ciudad de Viena y la convicción del juez de instrucción de que el acusado no se fugará, el peligro de fuga no existe en la actualidad, y por ello las garantías previstas en el artículo 5o. (3) pueden condicionar su libertad provisional.
- 6) Aun cuando la Corte no deba establecer la entidad de la seguridad que debe preverse en forma razonable para asegurar la comparecencia del acusado, no resulta compatible con el artículo 5o. (3) la detención de la persona si se sustenta sólo en relación al monto de los

daños que se le imputan, en tanto se utiliza no para reparar el daño, sino para asegurar la presencia del acusado en el debate.

- 7) La entidad de las garantías necesarias deben ser ponderadas principalmente con referencia al acusado, sus bienes y en relación con aquellos a quienes se les debe brindar seguridad, para valorar si la pérdida de la suma de la fianza operará como una garantía suficiente para evitar su fuga.
- 8) Por lo tanto, la detención preventiva del acusado constituye una violación al artículo 5o. (3) de la Convención.²³

En los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que son mencionados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, observamos cómo los peligros de fuga y de obstrucción a la justicia resultan ser los factores que permiten justificar la prisión durante el proceso, al estar pendiente la realización del juicio. Asimismo, es clara la jurisprudencia al señalar la importancia del principio de inocencia, y cómo, si bien la severidad del delito y de la pena en expectativa pueden ser factores a ser ponderados para considerar los eventuales peligros de fuga o entorpecimiento, no pueden ser considerados como los únicos motivos.

Asimismo, se establece la relevancia de la relación entre la detención y el tiempo en que ésta se prolonga durante el proceso sin la realización del juicio. Por este motivo, la razonabilidad de la prisión preventiva está condicionada al transcurrir un determinado tiempo, a que se reexaminen las razones que llevaron a su dictado en función del tiempo transcurrido.

Como se reseñara, los fallos que motivan el cambio de paradigma en nuestro medio, en relación a la interpretación de las normas sobre prisión preventiva,²⁴ citan los informes 12/96 y 2/97 de la Comisión Interamericana que recogen justamente como antecedente a los fallos de la Corte Europea que se comentan.²⁵

De acuerdo a lo expuesto, la sola referencia a la gravedad del delito y de la pena por sí mismos no pueden justificar el dictado de la prisión pre-

²³ Se tuvo en cuenta a Gordon *et al.*, *op. cit.*, nota 17.

²⁴ Fallos “Barbará” y “Macchieraldo”.

²⁵ Véase, también, Falcone, Roberto A., “La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la ley procesal penal”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, septiembre de 2004, p. 184.

ventiva, en tanto desvirtuaría la finalidad cautelar de ésta, convirtiéndola en una pena anticipada.²⁶

En el precedente “Matznetter”,²⁷ la Corte Europea consideró como motivación de la detención la transferencia de fondos y el viaje del acusado al extranjero, como los lazos que tenía en el exterior. Es decir que las condiciones personales del acusado en cada caso deben ser ponderadas por los jueces. Es así que la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser considerada a partir de los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que la mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.²⁸ Por ello, si no se demuestra de esta forma el peligro de fuga corresponde disponer la libertad sujeta a garantías suficientes.

B. Entorpecimiento del proceso

La Comisión Interamericana estima que la necesidad de investigar y la posibilidad de colusión deben ser analizadas para disponer la prisión preventiva, y por ello la complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva.

Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial.²⁹

Sin embargo, cuando estas medidas de prueba han finalizado desaparece este motivo, por lo cual la justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado. En la misma inteligencia se sostuvo que el riesgo de presión sobre los testigos es un justificativo legítimo para ordenar la prisión y evitar que sean amenazados. Sin embargo, igual que en el caso anterior, al realizarse estas pruebas el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva.³⁰

²⁶ Informe 12/96.

²⁷ TEDH.

²⁸ Comisión Interamericana, informe 2/97.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

El Tribunal Europeo en los fallos reseñados sostuvo a su vez que la existencia del peligro de supresión de prueba puede surgir de las características de los delitos que se investigan y la complejidad del caso.³¹

C. Peligro a la comunidad. Reiteración delictiva

La mayor crítica a este motivo resulta de que no existe una razón procesal para la prisión provisoria, que se justifica en el peligro potencial y presumido del acusado para la sociedad, circunstancia que aun cuando ha sido reconocida en forma excepcional en los fallos que se comentan, como en la Comisión Interamericana, no puede dejar de criticarse por cuanto, como se explicó, atenta contra el principio de inocencia en forma irrazonable. Se ha dicho que la posibilidad de reiteración de delitos futuros niega la autonomía de conciencia que corresponde a toda persona.³²

a. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Para la jurisprudencia europea el riesgo de repetición de delitos es una causal compatible con el artículo 5o. (3) de la Convención, en tanto la gravedad de una imputación puede permitir presumir a los jueces que el sospechoso cometerá nuevas infracciones.³³ En el fallo “Matznetter” se tuvo en cuenta la continuidad de los actos reprochados, el daño causado y la nocividad del acusado, como la experiencia y capacidades de éste, lo que facilita la reiteración de actos delictivos por parte de éste.³⁴

En el precedente “Guzzardi” el criterio fue limitado en el sentido de que los posibles delitos que podría cometer el acusado debían ser concretos y específicos.³⁵

Por otro lado en España el artículo 503.2 de la LEC prescribe que la prisión provisional puede dictarse para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, y para valorar la existencia de este riesgo

³¹ Caso “Wemhoff”, TEDH.

³² Falcone, *op. cit.*, nota 25, con cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal. Parte general*.

³³ Gialdino, *op. cit.*, nota 10, p. 699, con cita del fallo “Clooth”.

³⁴ *Ibidem*, p. 700.

³⁵ Fallo “Guzzardi”, TEDH.

se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos.

La doctrina alemana ha puesto en duda la constitucionalidad de que el fundamento de la prisión preventiva se asiente en el peligro de reiteración delictiva.³⁶

b. Corte Suprema de los Estados Unidos

A su vez la mayoría de la Corte norteamericana en el fallo “Salerno”³⁷ explica claramente que la finalidad en estos casos no es la de asegurar el juicio y la aplicación de la condena, sino intereses legítimos regulatorios según este criterio.

En este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó la constitucionalidad de la ley que establecía la prisión preventiva, sin posibilidad de libertad caucionada, en supuestos excepcionales, en los que el acusado presentaba un riesgo potencial de peligro a la sociedad.

El acusado Salerno había sido inculgado de haber cometido graves delitos previstos en la Ley Antimafia y Organizaciones Criminales (RICO Act). Se le había denegado la libertad caucionada con fianza, luego de una audiencia en la cual se demostró que no existían condiciones que en forma razonable pudieran asegurar que no constituiría, en caso de estar en libertad, un peligro para la sociedad y terceras personas. Es así como el imputado apeló, argumentando que la ley que posibilitaba la detención en estas circunstancias era inconstitucional al violar el debido proceso legal y las prohibiciones constitucionales a la imposición de una fianza excesiva. La Cámara de Apelaciones le concedió el recurso, pero la Corte Suprema estableció que la norma era constitucionalmente admisible y revocó la resolución de la Cámara de Apelaciones.

Se detalla tanto el voto de la mayoría, que prevaleció por la mínima diferencia, como el de la minoría, por cuanto resulta por demás clara y precisa la crítica de los votos disidentes al fundar la motivación del dictado de la prisión preventiva en el proceso.

³⁶ Díaz Pita, María Paula, “Prisión provisional y derechos fundamentales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española tras la reforma de 2003”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2005: *Excarcelación. Doctrina*, Santa Fe, p. 121.

³⁷ “United States vs. Salerno”. 481 US 739 (1987). Véase la traducción del fallo en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2005: *Excarcelación. Jurisprudencia*, Santa Fe, p. 291.

Según la postura del voto mayoritario, la ley en cuestión es constitucional por cuanto la detención preventiva no es una pena anticipada, en cuanto no es punitiva, sino que constituye la regulación de un interés estatal tendiente a proteger a la sociedad y las personas, de sujetos que son potencialmente peligrosos. Por lo tanto, la regulación está relacionada en forma directa con sus fines. El interés del gobierno en preservar la seguridad de las personas puede limitar sus derechos a permanecer en libertad. De esta forma, en circunstancias excepcionales, como ser las previstas en la ley, se puede restringir el derecho a la libertad personal, y por ello la ley no es inconstitucional.

Consideró el tribunal que:

El tribunal ha sostenido en forma repetida que los intereses del gobierno en preservar la seguridad de la comunidad pueden, en circunstancias apropiadas, restringir la libertad de los individuos. Por ejemplo, en tiempos de guerra o insurrección, cuando los intereses de la sociedad están en juego, el gobierno puede detener a los individuos que cree que son peligrosos... Aun sin que exista una guerra, la Corte ha afirmado que los intereses del gobierno pueden justificar la detención de personas peligrosas. Por lo tanto, el tribunal sostuvo en otra oportunidad que no encuentra ninguna barrera constitucional para detener a inmigrantes ilegales que son potencialmente peligrosos, cuando está pendiente su deportación... También se ha sostenido que el gobierno puede detener a personas con problemas psiquiátricos que presentan un peligro para el público... También se ha autorizado la detención de jóvenes, menores que presentan un peligro a la sociedad... Si la policía sospecha que un individuo cometió un delito, está autorizada a detenerlo y presentarlo ante un juez para determinar si existe causa probable (*Fallo: "Gerstein vs. Pugh"*).

Los acusados consideran estos casos como una excepción al principio general previsto en el debido proceso en tanto el gobierno no puede detener a una persona antes de que sea responsabilizada en un juicio criminal. La Corte considera que los casos citados muestran que existen excepciones a la regla y que el Congreso puede limitar el debido proceso. Establecida la autoridad del gobierno para limitar, en circunstancias especiales, los derechos individuales antes o aun sin un juicio criminal, el tribunal considera que la ley cuestionada que establece la prisión preventiva con sustento en la peligrosidad debe ser evaluada de la misma forma en que la Corte analizó las leyes cuestionadas en los casos mencionados...

La ley analizada en esta oportunidad, en cambio, se focaliza en un problema específico en el cual el gobierno tiene un interés especial. La ley opera sólo sobre los individuos que han sido arrestados por una categoría especial de delitos extremadamente graves. El congreso ha especificado que es bastante probable que estas personas cometan acciones peligrosas que afecten a la comunidad... En un procedimiento que le permite al acusado defenderse, el fiscal debe demostrar al juez con pruebas claras y convincentes que no existen condiciones como para liberar al imputado sin asegurar que no existirá peligro para la comunidad o a terceras personas... Bajo estas especiales circunstancias el interés de la sociedad para prevenir el crimen prevalece sobre otros.

Del otro lado, por supuesto, existe el interés del individuo en mantener su libertad... este derecho, en circunstancias en las cuales el interés del gobierno es mayor, debe prevalecer sobre el individual. La Corte considera que la delineación trazada por el Congreso en esta ley permite satisfacer este criterio. Cuando el gobierno prueba de un modo convincente y claro que el imputado presenta una amenaza expresa para otras personas o la comunidad, la Corte valora que, siendo consistente con la cláusula constitucional del debido proceso, un juez puede neutralizar el peligro que presenta el sujeto. En estas circunstancias, la Corte no puede establecer en forma genérica que la prisión preventiva “afecta los conceptos fundamentales de justicia que están en la esencia de nuestras tradiciones y en la conciencia de nuestro pueblo que los entiende como vitales”.

...La Corte está de acuerdo con el criterio de que la fianza tiene como función el garantizar el proceso penal a fin de establecer la culpabilidad o inocencia de una persona, pero no acepta la proposición de que la octava enmienda constitucional en forma categórica le prohíbe al gobierno perseguir otros fines a través de la regulación de la prisión preventiva... La Corte Suprema en el fallo “Stack vs. Boyle” no tuvo ocasión de expedirse en el sentido de si la fianza era admisible en todos los procesos, porque la ley que analizó la Corte en dicho caso permitía al acusado la libertad caucionada. Por lo tanto, la Corte debió determinar en ese caso solamente si la libertad caucionada, admisible en este supuesto, era excesiva en cuanto a una suma mayor que la necesaria para asegurar la presencia del imputado en el juicio.

...Téngase en cuenta que el texto de la cláusula que establece la libertad caucionada limita las consideraciones que pueda efectuar el gobierno a cuestiones relacionadas con el peligro de fuga. La única limitación sustantiva a la cláusula constitucional está dada por la circunstancia de que el gobierno al presentar condiciones para la liberación o la detención no puede ser excesivo en función del mal percibido. Para analizar si la respuesta

del gobierno es excesiva, la Corte debe comparar esta respuesta con el interés del gobierno que busca proteger con esta respuesta. Por lo tanto, toda vez que el gobierno admitió que su interés es el prevenir la fuga, la fianza debe ser establecida por la justicia en una suma que posibilite asegurar esta finalidad, y nada más. La Corte estima que cuando el Congreso determina la detención preventiva en función de intereses convincentes que no son el evitar la fuga, como en el caso analizado, la octava enmienda no requiere la libertad bajo caución.

En nuestra sociedad la libertad es la norma, y la detención antes del juicio es la excepción limitada. La Corte establece que las normas que prescriben la prisión provisional en la “Bail Reform Act” de 1984 se encuentran dentro de estas excepciones limitadas. La ley autoriza la detención preventiva antes del juicio cuando los acusados están imputados de graves delitos, establece la prisión luego de un proceso contradictorio, y cuando existe un peligro para la seguridad de las personas y la sociedad, en tanto no existen condiciones para disponer la libertad del acusado. Las garantías previstas en la norma posibilitan una audiencia contradictoria en la cual el afectado puede defenderse. La Corte no puede descalificar la decisión del Congreso, que se sustentó en un interés convincente, la seguridad y las vidas de los ciudadanos, en tanto no afecte norma constitucional alguna, como la cláusula constitucional del debido proceso de la quinta enmienda, o la octava que establece la prohibición de fianzas excesivas.

El fallo sostiene que la libertad es la norma, que la detención antes del juicio o sin juicio sólo se presenta en forma excepcional y que la norma regula en forma admisible la prisión preventiva en supuestos excepcionales.

Respecto de la posible afectación del debido proceso legal se dijo que la norma no implicaba la aplicación de un castigo antes del juicio. En este sentido, consideró la Corte que el mero hecho de que la persona esté detenida no implica que el gobierno haya establecido una pena. Se argumentó que no existía por parte del Congreso la intención de imponer sanciones con esta norma, y que la detención era una regulación razonable de los intereses en juego, en cuanto la seguridad de la sociedad y la libertad de las personas. Se estableció que el interés estatal de prevenir daños a la comunidad era un interés válido, y que la restricción de la libertad en este supuesto excepcional era admisible, como en los casos de detención en tiempos de guerra, o detención de personas con problemas psiquiátricos que son peligrosas.

También se ponderó que los acusados tenían debidas garantías para defenderse en estas situaciones en una audiencia donde podía interrogar a los testigos, presentar pruebas y ser asistidos por letrado. Por último, el tribu-

nal sostuvo que la octava enmienda constitucional no prohíbe que el gobierno busque otros intereses con la prisión preventiva que sean regulatorios. Por ello, la cláusula constitucional relacionada con la prohibición de imposición de fianzas excesivas no se aplicaba.³⁸

Para la disidencia la ley es una pena anticipada por la posible comisión de un delito en el futuro. La detención preventiva es una pena, y por lo tanto la norma es inconstitucional.

Consideró la minoría que:

Esta norma es consistente con los modos usados en las tiranías y excede el concepto que nos han enseñado de estado policial, que resulta incompatible con los derechos humanos fundamentales protegidos por nuestra Constitución.

Según la disidencia la diferencia que realiza la mayoría entre regulación y punición es artificial, y de esta forma mágicamente la Constitución no protege a los inocentes y no se prohíbe la imposición de pena anticipada.

Demuestran la debilidad del argumento de la mayoría con un caso hipotético conforme al cual se supone que el Congreso considera que los crímenes graves son cometidos por personas desocupadas y de noche, y por lo tanto, a partir de las soluciones posibles, para proteger a la sociedad, establece un toque de queda de noche para estas personas. Critica a la mayoría, en tanto conforme con su postura la regulación sería compatible con los intereses buscados, la protección de la sociedad, en tanto no hay persecución de los desocupados.

...La mayoría considera que “el Congreso no ha formulado la detención preventiva como una pena para los individuos peligrosos”, pero en cambio persigue legítimos fines regulatorios para prevenir los peligros a la comunidad. Concluye la mayoría afirmando que la prisión preventiva no es una solución excesiva al problema de la prevención de los peligros a la sociedad, y por lo tanto considera que no hay un elemento sustantivo que esté garantizado por la cláusula constitucional del debido proceso.

Este argumento no demuestra que la conclusión esté justificada. Si aplicamos el criterio de la mayoría a un caso hipotético tendríamos el planteo que a continuación se detalla. Luego de una investigación, el Congreso determina que una gran parte de la proporción de los crímenes violentos es

³⁸ Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Procedure*, 2a. ed., California, 1996, pp. 556 y 557.

cometida por personas que están desempleadas. También determina, en forma razonable, que gran parte de los crímenes violentos ocurren de noche. A partir de las soluciones posibles, el Congreso elige una ley que permite, luego de un proceso judicial, la imposición de un toque de queda en la noche para los desempleados. Como ésta no es una medida para combatir el desempleo, y desde que la mayoría encuentra que la prevención del peligro a la comunidad es un legítimo interés regulatorio, el toque de queda debería ser admitido, en tanto detención regulatoria, que es compatible con los componentes sustantivos del debido proceso legal.

Lo absurdo de esta conclusión está dado por el concepto de debido proceso legal de la mayoría. La mayoría considera que el único derecho que surge del debido proceso es no ser condenado sin que exista una condena previa. La técnica de la mayoría para restringir el derecho es simple: simplemente redefine toda medida que es considerada punitiva como “regulatoria” y, en forma mágica, la Constitución no protege más la imposición de estas medidas. Toda vez que la cláusula constitucional que protege el debido proceso legal ampara otros derechos sustantivos que son afectados por esta legislación, el argumento de la mayoría es un ejercicio ofuscado.

Consideró la disidencia que la ley es inconstitucional por cuanto afecta la presunción de inocencia. Presentaron el caso hipotético en el cual una persona fuera acusada de un crimen y detenida porque el juez determinara que es peligrosa, y luego fuera absuelta. En estas circunstancias, sostuvieron que el individuo debería ser liberado, aun cuando existe evidencia de que es peligroso en el futuro. Si no fuera liberado, “el gobierno estaría autorizado a detener a todo aquel que aun sin cometer delitos, fuera peligroso a partir de pruebas que no permitan su condena”.

Consideró la disidencia que el principio fundamental es que el acusado es inocente el día anterior al juicio y luego de ser absuelto. La acusación de un delito sólo indica la probable comisión de un delito en el pasado, y la intención del gobierno de someterlo a un juicio. No demuestra la acusación más allá de una duda razonable que el sujeto sea culpable del delito o que represente un peligro a la comunidad.³⁹

“La Corte no necesita decidir en la fecha”, sostiene la mayoría, “si la cláusula constitucional que prohíbe las fianzas excesivas se refiere a todos los poderes que tiene el Congreso para definir los distintos tipos de acusados por diversos delitos que deberán ser admitidos para ser liberados bajo caución”. El criterio de la mayoría es correcto en tanto esta cuestión no debe ser resuelta en la fecha, porque ha sido solucionada hace mucho tiempo.

³⁹ *Ibidem*, p. 557.

po... El texto de la enmienda constitucional... no le brinda soporte al criterio de la mayoría en cuanto los jueces y el Congreso no pueden infligir un trato cruel e inusual a los detenidos, y que las cortes no pueden requerir fianzas excesivas.

...La esencia del caso puede ser encontrada, irónicamente, en una norma de la ley cuestionada respecto de la cual la mayoría no se refiere. El título 18, artículo 3142 (j), establece que “nada en esta sección deberá ser considerado de forma tal de modificar o limitar la presunción de inocencia”. Pero el propósito de la norma es una limitación increíble de la presunción de inocencia. El criterio de la mayoría en tanto la ley es constitucionalmente admisible, implica una negación a la función de las enmiendas constitucionales octava y la que prevé el debido proceso en tanto protegen las garantías individuales previstas en la presunción de inocencia.

“El principio en tanto principio de inocencia está dado a favor de los acusados es indudable en la ley, siendo axiomático y elemental, y su aplicación descansa en las fuentes de la administración de la justicia penal” conforme al fallo “Coffin vs. United States”... Las creencias de nuestra sociedad, que presumen que toda persona es inocente, hasta tanto el Estado demuestre su culpabilidad, constituyen un concepto que está implícito en el derecho de toda sociedad liberal...

La ley no autoriza la detención de cualquier persona, sino sólo de aquellas sobre las cuales hay una acusación. Pero supongamos que el acusado es imputado y el gobierno demuestra con clara y convincente evidencia que es peligroso y que debe ser detenido antes del juicio, en el cual es absuelto. ¿Podría el gobierno entonces continuar con la detención del sujeto sustentado sólo en la peligrosidad que presenta? La respuesta no puede ser que sí, porque esto permitiría que el gobierno detenga a todos aquellos que no han cometido un delito sustentado en prueba que no es superior a la duda. El resultado debe ser por lo tanto que una vez que la acusación ha fallado, la detención no puede continuar. Pero nuestros principios fundamentales de justicia declaran que el imputado es tan inocente el día antes del juicio, como en la mañana posterior a su absolución. Conforme a la ley cuestionada una acusación permite la detención, basada en otros cargos, que luego de la acusación serán inconstitucionales. La conclusión es que la acusación ha sido la prueba, y si el acusado no es encontrado culpable del delito por el cual es imputado, será culpable de otro delito en el futuro.

...Para estar seguro de que una acusación no tenga consecuencias legales, se establece que se sustente en causa probable en tanto presunción de que un delito se ha cometido, y que el acusado ha participado. Bajo estas

condiciones se puede disponer la detención de una persona; y puede presentarse un período administrativo hasta tanto el acusado sea presentado ante el juez (fallo “Gerstein vs. Pugh”). Cuando el acusado es presentado para la realización del juicio puede ser detenido si el juez encuentra que no existen condiciones para su liberación de forma tal de prevenir que se fugue. Pero en estas condiciones la acusación es evidencia sólo de los hechos allí descriptos y “la liberación antes del juicio está condicionada a que el acusado brinde seguridades de que se presentará en el juicio y cumplirá con la sentencia si es encontrado culpable. Como en las antiguas prácticas de asegurar la comparecencia de las personas al juicio con un juramento, modernamente se requiere una fianza para asegurar la presencia del imputado” (fallo “Stack vs. Boyle”).

...la detención preventiva fundada en el hecho de evitar la comisión de futuros delitos contra la sociedad, no está justificada en ningún peligro para la realización del juicio en el cual se analizarán los cargos contra el acusado. La detención autorizada por esta ley no tiene relación con el poder del gobierno de establecer causa probable, y por lo tanto los intereses que intenta preservar se encuentran fuera de aquellos para los cuales se ha establecido la cláusula constitucional octava.

No es una proposición novedosa el sostener que la libertad caucionada prevista en la Constitución juega un rol vital en la protección de la presunción de inocencia. Al revisar la aplicación de la libertad bajo caución antes del juicio por parte de miembros del partido comunista el juez Jackson dijo que: “El grave daño a la sociedad, se ha dicho podría derivarse de la conducta que realizarían los acusados, además de las acciones que han desplegado luego de sus condenas. Si asumo que los imputados están dispuestos a cometer actos ilícitos... es difícil reconciliar con la ley tradicional de nuestro país en tanto no es válida la detención de las personas por parte del Poder Judicial a partir de anticipación de delitos no cometidos. La detención para proteger a la sociedad de delitos que se cometerán en el futuro es... algo sin precedentes en nuestro país y... sería injusto...” (fallo “Williamson vs. United States”)...

...El respeto a la presunción de inocencia es a menudo difícil, a veces debemos pagar un costo social alto como resultado de nuestro compromiso con los valores que compartimos. Sin embargo, al final de cada día la presunción de inocencia protege a los inocentes, los atajos que tomemos con aquellos que pensemos que son culpables afecta no sólo a aquellos que son acusados en forma errónea, sino, en última instancia, a todos.

En todo el mundo existen hombres, mujeres y niños internados en forma indefinida, esperando su juicio que nunca podría llegar o que sólo sería

una farsa, porque los gobiernos consideran que son peligrosos. Nuestra Constitución, cuya construcción comenzó hace dos siglos, puede protegernos de los males de estos poderes sin límites. A través de dos siglos nuestra Constitución ha crecido en forma lenta, con gran esfuerzo, en forma durable y expansiva. Pero no nos podrá proteger si no tenemos el coraje, y la limitación, de protegernos. En la fecha la mayoría de la Corte ha desarrollado un ejercicio para demoler la Constitución. Su decisión se presentará sin autoridad, y regresará sin respeto.

Hay que tener en cuenta que hasta el dictado de esta norma federal, y del fallo comentado, en los Estados Unidos la libertad en el proceso era la regla en virtud de la enmienda constitucional octava, si la acusación no tenía prevista la pena de muerte. La enmienda establece que no se podrá requerir una fianza excesiva. Por esto la Corte Suprema de Justicia de aquel país sostuvo que se aplicaba a todos los estados. En el fallo "Stack vs. Boyle" la Corte Suprema consideró que aunque la libertad durante el proceso es un derecho tradicional, el juez puede limitarla con una caución que garantice que el acusado se presentará en el juicio y ante las autoridades para cumplir la sentencia si es declarado culpable. De esta forma, si la fianza es fijada en un monto superior a uno razonable para estos fines, será inconstitucional conforme al parámetro de la enmienda octava.

En razón de este criterio generalmente aceptado, ante el dictado de la ley federal que establecía la prisión preventiva, se dijo en su defensa que si la sociedad tenía miedo de que el imputado pudiera cometer delitos podía disponerse la prisión durante el proceso. Gran parte de la doctrina consideró el argumento en tanto se afecta la presunción de inocencia y el debido proceso. Se sostuvo que la prisión preventiva afectaba la creencia histórica de que el individuo es libre y que tiene este derecho hasta que es probado, más allá de toda duda, que ha cometido un delito.⁴⁰

c. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por otro lado, también la Comisión Interamericana justifica estas razones en situaciones excepcionales en el informe 2/97, en donde se señaló

⁴⁰ Alschuler, Albert, "Preventive Petrial Detention and the Failure of Interest Balancing Approaches to Due Process", 85 *Mich Law Rev.*, 510 (1985). *Ibidem*, p. 552.

que el riesgo de comisión de nuevos delitos justifica la detención en el proceso cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido.

Sostuvo la Comisión en el informe 2/97:

iii. *Riesgo de comisión de nuevos delitos*. 32. 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. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

Considera la Comisión, en similar sentido que el Tribunal Europeo, que 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 (conforme a los fallos “Matznetter” y “Guzzardi” del TEDH).

Esta postura también ha sido aceptada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que se encarga de interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴¹ En este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso reciente también consideró que los principios de necesidad y proporcionalidad deben servir de guía en la aplicación de las medidas cautelares que afecten la libertad personal, y que junto con el peligro de fuga y el hecho de que el imputado obstaculice la investigación, aceptó el peligro de que el acusado cometa un delito, aun cuando esta postura es cuestionada en la actualidad.⁴²

Hay que tener en cuenta que aun Roxin afirma que: “Para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera indivi-

⁴¹ Caso 305/88, “Van Alphen c/Países Bajos” del 23 de julio de 1990, en *Informe Anual* (A/45/40 115). Cfr. Ottaviano, Santiago, “¿«Libertad provisional» o «derecho a la libertad»? La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2005: *Excarcelación. Doctrina*, Santa Fe, p. 416.

⁴² *Ibidem*, p. 417, que cita el fallo “Canese c/Paraguay”, serie C, núm. 111 del 31 de agosto de 2004 de la CIDH.

dual y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal”. Aclara que los medios de coerción se diferencian según su función procesal, señalando a la prevención de hechos punibles como una razón.⁴³ Señala el profesor Donna en su voto en el fallo “Barbará”, citando a Hassemer, que en el proceso penal se debe decidir “si la sociedad, ‘la de la gran libertad... seguramente, la de la exacta determinación y seguridad de las fronteras de la libertad’ (Kant), ha establecido una «perfecta y ciudadana Constitución legal» (Kant), o bien ha establecido un régimen autoritario, el cual lesiona novedosamente a la libertad, en lugar de protegerla”.⁴⁴

Esta concepción es similar a la del voto en disidencia del juez Marshall en el fallo “Salerno” comentado cuando explica que: “Las creencias de nuestra sociedad, que presumen que toda persona es inocente hasta tanto el Estado demuestre su culpabilidad, constituyen un concepto que está implícito en el derecho de toda sociedad liberal...”.

La detención provisional no puede perseguir un fin de prevención general, por cuanto no es una medida ejemplarizante para tranquilizar a la sociedad, restituyendo la confianza en el derecho. Si se admite esta idea, se anticipa la pena en forma inconstitucional al aplicarse la pena sin juicio previo.⁴⁵

La prisión provisional es uno de los más claros ejemplos del derecho penal simbólico, en tanto demostración de fuerza del Estado. El presunto delincuente es considerado un enemigo al que, ante todo, hay que vencer, apostando a un derecho penal para enemigos. La detención preventiva funciona como una pena anticipada o medida de seguridad en defensa de los ciudadanos ante el temor a la violencia, dejando de lado el principio de culpabilidad.⁴⁶

⁴³ Véase voto del juez Donna, en el fallo “Barbará, Rodrigo Ruy”, quien cita a Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, § 29.A.

⁴⁴ Véase el voto del juez Donna, en el fallo “Barbará, Rodrigo Ruy” citando a Hassemer, Winfried, “Los derechos humanos en el proceso penal”, *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, núm. 2001-1, p. 197.

⁴⁵ Voto del juez Donna en “Barbará, Rodrigo Ruy”.

⁴⁶ Díaz Pita, *op. cit.*, nota 36, pp. 127-129, quien cita a Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Valencia, 1999.

C. La preservación del orden público como sustento

La preservación del orden público también es admitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en circunstancias muy excepcionales a partir de la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo, para justificar la detención ante la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar.⁴⁷ Este criterio fue evaluado como válido por el Tribunal Europeo en el fallo “Letelier”, en el cual se consideró que el homicidio cometido constituye un atentado contra la persona humana y perturba el orden público, al ser la vida un valor esencial.⁴⁸ La Corte Europea estimó que la gravedad particular del delito investigado, y la reacción del público que generarían determinados delitos al poder provocar disturbios sociales, justifican una prisión preventiva excepcional, si la normativa nacional reconoce este concepto de perturbación pública causada por un delito.⁴⁹

En nuestro país esta temática cobró relevancia en los fallos dictados por la Cámara del Crimen en los cuales se les concediera la excarcelación a los acusados en el hecho investigado con motivo del presunto delito cometido en “República de Cromagnon” en los fallos “Chabán” y “Villarreal”.⁵⁰ Si bien en esos precedentes podría argumentarse que existía peligro de fuga de los acusados a partir de determinados indicadores como la conducta desplegada con posterioridad al episodio y la gravedad de la pena en expectativa, y la forma de ejecución de ésta, lo que resulta claro es que se discutía si la “alarma social” y la “conmoción al orden público” debía ser ponderada por los jueces al momento de fallar. En este aspecto, sólo la necesidad de evitar riesgos al proceso puede justificar encarcelar a un sujeto mientras dura el juicio.

⁴⁷ Las consecuencias de aceptar este argumento sería que en un caso como el del acusado “Chabán”, fallado por la sala V de la Cámara del Crimen, los votos de la mayoría y la minoría en vez de ponderar el peligro de fuga deberían haber considerado la repercusión social, circunstancia que resulta claramente irrazonable en tanto reglamentación del estado de inocencia.

⁴⁸ Galdino, *op. cit.*, nota 10, p. 705.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ CNCCorr., Sala V, c. 28.099 del 13 de mayo de 2005 y c. 27.017 del 2 de junio de 2005.

IV. Crítica a las posturas. Sobre la inconstitucionalidad de motivar la detención cautelar en función de la peligrosidad del acusado y la afectación al orden público

Como se argumenta en esta trabajo, sólo los peligros procesales de fuga, entorpecimiento del proceso y la posibilidad de lograr que pueda ser ejecutada la pena pueden fundar el dictado de una pena en el proceso, sin que exista una sentencia firme. El Estado, como asociación de personas que monopoliza el uso de la fuerza física en forma legal y legítima, no puede buscar otros fines con el dictado de la prisión preventiva sin afectar las ideas básicas del Estado de derecho liberal que funda nuestras relaciones en la comunidad y que reconoce los derechos naturales de los ciudadanos.

Es interesante analizar el fallo “Salerno” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por cuanto, tanto la mayoría como la minoría ponen la cuestión en blanco sobre negro acerca de si el gobierno puede buscar otros intereses con el dictado de la prisión provisoria.

La cuestión resulta de actualidad en situaciones de alarma social ante la comisión de delitos que afectan a la comunidad. En este aspecto, como sostiene la minoría en el fallo “Salerno”, la vida en una sociedad liberal requiere determinados costos que se encuentran asociados al ejercicio de nuestros derechos constitucionales. La aplicación de una pena sólo puede darse luego de un debido proceso que declare la culpabilidad del acusado, y por ello la prisión preventiva sólo puede darse en supuestos excepcionales para evitar riesgos procesales tendientes a lograr la realización del juicio y la posible aplicación de una pena.

La alarma social, el orden público, la peligrosidad de un sujeto y la posible comisión de delitos en el futuro no pueden constituir la finalidad de la prisión preventiva.⁵¹ Resulta esencial comprender, según la postura que se sigue, que el Estado no puede prevenir la posible comisión de delitos con el dictado de detenciones preventivas. El fascismo no tuvo frenos para el uso y el abuso de la prisión preventiva como medida de seguridad procesal, en cuanto “necesaria para la defensa social” e indispensable

⁵¹ Excepcionalmente podrían ser indicadores a ponderar junto con otros para evaluar la existencia de peligros procesales.

siempre que el delito haya causado una “grave alarma pública”.⁵² Si se acepta el criterio de preservar a la sociedad de los sujetos “peligrosos”, que pueden cometer eventualmente delitos en el futuro, y están “acusados” de un delito, la medida de coerción es una ejecución anticipada de pena sin juicio previo, al disponerse en su trámite. Los jueces de esta forma se convierten en una suerte de policías al aplicar la prisión preventiva con fines policiales para evitar que los sujetos “peligrosos” cometan ilícitos potenciales. Debemos concordar con Beccaria en que el peligro de fuga del acusado y el riesgo de alteración de pruebas es el fundamento de la prisión preventiva.⁵³

Si la prisión preventiva tiene una función de prevención general, debe tenerse en cuenta que si el Estado usa casos testigo para la aplicación de penas anticipadas y excesivas de la magnitud del injusto y de la culpabilidad del autor en aras de que la sociedad se “atemorice”, y no sienta la tentación de infringir la “norma”, se quiebra el mandato kantiano de no utilizar al hombre como instrumento, medio, para lograr otros fines. Se afecta la dignidad del hombre.⁵⁴

La gravedad institucional como fin de la prisión preventiva resulta un método inquisitivo para constreñir al imputado a confesar o a prestar colaboración. Resulta, como se expresara, un medio de intimidación y prisión policial.⁵⁵

La postura de los tribunales internacionales de derechos humanos que acepta la posible comisión de delitos en el futuro como causal excepcional para disponer esta medida de coerción debería ser interpretada si se citan estos precedentes, pero no se acepta esta parte de la doctrina que emana de ellos, en el sentido de que si bien las resoluciones de estos tribunales deben servir de guía a los tribunales nacionales, sólo fijan un criterio mínimo para considerar los tratados internacionales.⁵⁶

⁵² Ferrajoli, *op. cit.*, nota 4, p. 553. También voto del juez Donna, en “Barbará, Rodrigo Ruy”.

⁵³ *Ibidem*, p. 555.

⁵⁴ Donna, Edgardo, “¿Es posible el derecho penal liberal?”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 2003-1: *Delitos contra las personas - I*, Santa Fe, p. 613.

⁵⁵ Abraldes, Sandro, “Últimas consideraciones sobre la excarcelación y la prevención”, *El Dial*, 2005, quien cita a Ferrajoli, *op. cit.*, nota 4, p. 76.

⁵⁶ Téngase en cuenta que el criterio de usar la prisión preventiva con estos fines es reconocido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Asimismo, puede interpretarse que el juez nacional debe guiarse por la normativa procesal, el artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación, conforme a la remisión del artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a que en los tratados internacionales la restricción de un derecho debe ajustarse a la norma interna cuando es compatible con la normativa internacional.⁵⁷ Es decir, si la norma nacional permite una aplicación de la prisión provisional excepcional, y sólo a los fines de asegurar el proceso, la interpretación de los órganos internacionales que aceptan su dictado en función de otros motivos, como la prevención de delitos y el orden público, no resulta aplicable en nuestro país.

Por estas razones si se interpreta que sólo y únicamente el peligro procesal puede justificar esta medida excepcional, no debería aplicarse esta doctrina internacional con esta salvedad, de que no es obligatoria en tanto implica una restricción irrazonable de garantías constitucionales. Es decir, la interpretación en contra de un estándar internacional establecido por un Tribunal Internacional de Derechos Humanos sólo debería jugar a favor del imputado, y nunca en contra al estar en consideración uno de los bienes más importantes de toda persona, su libertad ambulatoria.

V. Conclusiones

La prisión sin condena tiene como finalidad permitir la realización del proceso, por lo cual los únicos motivos que pueden justificarla, si se quiere respetar el debido proceso y el principio de inocencia, son los peligros procesales de fuga del acusado o bien de obstrucción de la investigación al presionar a los testigos o la destrucción de prueba. Este concepto en la doctrina anglosajona se identifica con un modelo que respeta ante todo el “debido proceso”. Ante este modelo encontramos al paradigma que intenta con medidas de coerción en el proceso penal “controlar el crimen”, modelo que tiene en cuenta antes que nada la represión del delito y el castigo de los culpables, partiendo de un concepto de defensa social.⁵⁸ La

⁵⁷ Ottaviano, *op. cit.*, p. 419.

⁵⁸ Falcone, *op. cit.*, p. 187, con cita de Packet, Herbert, *Two Models of the Criminal Process*, a su vez citado en Bohmer, Martín, *La celada legal y los fundamentos del proceso penal*, en L. L. 1992-656.

posible comisión de otros delitos en el futuro resulta una forma irrazonable de reglamentar el principio de inocencia y el debido proceso previsto en nuestra Constitución.

Compartimos plenamente la postura de los fallos “Barbará” y “Machieraldo” que han presentado un cambio en el paradigma de la prisión preventiva de nuestro país al sostener que las previsiones de los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal no pueden ser interpretadas sin prueba en contra, y en el sentido de que la ausencia de explicación en el caso concreto de peligros procesales inválida la decisión. Por este motivo, podría sostenerse frente a la postura que evalúa que las normas en cuestión no son inconstitucionales, y que no debe probarse el peligro de fuga en el caso concreto,⁵⁹ que si bien la norma en principio no es inconstitucional, su aplicación al caso constituye un factor más, en las palabras del Tribunal Europeo respecto al monto de la pena, para ponderar la presunción de un peligro en el proceso. Si no hay peligro de aplicación de la ley penal o de entorpecimiento de la investigación, la norma procesal, en tanto reglamentación de la normativa constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos, sería inconstitucional.

Como señala Norberto Bobbio en la doctrina liberal el Estado de derecho no sólo significa subordinación de los poderes públicos a las leyes generales del país que es un límite formal, sino también subordinación de las leyes al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente como inviolables.⁶⁰ Por este motivo, conforme al voto del juez Marshall en el fallo “Salerno” de la Corte Americana, hay derechos que el Estado no puede reglamentar, aun cuando tenga fines muy legítimos, si la afectación es irrazonable.

Concluimos con la cita del juez Marshall en el fallo “Salerno”:

Si asumo que los imputados están dispuestos a cometer actos ilícitos... es difícil reconciliar con la ley tradicional de nuestro país en tanto no es válida la detención de las personas por parte del Poder Judicial a partir de anticipación de delitos no cometidos. La detención para proteger a la sociedad

⁵⁹ CFed. de San Martín, 3 de febrero de 2004, “Mosquera”; CNPen.Econ., Sala B, c. 53.294, “Inc. de Exc. en c. 58/02” del 2 de marzo de 2005.

⁶⁰ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, p. 19.

de delitos que se cometerán en el futuro es... algo sin precedentes en nuestro país y... sería injusto... (fallo “Williamson *vs.* United States”).

...El respeto a la presunción de inocencia es a menudo difícil, a veces debemos pagar un costo social alto como resultado de nuestro compromiso con los valores que compartimos. Sin embargo, al final de cada día la presunción de inocencia protege a los inocentes, los atajos que tomemos con aquellos que pensemos que son culpables afecta no sólo a aquellos que son acusados en forma errónea, sino, en última instancia, a todos.