

**¿EXISTE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CUANDO LAS OPCIONES SON CÁRCEL O LIBERTAD?
LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UN MODELO CAUTELAR DE TIPO ACUSATORIO A NIVEL NACIONAL* 1**

Por Leonel González Postigo

“Mucho de lo que la policía toca y todo lo que la prisión toca, se convierte en delitos y delincuentes, y se desvanecen las interpretaciones alternativas de actos y actores”

Nils Christie

Una sensata cantidad de delito (2004)

I. Introducción

En las últimas dos décadas, la mayoría de los países de América Latina promovieron una serie de procesos de reforma en sus sistemas procesales penales, los cuales avanzaron sobre la necesidad de modernizar la persecución penal a partir del reemplazo de los caducos modelos inquisitivos por moldes adversariales. Esto implicó la necesidad de realizar significativas transformaciones en los códigos procesales y en las leyes orgánicas, en atención a que los nuevos sistemas de enjuiciamiento tuvieron entre sus objetivos la separación entre las funciones jurisdiccionales y requirentes, el fortalecimiento de la oralidad en todas las instancias del proceso, la introducción de valores republicanos para la toma de decisiones, la sustitución del expediente por el legajo de prueba y la instauración del Ministerio Público Fiscal como el actor protagónico en la determinación de la política criminal, entre otros cambios estructurales.

Precisamente, éstos cambios abarcaron también al régimen de las medidas cautelares personales, implicando la necesidad de encarar la ejecución de una progresiva racionalización en el uso de la prisión preventiva, a fin de abandonar la idea que la consideraba como la regla general o una consecuencia automática del proceso². No obstante, ésta idea inicial que formaba parte del programa reformista aún no se ha cumplido, puesto que los países que implementaron medidas diferentes a la prisión preventiva han pecado de no acompañarlas de estructuras de control y, en los restantes países, que aún no previeron opciones al encierro, se han experimentado altas tasas de presos preventivos por sobre el número de personas condenadas.

Con este marco, el material que aquí se presenta pretende analizar inicialmente la lógica subyacente en la regulación del encarcelamiento preventivo en la justicia penal nacional, a fin de evaluar su compatibilidad con los principios constitucionales que rigen en la materia. Entre ellos, se hará una especial conceptualización del principio de proporcionalidad, procurando construir -a

¹ Artículo publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N°5, Mayo de 2013, Ed. Abeledo Perrot.

* Agradezco a Leticia LORENZO por sus comentarios antes de iniciar el trabajo, y a Ignacio TEDESCO por sus valiosas reflexiones, las cuales fueron de suma utilidad para la redacción final.

² *Manual de Servicios de Antelación al Juicio*, CEJA, Santiago, Chile, 2011, p.5.

partir de su significado- un esquema cautelar respetuoso del sistema de persecución penal acusatorio que expresa la Constitución Nacional, a través de la regulación escalonada de medidas de coerción que resulten menos lesivas que la prisión preventiva.

II. Exégesis: La concepción punitiva del encierro cautelar en el proceso penal nacional

En este apartado se pretende demostrar que la regulación de la restricción cautelar a la libertad personal en el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN) responde a la lógica de un sistema de justicia en el cual permanecen incólumes los vestigios de una herencia de más de doscientos años de escriturismo, rigidez, ineficiencia e inquisición en materia penal³.

En esta dirección, inicialmente vale indicar que el **artículo 280** sienta la regla general de que *“la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley”*.

Al respecto, se deben realizar dos consideraciones que nos permitirán afirmar su claro sesgo inquisitivo. Por un lado, tal como sostiene Pereyra, en este artículo se advierte “una derivación más del principio de inocencia y significa que la regla general es la libertad del imputado, debiendo acudir al extremo de su detención solamente “cuando se demuestra” que su libertad hace peligrar los fines procesales”⁴. No obstante, veremos que la evaluación del juez de instrucción sobre éstos riesgos procesales se encuentra contaminada por presunciones de semi culpabilidad que provienen no solamente de la declaración indagatoria, sino también del auto de procesamiento, como requisitos necesarios para el dictado de la prisión preventiva.

Justamente, cabe referir que el artículo 294 del CPPN establece que *“cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla”*, lo cual deja en claro que ya en el primer acto procesal existen incipientes sospechas acerca de la culpabilidad de quien será llamado a prestar declaración indagatoria, generando de este modo una afectación embrionaria al principio de inocencia.

³ Cabe aclarar que a lo largo del trabajo me referiré a la dicotomía acusatorio - inquisitivo desde el sentido conceptual que los concibe como tipos ideales, entendiendo que esta aproximación teórica se refiere a lo acusatorio y lo inquisitivo como niveles integrados por determinados elementos estructurales que pueden tener cierta clase de relaciones entre sí. Cfr. LANGER, Máximo, *La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2001, pp. 243-250.

⁴ PEREYRA, Pablo: *La detención de personas en el esquema constitucional*, en Plazas, Florencia G. y Hazan, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 114.

Incluso, se ha dicho que la declaración indagatoria aparece como una necesidad de la acusación, al ser un requisito ineludible para el avance del proceso a otra etapa⁵.

Ulteriormente, el código regula en su artículo 306 que “*el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste*”, reflejando entonces que - en principio- las sospechas sobre la culpabilidad han aumentado respecto a la instancia anterior, en atención a un mayor grado de verificación de la hipótesis delictiva.

Habiendo procesado al imputado, el juez de instrucción puede ordenar su detención preventiva, esto es, la restricción de su libertad ambulatoria, por lo que regiría en principio la regla general del artículo 280 que mencionáramos oportunamente. Pues bien, considerando los niveles de sospecha alcanzados en virtud de la declaración indagatoria y del auto de procesamiento, ¿continúa inmune la presunción de inocencia que supone el artículo en cuestión? Al respecto, cabe concluir que al momento de evaluar el dictado de la prisión preventiva, el juez analiza los riesgos que hacen peligrar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley a partir de lo que denominaré como *principio de inocencia aparente*, puesto que es falsa la afirmación de que el imputado goza de la presunción de inocencia al momento de evaluar su detención cautelar, en virtud de que la decisión del magistrado está signada por actos previos en los cuales ya se ha construido un estado de sospecha que permite presumir seriamente que el hecho existió y que el imputado ha participado en él.

Por otro lado, se debe reparar en que el artículo 280 indica el descubrimiento de la verdad como uno de los fines del procedimiento penal. Sobre ello, Maier afirma que “el procedimiento penal actual, en la versión que, proveniente de la reforma procesal penal del siglo XIX en Europa continental, llegó a nosotros por recepción, reside en un compromiso que pretende mantener las bases de la Inquisición (persecución penal estatal y averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento)”⁶. Igualmente, Bovino asevera que “el principio material de la averiguación de la verdad, afianzado con el modelo inquisitivo histórico, opera como un principio político estructural del sistema de enjuiciamiento que impide la utilización de mecanismos consensuales o de soluciones alternativas a las sanciones represivas”⁷, precisando que “esta visión del concepto de verdad funciona como una justificación para excluir la voluntad

⁵ PARENTI, Pablo y PELLEGRINI, Lisandro: *El procesamiento en el Código Procesal Penal de la Nación*, en Plazas, Florencia G. y Hazan, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 420.

⁶ MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal*, T. I. Fundamentos, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996, p. 663.

⁷ BOVINO, Alberto: *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 221.

de los particulares en la decisión del caso penal, para definir la persecución penal como tarea estatal necesaria e ineludible, y para ampliar los poderes de los órganos persecutorios”⁸.

Por lo tanto, es posible afirmar que el artículo en consideración no solamente se interpreta en función de una falsa presunción de inocencia, sino que también instituye que el Estado podrá impulsar la persecución de un hecho delictivo en virtud de la necesidad de descubrir la verdad sobre lo que ha sucedido. Por lo dicho, advertimos que nuestro código se identifica con un criterio de “verdad objetiva”, al admitir que en determinados casos es plausible alcanzar el conocimiento absoluto de la verdad en el proceso penal, e incluso pudiendo encarcelar preventivamente a quien se lo sospeche como autor de ese delito. Al respecto, Ferrajoli sostiene que éste tipo de verdad es la que distingue claramente al modelo inquisitivo, asegurando que “conforme a estos criterios de definición sustancial de la desviación punible se produce un vaciamiento objetivo de aquella garantía fundamental que es el principio de estricta legalidad, en virtud del cual nadie puede ser castigado más que por un hecho ya cometido y exactamente previsto en la ley como delito”⁹. Por último, se ha dicho también que “la idea de la búsqueda de la verdad como meta del procedimiento influye en gran medida en la conciencia judicial penalista y lleva a los jueces a excederse en sus funciones específicas y a buscar por ellos mismos corroboraciones de hipótesis, cuando todo lo que deberían hacer es analizar si las que les presentan las partes han alcanzado un cierto grado de confirmación”¹⁰.

Continuando con el análisis, el **artículo 312** del CPPN establece que el juez ordenará la prisión preventiva del imputado, al dictar el auto de procesamiento, cuando: a.) no procediera la ejecución condicional de la pena; b.) o, si aun correspondiendo la condena condicional, no procediere la excarcelación

Se advierte, entonces, que la forma en la cual se ha codificado la procedencia de la prisión preventiva evidencia que nuestro código regula el riesgo procesal directamente en la excarcelación, convirtiendo al encierro en la regla, y a la libertad en la excepción. Como sostiene Pastor, “el nuevo sistema del CPP, siguiendo la mala técnica del código que viene a reemplazar, mantiene la confusión entre libertad y excarcelación, porque solo *se dictará la prisión preventiva cuando no proceda la exención de prisión o excarcelación*”¹¹. Empero, la confusión se agrava si se evalúan conjuntamente los artículos 280 y 312, pues el primero de ellos permite presumir que

⁸ BOVINO, Alberto: *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, ob. cit., pp. 221-222.

⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 42.

¹⁰ GUZMÁN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 116.

¹¹ PASTOR, Daniel: *Tensiones, ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 156.

el encarcelamiento será excepcional, no obstante el segundo permite concebir a la libertad como una discusión posterior al encarcelamiento. En otras palabras, “en nuestro código primero se detiene y luego se analiza si corresponde dejar sin efecto esa detención. En términos médicos, enfermamos de “preventivitis” a los imputados, para aplicarles luego el “remedio”: la excarcelación, que los curará de la enfermedad”¹².

En esta línea de análisis, indagaremos acerca de los supuestos en los cuales procede la exención de prisión, regulados en el **artículo 316**¹³, de la excarcelación, en el **artículo 317**¹⁴, y las restricciones a la exención de prisión y excarcelación, en el **artículo 319**¹⁵ del CPPN.

Los artículos en consideración se pueden subsumir en un análisis acerca de los distintos fundamentos existentes para autorizar el encierro cautelar, a los cuales Cafferata Nores definió hace muchos años como criterios sustancialistas y procesalistas¹⁶. Los primeros entienden a la prisión preventiva como una medida de seguridad, mientras que los segundos la conciben como una medida cautelar excepcional. Asimismo, los criterios sustancialistas utilizan como indicadores el monto de pena en expectativa, el tipo de delito imputado, el daño causado, las características personales del imputado y la repercusión social del hecho, mientras que los procesalistas se identifican con los riesgos procesales de elusión de la justicia y entorpecimiento de las investigaciones judiciales.

No obstante, los últimos estudios sobre el estado de la prisión preventiva en Argentina tienden a concebir una tercera clasificación, denominada *criterios sustantivos encubiertos*, entendidos como aquellos que “fundamentan el encarcelamiento sobre la base del peligro de

¹² SOSA ARDITI, Enrique: *La excarcelación, un remedio que le hace mal al proceso*, en Revista de Derecho Procesal Penal: Excarcelación, 1º Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 87.

¹³ “El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal”.

¹⁴ “La excarcelación podrá concederse:

1º) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión.

2º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan.

3º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada.

4º) Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme.

5º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios”.

¹⁵ “Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”.

Para un análisis de mayor profundidad sobre los supuestos del artículo 319, ver: SOLIMINE, Marcelo: *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2003, p. 67 y ss.

¹⁶ CAFFERATA NORES, José: *La excarcelación*, 2ª ed., T. I, Buenos Aires, 1988, cap. II, tit. II y III.

fuga; sin embargo, la contradicción está dada por el criterio utilizado para acreditar el peligro, esto es, la seria posibilidad de que en el caso de ser condenado, la pena sea de efectivo cumplimiento. El razonamiento, entonces, consiste en tomar el *quantum* de la pena para presumir que el imputado eludirá la acción de la justicia porque, de acuerdo con las normas de fondo, en caso de ser encontrado culpable, la pena no podrá ejecutarse en forma condicional”¹⁷.

Ciertamente, a partir de un análisis conjunto de estos tres artículos, se advierte cómo la regulación legal de la restricción de la libertad concibe al encarcelamiento preventivo como una medida punitiva, vale decir, como un castigo en sí mismo. Esto se evidencia claramente en función de la lógica que impera en los incisos 2º a 5º del artículo 317, al entender que se concederá la excarcelación siempre que el imputado haya cumplido en prisión el máximo de la pena prevista en el Código Penal para el delito que se le endilgue; o la pena solicitada por el fiscal; o la pena impuesta por sentencia no firme; o el tiempo que, de haber existido condena, le hubiere permitido obtener la libertad condicional, demostrando así que el juicio sobre la culpabilidad del imputado no se realiza en la instancia de debate, sino más bien al momento de analizar la imposición de la prisión preventiva. En esta línea se expresa D’Albora, al señalar que en la hipótesis del tercer inciso del artículo 317 “recién habrá de existir requerimiento fiscal propiciando una pena determinada en ocasión de formularse las conclusiones finales del MP ante la Cámara (art. 393, párrafo primero, primera oración), momento en el cual se completa la acusación comenzada al impeler la elevación a juicio en los términos del art. 346, párrafo segundo. Por eso, virtualmente, carece de operatividad”¹⁸. Respecto al análisis del artículo 317, Pastor es contundente al aseverar que “todos estos supuestos son ejemplos auto evidentes de la consagración del encarcelamiento preventivo como pena anticipada y se explican por sí mismos: la prisión preventiva cesa en los casos en que cesaría la pena”¹⁹.

Así, en la propia referencia gramatical, los incisos mencionados se refieren al cese de la prisión preventiva a partir de un paralelismo con la pena que hubiere recaído sobre el imputado, cuando en realidad no se soslaya que el encarcelamiento preventivo es una medida cautelar y, como tal, instrumental a los fines de resguardar la prosecución del proceso.

En este sentido, interesa puntualizar que la lógica inquisitiva que pervive en nuestro CPPN se advierte en el valor probatorio otorgado a la evidencia recolectada durante la etapa de

¹⁷ Informe *El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*, dirigido por Diego García Yomha, INECIP, Buenos Aires, 2012, p. 38.

¹⁸ D’ALBORA, Francisco: *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, T. II, Séptima ed. corregida, ampliada y actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2005, p. 698.

¹⁹ PASTOR, Daniel: *El encarcelamiento preventivo*, en MAIER, Julio (comp.): *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 58.

instrucción, la cual se pondera a la hora del dictado del encarcelamiento procesal. Sobre la construcción que realizan los jueces sobre la prueba, Baytelman y Duce sostienen que “nuestra cultura jurídica, desde siempre fuertemente influenciada por una idea más bien simplista de `la verdad` asociada al procedimiento inquisitivo, ha operado tradicionalmente como si la prueba hablara `por sí misma`. Eso, en el proceso inquisitivo, se refleja en todo el modo de presentar la prueba”²⁰. Al mismo tiempo, los autores afirman que en un modelo adversarial “la prueba debe ser presentada. Debe ser ofrecida al interior de un relato. Debe ordenarse al servicio de la versión para la cual está siendo ofrecida. No estamos diciendo que haya que inventarla, fabricarla o tergiversarla. Cuando decimos que la litigación de juicios es un ejercicio estratégico (...) queremos decir que si ese tribunal tiene alguna chance de dar con lo que realmente ocurrió –de dar con la verdad- ello depende de que las partes puedan presentarle un relato coherente, claro, completo, y creíble acerca de los hechos. Decimos que éste es el método del sistema acusatorio”²¹. Es decir, en un sistema adversarial, la investigación tiene como finalidad recolectar la evidencia necesaria para que recién en la audiencia de juicio se le pueda dar un significado al introducirla en el marco de la construcción de un relato.

Respecto a la interpretación de éstos artículos a la hora de evaluar el dictado de la prisión preventiva (o, en otras palabras, el rechazo de la excarcelación), la máxima instancia judicial penal del país, la Cámara Federal de Casación Penal, se ha expresado en el plenario Díaz Bessone²² al afirmar 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 ésta decisión, la Dra. Ángela Ledesma sostuvo que “la ausencia de arraigo -determinado por la falta domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo-, la facilidad para abandonar el país o mantenerse oculto, su comportamiento en el proceso, entre otros, son pautas que pueden ser tenidas en cuenta para acreditar el peligro de fuga. Sin embargo, no podrán valorarse circunstancias tales como la reincidencia (artículo 319 CPPN), la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones y rebeldías en procesos anteriores. Todas ellas son cuestiones que exceden las

²⁰ BAYTELMAN, Andrés, y DUCE, Mauricio: *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 78-79.

²¹ BAYTELMAN, Andrés, y DUCE, Mauricio: *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, ob. cit., p. 79.

²² Cámara Federal de Casación Penal, Acuerdo Plenario N° 13, “Díaz Bessone s/ inaplicabilidad de ley”, de fecha 30/10/2008.

condiciones personales del imputado y la situación actual y concreta del caso. Para poder acreditar los extremos que demuestran el riesgo procesal de elusión de la justicia resulta indispensable la información que se recolecta en los legajos de personalidad, como así también las pruebas que puedan aportar las partes. Su ausencia deja sin fundamento la medida cautelar más gravosa, por lo tanto, la torna injustificada”.

Por lo tanto, de esta interpretación se entiende, tal como señala Solimine, “que para nuestro régimen federal sólo el riesgo de fuga y de entorpecimiento de las investigaciones (traducido como peligro de que el imputado utilice su libertad para borrar o destruir las huellas del delito, intimidar, sobornar o influenciar a los testigos y concertarse con sus cómplices o encubridores) habilitan el encarcelamiento preventivo”²³. Por su parte, Binder afirma que en realidad el peligro de fuga constituye el único argumento genuino para fundar el encierro preventivo, puesto que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Además, es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso”²⁴.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que la regulación de la restricción a la libertad personal durante el proceso que hace nuestro CPPN se identifica con una lógica netamente inquisitiva, por cuanto la averiguación de la verdad se instituye como uno de los fines del proceso; la prisión se convierte en la regla; la presunción de inocencia es tan solo formal; y la detención preventiva se interpreta como una medida punitiva.

III. Límites a la prisión preventiva: La conceptualización del principio de proporcionalidad

Tal como hemos visto, la lógica imperante en el sistema de enjuiciamiento criminal nacional responde a una matriz de corte inquisitiva en la cual la prisión preventiva se erige como la regla, mientras que la libertad se concibe como la excepción. Éste diseño, de cuño colonial, contrasta flagrantemente con el programa procesal penal constitucional, puesto que éste establece un sistema de justicia penal adversarial, instrumenta un sistema de garantías que respeta los derechos individuales de los imputados e instaura un conjunto de derechos para la

²³ SOLIMINE, Marcelo: *Tratado sobre las causales de excarcelación*, ob. cit., p.24.

²⁴ BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 199.

víctima del delito²⁵. Por lo tanto, se advierte una palmaria incompatibilidad entre las orientaciones filosóficas del CPPN y el texto constitucional, a la cual se refiere claramente Ledesma al sostener que “en nuestro país, por un lado, se optó a favor del modelo de proceso norteamericano inspirado en el *common law* –conforme la Constitución Nacional- y por el otro al sancionar el código de procedimientos para la justicia nacional, en el año 1888, se siguió la ley de enjuiciamiento criminal española”²⁶.

Ahora bien, lo cierto es que a partir de la reforma constitucional del año 1994 se anexó un plexo de instrumentos internacionales de derechos humanos en el artículo 75, inciso 22, en virtud de los cuales se le otorgó rango constitucional a una serie de principios limitadores de la detención cautelar, entre los que podemos hallar al principio de proporcionalidad.

A los fines de éste trabajo, su concepto será analizado en atención a la necesidad de evidenciar la necesidad de ajustar el sistema cautelar del CPPN a la filosofía política que impone el texto constitucional original, e incluso a las nuevas bases instituidas a partir del año 1994.

III. a. Recepción normativa

En el contexto local, Bovino apunta que en realidad “el principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban un trato peor que los condenados. Por esta razón, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido expresamente no solo en instrumentos internacionales sino, también, en el derecho procesal penal interno”²⁷, lo cual ciertamente nos permite concluir que se trata de un principio que en verdad rige desde la propia sanción original del código de procedimientos en materia penal y, en la actualidad, en virtud de la regla general que impone el artículo 280 del CPPN, analizado en el acápite anterior.

Por otro lado, los tratados internacionales de derechos humanos -receptados con jerarquía constitucional en el año 1994- acogen el mandato de proporcionalidad, el cual se puede justificar en función de los artículos 7.3 (“*nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios*”) y 8.2 (“*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”) de la Convención Americana de Derechos Humanos, como así también de los artículos 9.1 (“*todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión*”).

²⁵ Cfr. GODOY BERROCAL, María Elena: *Lineamientos para la modernización del Ministerio Público*, en Revista de Derecho Procesal Penal *El proceso penal adversarial*, número extraordinario, t. II, coordinado por Diego García Yomha y Santiago Martínez, 1ra Ed., Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 325-332.

²⁶ LEDESMA, Angela Ester: *La reforma procesal penal*, 1ª ed., Rosario, Santa Fe, Ed. Nova Tesis, 2005, p. 40.

²⁷ BOVINO, Alberto: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1998, p. 153

arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta) y 14.2 (*“toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esta línea, Bovino entiende que incluso “la legislación procesal penal interna reconoce la imposibilidad de ordenar el encarcelamiento procesal cuando se trata de delitos leves, o que no prevén pena privativa de libertad, al regular los presupuestos de aplicación de la coerción procesal. Así, por ejemplo, el CPPN, art. 312, establece como requisito de procedencia de la aplicación de la prisión preventiva la atribución de un delito sancionado con pena privativa de libertad. La disposición autoriza a ordenar la prisión preventiva cuando “al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de libertad...” (inc. 1)”²⁸. Asimismo, el autor sostiene que “la legislación también ha reconocido la exigencia de limitar temporalmente la duración del encarcelamiento preventivo derivada del principio de proporcionalidad, estableciendo mecanismos que impiden que éste se prolongue más que la propia pena que se espera según las circunstancias del caso. En este sentido, el art. 317 del CPPN establece como supuestos de excarcelación, entre otros, los siguientes: a) cumplimiento del máximo de la pena prevista para el o los delitos que se le atribuyan; b) cumplimiento de la pena solicitada por el fiscal que a primera vista resultare adecuada; c) cumplimiento de la pena impuesta por sentencia no firme; y d) cumplimiento de un plazo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional (incs. 2 a 5)”²⁹, aunque en realidad reconoce que éste artículo vulnera en sí mismo el principio de proporcionalidad puesto que su inciso 2º autoriza el encarcelamiento incluso cuando se trata de pena privativa de libertad que permita la condena condicional si existen peligros procesales, en atención al artículo 319.

Por otro lado, cabe decir que “el artículo 5 del proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, por ejemplo, dispone que sólo se puede detener preventivamente si la infracción imputada es grave y prevé pena privativa de libertad. En similar sentido, la Resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, inciso d, establece: `No se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista`”³⁰.

²⁸ BOVINO, Alberto: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, ob. cit., pp. 154-155.

²⁹ BOVINO, Alberto: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, ob. cit., p. 155.

³⁰ BOVINO, Alberto: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, ob. cit., p. 153.

Vale apuntar, a modo de ejemplo simplemente, la regulación de éste principio en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el cual establece en su artículo 3º (tratamiento del imputado como inocente) que “las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes”.

III. b. Interpretación en el sistema interamericano de derechos humanos

Aquí nos referiremos a las consideraciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) han hecho en relación al carácter excepcional de la prisión preventiva y la interpretación que han realizado del principio de proporcionalidad, en base a la normativa prevista en el sistema regional de protección de derechos humanos.

En esta dirección, corresponde mencionar que la Corte IDH ha manifestado claramente la jerarquía del principio, al sostener en los casos “Gangaram Panday”³¹ y “Palamara Iribarne”³² que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”. En la misma línea argumental, la Corte ha expresado, refiriéndose a los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la CADH, en los casos “Suárez Rosero”³³, “Bulacio”³⁴ y “Hermanos Gómez Paquiyauri”³⁵ que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, ni tampoco “privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”.

En este orden de ideas, la Corte IDH ha sido contundente al sostener, en el caso “Tibi”³⁶, que “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y

³¹ Corte IDH, Caso Gangaram Panday vs. Surinam, Sentencia del 21 de enero de 1994, considerandos 45-47.

³² Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, considerando 215.

³³ Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, considerando 42.

³⁴ Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, considerando 125.

³⁵ Corte IDH, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia del 8 de julio de 2004, considerando 83.

³⁶ Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, considerando 106.

proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”. Asimismo, ésta concepción fue ratificada posteriormente en los casos “López Álvarez”³⁷, “Acosta Calderón”³⁸, “García Asto y Ramírez Rojas”³⁹, “Instituto de Reeducación del Menor”⁴⁰, “Servellón García”⁴¹, “Yvon Neptune”⁴² y “Bayarri”⁴³, todos ellos en sintonía con el citado precedente.

Por otra parte, la CIDH se ha expresado -hace algunos años- en relación a los principios que restringen el dictado de la prisión preventiva, y al concepto del principio de proporcionalidad, entendido como una de las limitaciones más fuertes para el encarcelamiento cautelar.

Así, en el Informe 35/07 (“José, Jorge y Dante Peirano Basso”), la Comisión se refiere a lo dicho por la Corte IDH en el caso “López Álvarez”, en cuanto a que *“la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”* (95).

Puntualmente, en dicho Informe, la Comisión se pronunció sobre la significación del principio, al enunciar que *“otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza”* (109).

Además, al respecto, añadió que *“no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada”* (110).

³⁷ Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia del 1º de febrero de 2006, considerando 67.

³⁸ Corte IDH, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia del 24 de junio de 2005, considerando 74.

³⁹ Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia del 25 de noviembre de 2005, considerando 106.

⁴⁰ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, considerando 228.

⁴¹ Corte IDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, Sentencia del 21 de septiembre de 2006, considerando 88.

⁴² Corte IDH, Caso Yvon Neptune vs. Haití, Sentencia del 6 de mayo de 2008, considerando 107.

⁴³ Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina, Sentencia del 30 de octubre de 2008, considerando 69.

Por otra parte, en el Informe 12/96, la CIDH sentó que “*el Estado puede perfectamente adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculpado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal. Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención*” (88).

III. c. Perspectivas teóricas

Al abordar el sentido conceptual del principio de proporcionalidad, tomaré como base la distinción efectuada por Bigliani y Bovino en cuanto a la existencia de una doctrina tradicional y una redefinición del significado⁴⁴, aunque en realidad se planteará una visión específica sobre el significado del principio, en función de su incumplimiento en el ámbito penal nacional.

Así, es plausible afirmar que la concepción tradicional de éste principio se vincula a la llamada “prohibición de exceso”, esto es, la imposibilidad de que el tiempo transcurrido en prisión preventiva supere al que eventualmente le pudiere corresponder en virtud de la pena que se aplique. Dentro de esta corriente, es posible incluir la conceptualización que realiza Maier, al asegurar que “parece racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena. Ya a la apreciación vulgar se presenta como un contrasentido el hecho de que, por una infracción penal hipotética, el imputado sufra más durante el procedimiento que con la pena que eventualmente le corresponderá, en caso de condena, por el hecho punible que se le atribuye”⁴⁵. En esta línea, también se expresa Binder, quien sostiene que “la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión”, añadiendo que “la medida de coerción no puede superar en violencia a la pena y son los jueces los que deben determinar ese `equilibrio`”⁴⁶.

De la misma forma, ésta concepción se puede advertir en Solimine, quien sostiene que “este postulado impone como necesaria la existencia de una relación entre el rigor de la medida de coerción a imponer y el fin procesal que se debe asegurar. Ello, para impedir que el proceso de la persecución penal signifique para el imputado una intervención más grave en su vida que la

⁴⁴ BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto: *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 50 y ss.

⁴⁵ MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 526.

⁴⁶ BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 200-201.

posible condena”⁴⁷. A su vez, el autor añade que “respecto de la prisión preventiva, la aplicación de este principio de proporcionalidad, cobra dos modos diferentes de funcionamiento: en algunos casos impide absolutamente el uso de esta medida de coerción (v. gr., delitos reprimidos con pena no privativa de la libertad o cuando resulte de aplicación pena privativa de libertad, pero que no será de cumplimiento efectivo – p. ej., la condena en suspenso o *sursis* belga). En otros casos la limita temporalmente. Así, deberá cesar la prisión preventiva cuando el tiempo sufrido en tal condición resulte equivalente o superior al que correspondería ante una eventual sentencia condenatoria (aquí entran distintos supuestos: agotar en prisión preventiva el máximo de la pena con que se conmina el delito; agotar en prisión preventiva el monto de la pena que hipotéticamente se aplicará; el haber padecido un tiempo en prisión preventiva que hubiera permitido haber obtenido los distintos beneficios que prevé el régimen de ejecución de la pena: libertad condicional, libertad asistida, etc.). Finalmente, en este mismo ámbito y según mi criterio, la aplicación máxima del principio de proporcionalidad, lleva a una última consecuencia: *la limitación temporal al encarcelamiento preventivo por el vencimiento del plazo máximo tolerable en tal situación*”⁴⁸

Desde mi perspectiva, entiendo que la corriente expuesta no hace más que justificar en sí misma la lógica de la prisión preventiva como pena anticipada, puesto que los autores consienten tácitamente en que el plazo de la detención cautelar se debe evaluar en función al monto de la pena que le pudiese corresponder. Esto, indudablemente, no se condice con el esquema adversarial constitucional, pues en éste sistema la determinación de la culpabilidad, y la mensuración de la pena, se realizan recién en la audiencia de debate.

Así se expresa Pastor, quien asevera que “el criterio de proporcionalidad entre la pena que se espera y el encarcelamiento preventivo es, en verdad, una justificación para la aplicación anticipada de la pena y, por lo tanto, un principio reñido con las reglas de juego del derecho procesal penal moderno y con los principios de la Constitución Nacional”⁴⁹.

A la par, Bovino afirma que “las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad pretenden, de modo manifiesto, impedir o restringir el uso del encarcelamiento preventivo con el objeto de evitar que el imputado que goza del estado jurídico de inocencia sufra un mal mayor que el que representa la propia sanción penal sustantiva. Esta limitación necesaria, sin embargo, presenta aspectos problemáticos. En primer lugar, el principio de proporcionalidad, al ligar

⁴⁷ SOLIMINE, Marcelo: *Tratado sobre las causales de excarcelación*, ob. cit., pp. 661.

⁴⁸ SOLIMINE, Marcelo: *Tratado sobre las causales de excarcelación*, ob. cit., pp. 661-662.

⁴⁹ PASTOR, Daniel: *Tensiones, ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, ob. cit., p. 157.

inexorablemente el encierro procesal a la magnitud de la pena, revela el carácter *material* de la privación de libertad cautelar que ópera, de hecho, como pena anticipada (...) Por otro lado, el principio de proporcionalidad no sólo puede ser considerado como un límite, sino también como una justificación para la prolongación del encierro preventivo”⁵⁰.

También, en términos generales se ha dicho que “los principios del derecho penal que constituyen una concreción de la idea del Estado de Derecho son aquellos que se refieren básicamente a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción, dicho más precisamente: el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y la prohibición de *bis in idem*”⁵¹.

En otro orden de ideas, Natalia Sergi ha reformulado el contenido del principio de proporcionalidad, reconociendo que “resulta evidente que el legislador asimila la prisión preventiva a la pena material, advierte correctamente la injusticia de la desproporcionalidad, e intenta solucionarla”⁵². En esta dirección, afirma que “el criterio de proporcionalidad, entonces, debe ser dejado de lado en los supuestos en los que no opera como límite sino como justificación de la prolongación del encarcelamiento preventivo, para darle lugar a un criterio más restringido: *el principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia entre la pena y la prisión preventiva*. De acuerdo con esta nueva formulación del antiguo principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo nunca puede equivaler a la duración de la pena”⁵³.

En este sentido, Sergi afirma que “en el Estado de Derecho, la medida cautelar debe ser inequivalente a la pena, y dicha equivalencia debe evitarse en calidad y cantidad”⁵⁴, precisando que “la inequivalencia en cuanto a la calidad evita la privación de la libertad durante el proceso cuando la posible condena no será privativa de la libertad, pues corresponde la condena condicional o bien el delito no prevé una pena privativa de la libertad”⁵⁵, y “en relación con la cantidad de pena, la inequivalencia evitará que el tiempo de la medida cautelar sea equivalente a la posible condena de encierro, estableciendo un plazo menor”⁵⁶.

⁵⁰ BOVINO, Alberto: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, ob. cit., pp. 174-175.

⁵¹ BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 104.

⁵² SERGI, Natalia: *Límites temporales a la prisión preventiva*, Revista Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A, p. 136.

⁵³ SERGI, Natalia: *Límites temporales a la prisión preventiva*, ob. cit., pp. 137-138.

⁵⁴ SERGI, Natalia: *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, en Baigún, David; dir., *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 480.

⁵⁵ SERGI, Natalia: *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, ob. cit., p. 481.

⁵⁶ SERGI, Natalia: *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, ob. cit., p. 481.

Finalmente, la autora sostiene que “esta solución implica poner en evidencia el carácter de pena anticipada del encarcelamiento preventivo; ofrecer un límite más restringido que el que proporcionaba el principio de proporcionalidad, porque impide que se llegue al plazo de la pena; evitar la presión del juez de adecuar la resolución formal a la resolución material que ya se ha cumplido; y habilitar un supuesto de reparación por daños y perjuicios en sede civil, por haber sido privado de su libertad sin una sentencia –que ya nunca podrá llegar a ser- condenatoria”⁵⁷.

Desde ésta perspectiva, la interpretación del principio de proporcionalidad como inequivalencia entre *coerción cautelar* y *coerción sustantiva*⁵⁸, permite dar cumplimiento a lo dicho por la CIDH en el Informe 35/07, en el cual se sostiene que al principio no se lo debe entender como una equivalencia entre detención preventiva y pena material.

Finalmente, en punto a la necesidad de demostrar el incumplimiento del principio de proporcionalidad en la justicia penal nacional, desde la doctrina también se ha ampliado su concepto, asegurando que “la prohibición de exceso exige una ponderación valorativa entre objetivo legítimo y efectos no deseados. Por ello, las exigencias que se derivan de ella no pueden tener la estrictez de las que resultan de la presunción de inocencia. Igualmente, resultan claramente evidentes los límites de una regulación orientada a partir del principio de proporcionalidad. Una consecuencia obvia de la prohibición de exceso es *la prioridad de las medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva*”⁵⁹.

En esta dirección, igualmente se ha dicho que “el principio de proporcionalidad ha sido interpretado en sentido amplio como constituido por tres sub principios: 1) necesidad, 2) idoneidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto. En relación con el de necesidad se ha señalado la importancia de que la prisión preventiva sea la última ratio, y por ello contribuye a la búsqueda de medios alternativos que posibiliten sus fines y signifiquen una considerable menor intervención en el derecho fundamental a la libertad. Este principio también ha sido llamado de “excepcionalidad” y está vinculado con el de “subsidiariedad” cuando se plantea la necesidad de recurrir a medios menos gravosos. La idoneidad está referida a la consideración de que la prisión preventiva resulte el medio idóneo para contrarrestar en forma razonable el peligro que se trata de evitar. (...) El principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado “principio de prohibición de exceso” y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a

⁵⁷ SERGI, Natalia: *Límites temporales a la prisión preventiva*, ob. cit., p. 139.

⁵⁸ BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto: *Encarcelamiento preventivo*, ob. cit., p. 52.

⁵⁹ HASSEMER, Winfried: *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. de Patricia Ziffer, 2º ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 120.

esperar, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión”⁶⁰.

Precisamente, Arsenio Oré ha sido quien sintetizó con mayor claridad el significado del principio, al sostener que “por el principio de proporcionalidad debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal”⁶¹, pues ésta definición permite quitar de la discusión toda referencia a la eventual pena que le pudiere corresponder al imputado, lo cual no debería tener lugar en el marco de la evaluación de riesgos procesales en materia cautelar. Así, Oré afirma que “se cuestionan las detenciones impuestas que resultan inadecuadas para un fin concreto, habiendo otras medidas menos gravosas que pueden servir para el correcto desarrollo del proceso. Ingresan en el examen de este principio el plazo de duración de las medidas de coerción, cuando éstas son ilimitadas o excesivas”, resaltando finalmente que “resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de pena”.

En suma, lo cierto es que a partir de la vigencia de éste principio en nuestro ordenamiento jurídico se torna insostenible que el esquema cautelar nacional solo prevea dos opciones ante la necesidad de garantizar la realización del juicio oral (la restricción a la libertad locomotiva o la libertad ambulatoria). El principio de proporcionalidad, entendido entonces como la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal, se incumple en la regulación del CPPN, puesto que éste no contempla alternativas al encierro, lo cual impide realizar una ecuación entre la magnitud de los riesgos presentes en el caso concreto y la medida necesaria e idónea para contrarrestarlos.

IV. La necesidad de diseñar un modelo cautelar constitucional en la justicia penal nacional

Preliminarmente, es menester reafirmar que en el CPPN se observa la inexistencia de un registro gradual de medidas cautelares dirigidas a contrarrestar los riesgos procesales de fuga o de entorpecimiento de la investigación, convirtiendo de este modo a la prisión preventiva en la única opción para resguardar la realización del juicio, más allá de que se establezca un

⁶⁰ SANCHEZ ROMERO, Cecilia: La prisión preventiva en un Estado de Derecho, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 9, nº 14, Costa Rica, 1997.

⁶¹ ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, disponible en www.incipp.org.pe

mecanismo de cauciones (juratoria, personal o real), que operan solamente en el caso de que se conceda la excarcelación.

Tal como hemos visto, el régimen cautelar nacional se caracteriza por responder a una lógica de corte inquisitiva, en el cual la prisión preventiva permite -con un amplio margen de discrecionalidad- encarcelar con supuestos fines instrumentales a quien todavía no ha sido condenado en virtud de una sentencia judicial firme, convirtiéndola entonces en una pena anticipada, propia de un diseño inquisitorial.

Así, la aplicación de ésta medida coercitiva produce un tenso equilibrio entre el principio de inocencia y la eficacia del proceso, a lo cual Pastor dice que “el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado; la libertad irrestricta durante el proceso, en cambio, no importa afectación tan extrema de esos derechos, pero pone en peligro, por la posible fuga del imputado o la hipotética obstaculización de la investigación, la realización del juicio y la aplicación de la ley”⁶². En otras palabras, se genera una peligrosa oposición entre dos modos antitéticos de entender la investigación criminal, por un lado, un ejercicio cautelar que tiende a resguardar los fines del proceso y, por otro lado, un ejercicio inquisitivo que pretende, con la imposición del encarcelamiento preventivo, proporcionar a la ciudadanía la impresión de que se ha impartido *justicia*, y que de esa manera se le ha puesto fin al conflicto penal. En otro plano, pero en el mismo sentido, Binder asegura que “todo proceso penal es una síntesis, culturalmente condicionada, de dos fuerzas: una que busca la eficiencia en la persecución penal, es decir, un uso preciso del poder penal del Estado, y una fuerza de “garantía”, que procura proteger a las personas del riesgo derivado de un uso arbitrario de ese poder penal”⁶³.

En este marco, lo cierto es que la orientación filosófica constitucional impone un sistema de justicia acusatorio, el cual –a la luz del principio de proporcionalidad- exige el diseño de un modelo cautelar que contemple medidas coercitivas moderadas.

IV. a. Sistemas procesales penales modernos en el derecho comparado

Aquí se hará una reseña de los sistemas de justicia penal que en el derecho comparado implementaron una nueva lógica en materia cautelar, a partir de la construcción de un régimen de alternativas al encierro para los casos en los que existan riesgos procesales.

⁶² PASTOR, Daniel: *Tensiones, ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, ob. cit., p. 148.

⁶³ BINDER, Alberto: *Justicia penal y Estado de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2004, p. 64.

Por un lado, cabe señalar que la generalidad de los países de América Latina se plantearon, en el marco de los procesos de reforma procesal penal, la regulación de un listado de medidas cautelares supletorias a la prisión preventiva, a saber⁶⁴:

País	Arresto Domiciliario	Presentación periódica ante autoridad	Arraigo nacional o local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
Bolivia	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación
Brasil	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación - Suspensión en ejercicio de función pública - Monitoreo electrónico
Chile	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Prohibición de acercarse al ofendido
Colombia	X	X	X	X	X	- Vigilancia electrónica - Vigilancia por autoridad - Obligación de observar buena conducta familiar. - Prohibición de comunicación
Costa Rica	X	X	X	X	X	- Abandono de domicilio por violencia intrafamiliar - Suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario. - Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Prohibición de acercarse al ofendido
Cuba	X	X			X	
Ecuador	X	X	X	X	X	- Prohibición de acercarse al ofendido - Vigilancia por autoridad - Suspensión en las funciones que desempeña - Abandono de domicilio - Prohibición de realizar actos de persecución
El Salvador	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación
Guatemala	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación
Honduras	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación - Vigilancia por autoridad - Suspensión de ejercicio de cargo por delito de

⁶⁴ Aquí se toma como base la tabla publicada en el Informe *El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*, ob. cit., pp. 77-79.

						funcionario.
México		X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio
Nicaragua	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio por violencia intrafamiliar - Prohibición de despedir o de cualquier otra represalia en contra del denunciante de un delito de acoso sexual. - Suspensión del ejercicio del cargo cuando el delito haya significado abuso de este.
Panamá	X	X		X	X	- Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio - Suspensión del ejercicio del cargo - Monitoreo electrónico - Inhabilitación
Paraguay	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación
Perú	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Suspensión preventiva de derechos
Puerto Rico					X	- Monitoreo electrónico - Vigilancia por autoridad - Prohibición de acercarse al ofendido - No poseer armas de fuego - No consumir bebidas alcohólicas
República Dominicana	X	X	X		X	- Vigilancia por autoridad - Monitoreo electrónico
Venezuela	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad - Prohibición de comunicación - Abandono de domicilio por violencia intrafamiliar

Por su parte, en el derecho continental europeo, también se implementaron esquemas cautelares acusatorios, como en los casos de Portugal e Italia, a los cuales me referiré aquí.

En este sentido, vale indicar que el Código de Procedimientos Penal italiano, puesto en vigor a fines del año 1989, instauró un sistema básicamente acusatorio que se caracteriza, entre otros aspectos, en relegar la prisión preventiva a un medio residual y subsidiario, al introducir un amplio cuadro de medidas alternativas, entre las cuales se encuentran: prohibición de expatriación, obligación de presentarse a la policía judicial, prohibición y obligación de residencia, arresto domiciliario, suspensión del ejercicio de la patria potestad, suspensión del

ejercicio de cargo u oficio público, prohibición temporal de ejercer determinadas actividades profesionales⁶⁵.

Por otro lado, el Código Procesal Penal de Portugal reguló, en el Libro IV, Título II, una serie de medidas de coerción, a saber: 1. caución; 2. obligación de presentación periódica; 3. suspensión de ejercicio de funciones, profesión o derechos; 4. prohibición de permanencia, de ausencia o de contactos; 5. obligación de permanecer en habitación; 6. prisión preventiva.

Al respecto, cabe mencionar que el texto del código portugués señala que la detención cautelar sólo es aplicable cuando se consideren inadecuadas o insuficientes las medidas reseñadas previamente, y además haya fuertes indicios de comisión de un delito doloso reprimido con pena de prisión cuyo máximo fuere superior a tres años; o se trate de una persona que hubiera ingresado o permanezca en forma irregular en el territorio nacional o tuviere en trámite proceso de extradición o expulsión⁶⁶.

En el contexto local, son numerosas las provincias de nuestro país que en los últimos años reformaron sus códigos en pos de diseñar procesos adversariales, aunque aquí me referiré especialmente al caso de la provincia del Chubut, cuyo código procesal penal consiste en el modelo más avanzado de nuestro país. En su artículo 212, sienta el principio general de que las medidas de coerción tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento.

En esta línea, en el artículo 217 se prevén una serie de medidas sustitutivas al encierro cautelar, estableciendo que *“siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser evitado razonablemente por aplicación de una medida menos grave para el imputado que su encarcelamiento, quien decida, aún de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes: 1. la permanencia continua en el domicilio que se fije, del cual no podrá ausentarse sin orden judicial; 2. la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada; 3. la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe; 4. la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual él reside, o del ámbito territorial que se fije; 5. la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; 6. la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y 7. la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona.*

⁶⁵ Cfr. MOROSI, Guillermo; PEREZ LANCE, Adrián; POSSE, Francisco y RAFECAS, Daniel: *El sistema procesal penal italiano*, en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, dir. Edmundo Hendler, 1ª ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 133-207.

⁶⁶ Cfr. BUNGE CAMPOS, Luis María: *Sistema Procesal Penal de Portugal*, en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, ob. cit., pp. 329-379.

En suma, en este apartado hemos contextualizado el avance del tema en el derecho europeo, latinoamericano y, a nivel local, específicamente con el paradigma de Chubut. Así, se pretendió evidenciar el retraso que tiene nuestro CPPN en ésta materia, el cual aún ni siquiera se ha ajustado a lo dispuesto desde hace mas de ciento cincuenta años por nuestra propia Constitución Nacional.

IV. b. Propuesta de regulación de un nuevo esquema cautelar para la justicia nacional

En esta sección, se pretende exponer un posible esquema regulatorio de medidas de coerción menos lesivas que la prisión preventiva, a fin de dar cumplimiento al principio de proporcionalidad, pero fundamentalmente al diseño constitucional del proceso penal.

En este sentido, se tomará como base el proyecto de reforma de Código Procesal Penal presentado en la Cámara de Diputados de la Nación, el cual adquirió estado parlamentario el día 9 de junio del 2010⁶⁷. Este proyecto, respetuoso del sistema constitucional acusatorio, posee cláusulas que expresamente manifiestan que la regla general durante el proceso penal es el principio de inocencia y, en esta línea, estipula un menú de medidas de coerción y cautelares.

En su artículo 179, establece que *“el Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso, y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición de cualquiera de las medidas que se indican a continuación: 1. la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; 2. la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada; 3. la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; 4. la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; 5. la retención de documentos de viaje; 6. la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas; 7. el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; 8. la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada o la contratación de un seguro de caución; 9. la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; 10. el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; 11. la prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado que la*

⁶⁷ Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, expediente 4050-D-2010, Cámara de Diputados de la Nación.

requerida por el Fiscal o la querrela, el juez deberá imponerle alguna de las previstas en el presente artículo, en forma individual o combinada”.

A fin de comprender que este esquema cautelar se condice con un sistema de justicia acusatorio, lo cierto es que a su vez debe ser sistematizado junto con a. audiencias de control de la detención y de solicitud de medidas cautelares; b. gradualidad de las medidas de coerción; c. estructuras de producción de información y tareas de control.

a. Sistema por audiencias: Indudablemente, el diseño constitucional del proceso penal es de corte acusatorio, con juicio por jurados, requiriendo así que las decisiones se adopten en el marco de audiencias orales, públicas, contradictorias, continuas e inmediatas entre las partes. En este sentido, el texto constitucional impone entonces que las discusiones vinculadas a la legalidad de las detenciones y la formalización de la investigación se realicen oralmente. Específicamente, las llamadas “audiencias de control de la detención y/o formulación de cargos” son aquellas que operan como presupuesto previo para avanzar en la investigación y, en su caso, disponer el encierro. En ella, el fiscal deberá formalizar la investigación ante el juez y el imputado, como así también requerir, en su caso, la medida cautelar que pretende⁶⁸.

Así, se ha dicho que “la utilización de la oralidad como metodología de adopción de decisiones en materia de prisión preventiva es un hito del sistema procesal penal debido a sus múltiples ventajas: mayor celeridad, imposibilidad de delegación de funciones (no solo del juez sino también de las partes) en los funcionarios o empleados, favorece la igualdad entre las partes, mejora el ejercicio de la defensa, y contribuye a la publicidad de las decisiones que se toman, entre otras”⁶⁹.

b. Gradualidad de las medidas cautelares: “Es necesario que se determine un catálogo gradual y unificado de las medidas cautelares, incluida en último término la prisión preventiva. Además, se debe establecer la obligación de que el requirente explique las razones por las cuales no resulta apropiada ni suficiente cada una de ellas. Es decir, efectuar un análisis de la menos lesiva a la más gravosa, lo que implica un estudio diferenciado y pormenorizado de aquéllas”⁷⁰. A su vez, “esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de diferentes medidas y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción”⁷¹.

⁶⁸ Informe *El estado de la prisión preventiva en la Argentina*, ob. cit., pp. 18-19.

⁶⁹ PODESTÁ, Tobías y VILLADIEGO, Carolina: *Servicios de antelación al juicio. Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región*, en Revista Sistemas Judiciales N° 14, año 7, *Prisión Preventiva*, CEJA, Santiago, Chile, 2011, p. 21.

⁷⁰ Informe *El estado de la prisión preventiva en la Argentina*, ob. cit., p. 19.

⁷¹ Informe *El estado de la prisión preventiva en la Argentina*, ob. cit., p. 19.

c. Producción de información y control de las medidas coercitivas: Las principales trabas que obstaculizan la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva consisten en la falta de información para decidir sobre su aplicación y la carencia de garantías de control al ser utilizadas. Por lo tanto, se vuelve necesario generar una metodología que resuelva ambas dificultades, la cual “puede encontrarse en experiencias anglosajonas de servicios de supervisión o seguimiento de medidas cautelares alternativas, y generación de información de calidad para la adopción de las mismas. Se trata de programas conocidos como *Pretrial Services*, *Bail Programs*, *Bail Verification and Supervision Programs*, entre otros. Estos se conocen en español como Servicios de Antelación al Juicio o Servicios Previos al Juicio”⁷². Concretamente, “los servicios de antelación al juicio son programas que otorgan una metodología para proveer al juez y a las partes, información concreta y confiable para la discusión de la procedencia de la medida cautelar, y ofrecen mecanismos de control o supervisión de las medidas alternativas”⁷³.

En función de todo lo expuesto, cabe concluir que un esquema cautelar respetuoso del mandato constitucional debe necesariamente contemplar la realización de audiencias orales para la discusión sobre las medidas de coerción adecuadas para los casos, justificando la necesidad de su aplicación, y generando una metodología que sea capaz no solamente de ofrecer información de alta calidad para la deliberación, sino que fundamentalmente provea una estructura de control a las medidas sustitutivas que se dicten.

V. Colofón: La deuda pendiente de una reforma integral del CPPN

Lo que se ha tratado de describir en este trabajo es la lógica esquizofrénica con la cual funciona nuestro sistema procesal penal nacional, el cual -por un lado- se rige por un CPPN escrito e inquisitivo, pero que -al mismo tiempo- incumple flagrantemente el modelo oral y acusatorio que impone el texto constitucional hace más de ciento cincuenta años.

Ésta irracionalidad procesal ha permitido que la técnica legislativa utilizada en el código adjetivo genere un uso extendido del encierro cautelar, puesto que el propio sistema no brinda respuestas diferenciadas para cada caso en particular.

Con lo cual, en este contexto, no cabe más que insistir en la necesidad de modernizar el procedimiento penal nacional, en función a las bases constitucionales instituidas en 1853, como así también en virtud de los estándares incorporados por los tratados internacionales de derechos humanos a partir del año 1994, como lo es el principio de proporcionalidad que se ha

⁷² *Manual de Servicios de Antelación al Juicio*, ob. cit., p.6.

⁷³ *Manual de Servicios de Antelación al Juicio*, ob. cit., p.17.

analizado precedentemente. En esta línea, Vitale afirma la importancia de que “para los juristas y para la dogmática procesal penal propia de un Estado Constitucional de Derecho, constituya un compromiso indeclinable la diagramación de un Derecho Procesal Penal que, partiendo de las normas supremas, sea capaz de poner verdaderos límites a la respuesta punitiva”⁷⁴.

Por lo tanto, un sistema de enjuiciamiento criminal compatible con la Constitución Nacional y los tratados internacionales debería plantear un esquema completamente diferente al modelo vigente, a partir de la regulación de un proceso penal sin dilaciones, en el cual las decisiones las adopte un juez con funciones de garantías en el marco de audiencias orales, a fin de dar cumplimiento fundamentalmente a los principios de oralidad, contradicción e inmediación.

En este contexto, la consagración de la inmediación permite robustecer la humanización del proceso, priorizando el conflicto que genera el delito, y permitiendo a las partes intervenir en la resolución de los mismos a partir de métodos compositivos en el proceso penal. De igual modo, un juicio oral y público es sustancialmente respetuoso de los principios y garantías constitucionales, en atención a que se reconoce la participación ciudadana en la administración de justicia por medio de la instauración del instituto del juicio por jurados.

Al mismo tiempo, un proceso penal moderno requiere de un Ministerio Público Fiscal que tome finalmente a su cargo la dirección de la investigación criminal, implemente claras políticas de control de la carga de trabajo y se ocupe así de la persecución penal de los casos de mayor complejidad, haciendo uso de salidas alternativas al proceso penal y del principio de oportunidad para los casos de menor entidad. Esencialmente, ésta institución se debe erigir como la actora protagonista de un proceso de reforma procesal penal, imprimiendo el ritmo de trabajo que estima necesario en función de la política criminal que establezca.

Se ha dicho, en este sentido, que “el proceso penal no es una entidad aislada, sino que es parte de todo el sistema penal, y que también debe expresar, por ese motivo y respetando su papel instrumental, las decisiones de la política criminal del Estado”⁷⁵, la cual hace ciento cincuenta años que conmina a la culminación de los juicios criminales con jurados populares, en audiencias orales, y con la devolución de los conflictos a sus dueños, la ciudadanía.

⁷⁴ VITALE, Gustavo: *Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes*, en Revista de Derecho Procesal Penal, *Excarcelación*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2005, p. 92.

⁷⁵ CAFFERATA NORES, José: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 258