

Garantías Constitucionales del Proceso Penal

“Prisión Preventiva: un análisis de su constitucionalidad”

Autores

Arzamendia, Maria Eugenia

Gomez Zamacola, Ernesto

Laboranti, Mariela Natalia

Estudiantes UBA

Introducción.

El presente trabajo tiene como finalidad el breve estudio y análisis de un tema de gran importancia y de enorme consecuencias prácticas. Trataremos de analizar el instituto de la prisión preventiva a la luz del debido proceso constitucional. Explicaremos conceptos básicos para entender la materia como son, el juicio previo, el principio de inocencia, etc. También definiremos que es la prisión preventiva, desarrollaremos sus principios y para que casos surgió. Citaremos jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para finalizar haremos un juicio de constitucionalidad de la prisión preventiva.

Nociones previas.

Las ideas que tuvieron su origen en el siglo XVII y XVIII fueron el principio de la creación de un *Estado de derecho*, donde se declaran una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado. Estos principios conforman la base política de orientación para la regulación del derecho penal de un estado, el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal, sean ellas generales o referidas a un caso concreto. De allí que desde el punto de vista de la porción del orden jurídico que abarca el derecho penal, tanto lo material como formal, se conozca a estas orientaciones bajo el nombre de principios

constitucionales, en cuanto ellas emanan de la ley suprema que otorga fundamento de validez al orden jurídico.

Estos principios se traducen en valores que alcanzan la cúspide de nuestro orden jurídico, cuyo centro es el individuo, que se coloca bajo la vigencia del orden jurídico nacional.

Según el Doctor Julio Maier, dentro de los principios directamente relativos al procedimiento, designados como garantías del imputado (garantías de seguridad individual) podemos incluir: al juicio previo (nulla poena sine iudicio), de la necesidad de tratar como inocente al imputado durante ese juicio, y de que en él se le otorgue plena libertad de defensa, la prohibición de la persecución penal múltiple (ne bis in idem); el desarrollo de las formas esenciales de enjuiciamiento (publicidad y oralidad) , a los límites referidos a los métodos para averiguar la verdad, a la incoercibilidad del imputado, como órgano de prueba y al ámbito de reserva que le pertenece (inviolabilidad del domicilio y epistolar) y el derecho de provocar la prueba de la “ doble conforme”(instancia recursiva para el condenado).

El juicio previo. (nulla poena sine iudicio).

El art. 18 de nuestra constitución nacional determina en su primer párrafo que *“Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”* este principio determina que la exigencia del juicio previo impone la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien. Juicio y sentencia son aquí sinónimo, en tanto la sentencia de condena es el juicio de tribunal que, al declarar la culpabilidad del imputado, determina la aplicación de la pena, ello emerge del propio texto constitucional, cuando exige que ese juicio este *fundado en ley anterior al hecho del proceso* (CN, 18). El juicio fundante de la decisión de aplicar una pena a alguien es tarea que le corresponde al poder judicial, dentro del esquema de división de los poderes soberanos de un estado, según el esquema republicano de gobierno, por lo tanto el presidente de la republica no puede- ni autoridades administrativas que de el dependan – *“condenar por sí ni aplicar penas”* (CN 125), ni *“ejercer funciones judiciales, conocer las causas pendientes o restablecer las ya fenecidas”* (CN,109).

Tampoco el poder legislativo podrá llevar a cabo esa tarea, ni es válido el juicio que pueda emitir sobre una condena y la aplicación a alguien de una pena aspecto que no solo emerge del de la enumeración de las facultades que le son concedidas (CN, 75), que no contienen esta autorización, sino también del sistema republicano de gobierno (CN, 1).

Las provincias, deben distribuir en sus constituciones la competencia estatal de conformidad con este principio básico (CN, 5 y 23), de manera tal que este rige en todo el territorio de la Nación, con la independencia de la organización judicial competente para emitir el juicio o decisión judicial de condena que habilita la imposición de la pena, según la aplicación del sistema federal en la administración de la justicia.

La sentencia penal pronunciada por el órgano judicial competente es el único fundamento que admite la aplicación de una pena. Desde que la sociedad moderna prohibió la justicia de propia mano (venganza privada) y erigió al estado (poder político central) en depositario y monopolizador del poder penal , constituyendo a la pena como un instituto público , ella solo puede ser interpuesta un órgano oficial determinado por ley, y para someter a alguien a una pena es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad en un delito determinado y le aplique la pena , y para obtener legítimamente esa sentencia , es preciso tramitar un procedimiento previo , según la ley, en que se verifique dicha imputación, según esta interpretación el orden jurídico (normativo) una persona será culpable desde el momento en el cual la sentencia condenatoria quede firme.

La ley fundamental impide que se trate como si fuese culpable a una persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado por intermedio de los órganos judiciales, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena (**principio de inocencia**), esta afirmación emerge directamente de la necesidad del juicio previo. De allí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso o que los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme , aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa.

Principio de inocencia.

La presunción de inocencia o el estado de inocencia como también se la conoce, es un verdadero *status de iuri* del que gozan no solo los imputados de un delito, sino todos los habitantes de la nación. En pocas palabras quiere decir que una persona es inocente hasta que una sentencia judicial declare lo contrario, o sea que la sentencia judicial tiene que destruir el estado de inocencia que a toda persona le reconoce la constitución nacional.

Conforme Julio Maier, en un Estado de Derecho, tanto el imputado como el individuo no sometido al proceso se les reconoce este estado de inocencia.

In Dubio Pro Reo.

Relacionado con el principio de inocencia esta otro principio básico del proceso penal y es el *in dubio pro reo*. La jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación le ha reconocido rango constitucional ¹ a este principio, y también se encuentra en pactos internacionales que a través del artículo 75 Inc. 22 de la constitución tienen rango constitucional, y son el artículo 8, inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14, inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debido a este principio y al de inocencia, para declarar la prisión preventiva se deben acreditar pruebas ciertas, precisas y contundentes, ya que como consecuencia inevitable de la prisión preventiva se violan una gran cantidad de Derechos Humanos, en especial el derecho a la libertad ambulatoria. Por ellos como dice Maier, "*la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia*", y por ende la improcedencia de la prisión preventiva.

Fuentes de estos principios.

Estos principio tiene fuente tanto en el texto de la Constitución Histórica, como en los diversos tratados internacionales que a partir de la reforma del

¹ En Revista de Derecho Penal, Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p.622.

1994 han pasado a tener jerarquía constitucional y conforman el llamado bloque de constitucionalidad. En la constitución podemos citar el artículo 18, en cuanto a tratado internacionales la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hoy incorporada a nuestra Constitución nacional (75, inc.22), ha repetido la formula (art.11, Párr.): *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio publico en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*, también el artículo 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

Prisión preventiva.

La prisión preventiva es definida por Marcos J. Padilla, como una medida de coerción, entendiéndose por coerción “el medio organizado por el derecho para que es Estado intervenga la libertad de las personas”. Si la misma corresponde al establecimiento de una pena, ante una conducta tipificada como delito, estemos en presencia de coerción material, la cual corresponde al derecho penal. Diferenciándose de la coerción propia del derecho procesal penal, que es toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto, estas medidas cautelares son las que permiten asegurar la realización de un proceso, las cuales pueden restringir la libertad locomotiva (coerción personal), o la libre disposición de los bienes del imputado (coerción real) tales medidas de coerción carecen de finalidad propia ello se debe a su característica de cautelar o precautoria, ya que tiene como función garantizar la realización en un caso dado del Derecho material aplicable, y no de cumplir el papel de sanción a la desobediencia al orden jurídico.

La libertad locomotiva de las personas es un derecho individual que garantiza nuestra constitución nacional, este valor se consagra negativamente al mencionar los casos en que una persona puede ser privada de su libertad y las condiciones indispensables para ello. Por lo tanto, es que solo a título de

pena por una infracción a una norma penal puede ser privada una persona del derecho mencionado, y ello bajo las condiciones específicas que el art.18 menciona: juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Roxin, define a la prisión preventiva en el proceso penal como “la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena”. Además este autor entiende que la prisión preventiva sirve para tres objetivos que son; pretender asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; pretender garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal; y pretender asegurar la ejecución penal. A su vez afirma que esta medida se deberá no mas aplicar cuando haya, fuga o peligro de fuga o peligro de entorpecimiento por el imputado.

Martín Alejandro Sánchez define a la prisión preventiva como “una medida de coerción que importa el encarcelamiento provisorio de una persona sometida a proceso penal hasta el momento de la sentencia, dispuesto por un órgano judicial con jurisdicción y competencia, y cuyo fin es precautorio o cautelas circunscripto a impedir la frustración del proceso”.

Otros autores definen a la prisión preventiva como “*el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal*”², también como “la medida cautelar de carácter personal mas intensa pues, una vez dispuesta y hecha efectiva, el encarcelamiento perdura durante todo el tramite del proceso”³.

Prisión preventiva, principios.

Como señala Mario Eduardo Corigliano, la prisión preventiva consta de cuatro principios esenciales, que son; *principio de judicialidad*, el encarcelamiento debe ser autorizado por decisión judicial fundamentada; *principio de excepcionalidad*, la libertad del imputado es un principio que puede

² Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho procesal penal, t. II, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1986, p. 507.

³ D' Alhora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, Buenos Aires, Ed. Abeldo-Perrot, 1999, p. 528.

alterarse en ocasiones excepcionales; *principio de proporcionalidad*, la medida de coerción procesal no resultará mas gravosa para el imputado que la pena correspondiente en caso de condena. Cuando la conducta no esté amenazada con pena privativa de libertad como reacción penal no se debe autorizar la prisión preventiva o debe cesar cuando el encarcelamiento sufrido, computado para la pena según las reglas respectivas, supere la eventual condena en caso de ser considerado culpable; *principio de subsidiariedad*, apelar a otros menos gravosos que la privación de libertad, que igual permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento y evitar el encarcelamiento.

Jurisprudencia.

Mucho se ha expuesto en relación a la Prisión Preventiva, para algunos, seguidores de teorías procesalistas “...no es pena sino una medida de coerción procesal, semejante al embargo en el proceso civil” en cambio “...las teorías sustantivistas admiten que se trata de una verdadera pena anticipada y así han pretendido legitimarla los positivistas y los nazis...”⁴. Estas teorías exponen que la prisión preventiva es aplicada para garantizar la efectividad del proceso penal que pretende como fin último proteger a todos los ciudadanos, es una medida cautelar que intenta garantizar la seguridad y eficacia del juicio que está en busca de la averiguación de la verdad por el bien común: fin último del Estado.

Asimismo nuevas corrientes destacan su incompatibilidad con el Principio de Inocencia, ya que para estas no hay forma de legitimarla, como apunta el Dr. Zaffaroni “La prisión preventiva, al menos en la gran mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia, y por ende, una pena anticipada a la sentencia”.-

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Principio de Presunción de Inocencia enunciado en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos subyace el propósito de las garantías judiciales, derivándose la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios, para asegurar que

⁴ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar; Manual de Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar. Buenos Aires, 2005. parágrafo 44, pto.2

no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, ya que "...la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva."⁵

La Corte destaca "la prisión preventiva no debe ser la regla general, porque se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a aquellas personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecido. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual esta en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos."⁶

Esta defensa de la libertad personal es resguardada por varios organismos internacionales, como por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos que establece en el Caso Tomasi, de agosto de 1992, que los órganos competentes de aplicar medidas coercitivas deben cumplir una diligencia particular o excepcional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.⁷

Conforme el Dictamen emanado de La Comisión en relación a Jorge A. Giménez v/ Argentina (1 de marzo de 1996) la decisión de la Justicia Argentina del 6 de octubre de 1989, que denegó la solicitud de excarcelación del señor Giménez, se fundamentó enteramente en el hecho de que el mismo tenía una historia criminal. La presunción de inocencia, protegida por la Convención, es un principio que infiere una presunción a favor del individuo acusado de un delito, de forma que toda persona es considerada inocente hasta que la

⁵ Susana ALBANESE, Garantías Judiciales, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 50.

⁶ Corte I.D.H. Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 77.

⁷ Jorge A. Giménez v Argentina; Dictamen de la Comisión; 1 de marzo de 1996

responsabilidad criminal sea establecida por los tribunales en un caso concreto. La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido, así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles. Por tanto, la Comisión considero que el fundamento para mantener la prisión preventiva del señor Giménez era ilegítimo porque vulneró directamente el principio de presunción de inocencia protegido en la Convención.

Actualmente una forma encontrada para limitar la Prisión Preventiva y asegurar la mayor aplicación del Principio de Inocencia es fijar límites objetivos a diferencia de las fórmulas genéricas y abstractas que se apartan de la evaluación de las circunstancias del caso. Podemos citar en particular el caso Estévez⁸ donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina admite el recurso planteado al considerar la existencia de graves defectos en el pronunciamiento de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional denegatoria de la excarcelación solicitada. Se sostiene que la sola referencia a la pena establecida por el delito por el quo ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que se hayan establecido las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir que el acusado intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de la decisión.

En su voto el ministro Enrique S. Petracchi sostuvo “...*que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación posterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 por afectar un derecho que requiere tutela inmediata (Fallos: 311:358, entre varios).*” Y en el considerando 7º expone que “...*se debe recordar el*

⁸ CS. 3 de octubre de 1997. Estévez, J.L. s/solicitud de excarcelación, Causa N° 33769

principio según el cual, en razón del respeto a la libertad individual de quien goza de un estado de inocencia por no haberse dictado en su contra una sentencia de condena, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar de que dispone el juez penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva han de interpretarse y aplicarse restrictivamente (Conf. Fallos: 316:942, cons. 3º)."

Que cabe recordar que la Corte ha señalado que *"las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva, son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional según la cual todas las personas gozan de estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal"* (Fallos: 316:942, en sentido coincidente consid. 5º del voto del Juez Bossert en inre: "Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros", del 10 de octubre de 1996).-

Por último el voto del ministro Sr. Gustavo A. Bossert armoniza el derecho internacional con el derecho interno, citando el caso *Suárez Rosero contra la República del Ecuador*" (nº 11.273) del 12 de septiembre de 1995 donde se sostuvo que cuanto más prolongado sea el proceso, de manera más fuerte se ven comprometidas las garantías que implica la presunción de inocencia y, por consiguiente, el Estado debe aducir factores adicionales relevantes y suficientes que justifiquen el aumento de la carga en la persona del acusado. Asimismo establece el concepto de "plazo razonable" prevista en el pacto, exponiendo que de ningún modo se puede considerar jurídicamente "razonable" un lapso de detención que se extiende más allá de lo autorizado por las leyes. En efecto el principio sustentado por la Corte en la causa "Firmenich" en el sentido de que no es posible traducir en días, meses o años el plazo razonable previsto en el art. 7, inc. 5º, de la mencionada convención ha sido sustancialmente modificado a raíz de la sanción de la mencionada normativa que impone y no faculta al juez la liberación del procesado una vez transcurrido el plazo legal de modo que, sin perjuicio de la oportunidad o conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, cuyo examen no corresponde a los jueces

(Fallos: 314:424), no subsisten en la actualidad los presupuestos legales sobre los que se había basado aquel pronunciamiento para concluir en la improcedencia de la excarcelación del allí procesado.

Prisión Preventiva, su análisis de su constitucionalidad.

Para tratar el tema se puede partir de dos supuestos de análisis, la prisión preventiva en abstracto o la prisión preventiva en los hechos, en su aplicabilidad. Nosotros vamos a analizar la prisión preventiva en los hechos, en la realidad fáctica. Para empezar este análisis, vamos a afirmar (en concordancia con varios autores) que la prisión preventiva, se ha transformado en una pena anticipada, violando todos los principios esenciales de la prisión preventiva, en especial el principio de excepcionalidad que establece que este instituto solo se lo va a aplicar de forma excepcional ya que por regla el imputado debe esperar la sentencia judicial en libertad.

Solo como a modo de ejemplo transcribiremos los datos suministrados por el CELS sobre las personas que se encuentran en el Servicio Penitenciario Federal y en el de la provincia de Buenos Aires. En el Servicio Penitenciario Federal en el año 2002 se encontraban 8.836 personas detenidas de las cuales 3.904 eran condenados y 4.785 eran procesados. La situación es aun más penosa en el Servicio Penitenciario de Buenos Aires, donde de 24.248 personas privadas de su libertad, 21.449 son procesados. Como dice Zaffaroni, "presos sin condena no se resuelve con la abreviación de los tiempos procesales, si los tribunales siguen empleando la prisión como pena" y como afirma Sandra Cabrera, "lo real es que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico".

El estado de inocencia, es una presunción constitucional que posee toda persona, aun las sometidas a un proceso judicial. Por ende para que una persona sea privada de su libertad, y por consecuencia inevitable de una gran cantidad de derechos humanos, se debe dictar una sentencia judicial.

El génesis, el origen de la prisión preventiva, "*es asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena*", por ello algunos autores sostienen

que es solo procedente cuando se tiene certeza de que el imputado podría fugarse o podría entorpecer la causa.

Según Lorca Navarrete; “con la prisión provisional el Estado de derecho se halla obligado a asegurar el orden con la prevención penal y a defender a la vez la esfera de libertad del ciudadano. Por ello, la prisión provisional es un mal, que supone la limitación de un derecho fundamental, por lo que tal limitación se justifica...se es necesaria... proporcionada... (y) si no hay otros medios jurídicos menos radicales”. De esta definición se infiere que la prisión preventiva es un mal en si mismo ya que con ella se menoscaban derechos fundamentales de las personas, entonces podemos concluir que ya desde el plano abstracto la prisión preventiva es dañosa, y en los hechos es aun mas dañosa ya que como lo demuestra la estadística hay mas procesados que penados en el sistema penitenciario. Esta idea esta en concordancia con lo que enseña Roxin, al señalar que se debe evitar el encarcelamiento cautelar se convierta en un mal mayor a la pena, lo que entraña sostener que el encarcelamiento provisional es de por si un mal.

Otro aspecto analizar es que los dos presupuestos que dieron origen a la prisión preventiva, que son la presunción de fuga del imputado y su posibilidad de entorpecer la investigación de la causa, hoy en día se pueden poner en duda, ya que la sofisticación del aparato estatal nos permiten preguntarnos si dichas causas siguen vigentes. ¿Podría un simple ciudadano fugarse de las redes represivas del estado? Los hechos demuestran que si, pero la estadística demuestra también que es un numero ínfimo los imputado que se fugan. ¿Podría un simple ciudadano entorpecer la investigación judicial? ¿El poder que tiene un ciudadano es comparable con el poder del aparato estatal? Creemos que si el estado administra de forma eficiente y eficaz los recursos que cuenta para administrar justicia, el entorpecimiento de la causa por parte del imputado no podría ser notorio.

Todo esto nos lleva afirmar que la prisión preventiva en el siglo XXI, tanto en abstracto como en lo factico, es inconstitucional, dado que si consideramos a la libertad y a los derechos humanos como bienes inseparables de la dignidad humana, toda vez que se aplique la prisión preventiva se la estaría violando.