

¿Es posible rediscutir la prisión preventiva desde los límites de tolerancia y los requisitos procesales de la decisión?¹

Guillermo Nicora

Síntesis:

Ante la evidencia que el debate sobre la justificabilidad de la prisión preventiva se ha tornado recursivo, se propone redefinir la discusión a partir de renunciar a la búsqueda de argumentos justificantes, reemplazándolos por la construcción de límites de tolerancia vinculados a la seriedad de la acusación, la necesidad y proporcionalidad de la medida en relación al proceso concreto que se pretende asegurar, y fundamentalmente, a través de la homologación de un procedimiento decisorio análogo al que se requiere para el dictado de una sentencia, esto es, adelantando al momento del dictado del auto de prisión preventiva, las condiciones de imparcialidad, contradicción y publicidad que rigen para el juicio pleno.

¿Contra la inocencia?

ALBERTO BOVINO nos entregó hace un par de años² un minucioso trabajo con el que (fiel a su escuela y a sus antecedentes) intenta poner una bisagra en la discusión sobre la prisión preventiva. Aunque su lectura es imprescindible, intentaré parafrasear aquí sólo los conceptos sobre los cuales girará esta propuesta para responder afirmativamente la pregunta del título de este trabajo.

Como es fácil adivinar desde el título, “Contra la inocencia” sigue la misma estrategia de “Contra la legalidad”, contundente presentación en sociedad de este autor fundamental de nuestro tiempo: Si

1 Ponencia del autor al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007)

2 BOVINO, ALBERTO, “Contra la inocencia”, en AA.VV., *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, p. 193

buscamos construir un saber riguroso, ¿por qué aceptar como dogmas las construcciones basales del derecho penal liberal? Sigue buscando, entonces, motivos para pelear con los iluministas, y señala que

- La crítica al encarcelamiento preventivo fue débil o hasta inexistente (Beccaria, Carrara). No logran fundar un derecho penal *realmente moderno, humanista y democrático*, y sólo pueden parir el *hijo bastardo de la Revolución* (el procedimiento inquisitivo reformado)
- Esa claudicación, potenciada por el positivismo criminológico, terminó por *socavar la importancia y significado* del principio de inocencia. De allí, a la consolidación del uso y abuso de la prisión preventiva, que es en la práctica la regla y no la excepción, especialmente en América Latina, donde el problema se agrava por las *pésimas condiciones materiales en las que se cumple la detención cautelar de las personas inocentes*.

Sobre estas declaraciones basales, despliega el “estado de situación” de la doctrina que podríamos considerar “ortodoxa” sobre el tema de la prisión preventiva, y señala que el principio de inocencia hoy aparece limitado en la doctrina por estos requisitos del encarcelamiento preventivo:

1. Excepcionalidad
2. Verificación del mérito sustantivo
3. Exclusivos fines procesales
4. Proporcionalidad
5. Provisionalidad

Estos requisitos, dice Bovino, tienen dos problemas: o bien son *teóricamente erróneos o inválidos*, o bien *no son tenidos en cuenta en las prácticas reales*, ya que

1. El principio de excepcionalidad no se respeta (las alternativas no existen o se aplican en muchos menos casos que el encierro provisional efectivo); agudamente, señala que aunque así fuera, y la prisión se aplicara sólo en la minoría de los casos, ello no justifica la violación del principio de inocencia (que no se ha establecido en favor de *la mayoría* de los imputados, sino de *todos ellos*)
2. El mérito sustantivo no se analiza de manera exigente: basta ver el tiempo que transcurre entre la detención y la elevación a juicio, para advertir que *en lugar de investigar para detener, se detiene para investigar*.
3. El peligro procesal es un pronóstico imposible: si no se halla al imputado con el pasaje en la mano, no se puede afirmar que se fugará; aunque haya hecho efectivamente esfuerzos para entorpecer la investigación, eso no significa que seguirá haciéndolo. Con una lógica difícil de refutar, señala: *si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido -el hecho punible objeto del proceso- cuánto más improbable es que “pruebe” -en verdad, se trata de una tarea imposible- que es muy probable que algo suceda en el futuro*. Y señala también que no es sensato exigir, como requisito para la pena, certeza sobre el comportamiento pasado, y admitir como legítimo privar de la libertad por la posibilidad (sin certeza alguna) de que en el futuro se vaya a comportar de determinada manera. Usando datos de investigaciones empíricas producidas en el mundo anglosajón, demuestra que a la hora de pronosticar peligros procesales, el margen de error es enorme. Respecto al peligro de fuga, reincide en sus magníficas provocaciones: si sabemos que un jefe mafioso puede manejar los hilos del entorpecimiento probatorio aún desde la cárcel, ¿cómo se justifica mantenerlo bajo una prisión preventiva totalmente inidónea para el fin declamado?

La proporcionalidad, que en el siglo XVIII era evidente (la cárcel era menos gravosa que las verdaderas penas) hoy no existe como tal: cita el instituto de la *poena extraordinaria* que permitía aplicar penas disminuidas tanto cuanto faltare de certeza para condenar. En la interpretación actual de la proporcionalidad, o bien se actúa de igual modo (liberar por plazo de la 24390, pese a que la pena amenazada era mayor) o incluso peor (liberar cuando se cumple en preventiva la pena máxima amenazada).

En conclusión, BOVINO retoma la propuesta que hace algún tiempo viene sosteniendo Natalia SERGI³ (la inequivalencia como verdadero sentido del principio de proporcionalidad), pero agregando que es necesario abandonar las ideas de “fin procesal exclusivo” y “excepcionalidad”, ya que no sido eficientes para contener el abuso de la prisión preventiva. Entonces, el Estado sólo puede imponer medidas cautelares cualitativa y

3 Cuya más reciente y completa formulación aparece en SERGI, Natalia, “Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005

cuantitativamente distintas (inequivalentes) a la pena amenazada, restringiendo así el principio de inocencia construido en el siglo XX.

Este trabajo que acabo de reseñar en forma prieta (e injusta con su estilo y profundidad), sirve de eficaz punto de partida para (desde el intento de refutación), exponer un discurso alternativo sobre la prisión preventiva, tratando de desestancar una discusión que parece haber entrado en una dinámica recursiva y autorreferente.

¿Justificar o tolerar?

Ese estancamiento del debate sobre la prisión preventiva se produce por la (a esta altura evidente) imposibilidad de justificar la prisión preventiva desde el punto de vista constitucional, y la (no menos evidente) inviabilidad política de la abolición del encarcelamiento provisional.

Frente a esta frecuente divergencia entre el mundo del ser y el deber ser, los juristas suelen crear un tercer mundo, el del “debería ser”, en el que viven felices, talando bosques enteros para publicar libros y revistas que hablan de fantasías, sin hacerse cargo de su irrealidad y su inutilidad. Se teoriza y se dicta cátedra so pretexto de formar Abogados, a sabiendas de que en verdad, sus alumnos deberán aprender la realidad recién cuando salgan de la Facultad para sumergirse en el mundo judicial⁴.

En cambio, parece de más provecho abandonar tanto la inútil pretensión de justificar el encarcelamiento preventivo (tarea imposible pero a la vez peligrosa para las libertades ciudadanas), cuanto esa suerte de nihilismo que emana de las tesis negadoras de la realidad, teóricamente coherentes, pero del todo inviábiles como proyecto de contención del poder punitivo, que es su única razón de ser.

Asumamos pues, que la prisión preventiva es una injusticia, y una violación constitucional. La Constitución Nacional dice que nadie puede ser encarcelado sin juicio previo, y punto. Del mismo modo que dice que las cárceles serán sanas y limpias, que los trabajadores tienen derecho a participar de las ganancias de las empresas, y que todos tenemos derecho a la salud, la educación y la vivienda digna. Todas esas realidades son injusticias. Sin embargo, convivimos con ellas y desarrollamos nuestras labores cotidianas en relación a esas situaciones de injusticia, con diversos grados de inmutabilidad, según la sensibilidad y la vocación política de cada uno.

Como propone Alberto BINDER desde hace algunos años, parece más razonable salir del círculo vicioso asumiendo que existen casos en que el encierro de personas sin juicio previo es injustificable e intolerable, y otros casos, en los que, aún dentro de su injusticia, no podemos sino tolerarlos, porque priman otras razones. Si podemos tolerar que un niño muera de hambre en un país que exporta millones de toneladas de alimentos (y esto pasa todos los días, y todos lo sabemos), sin duda podremos tolerar que en algunos casos cometamos injusticias menos asqueantes.

Entonces, la propuesta de BINDER es invertir el camino teórico: en lugar de describir casos en los que el encierro preventivo es “justificable”, desandemos el camino, elaborando una lista de casos en los que la prisión preventiva es una injusticia intolerable, para luego ir delineando los criterios restrictivos del encarcelamiento provisional en aquéllos casos que no puedan edictarse como clara y absolutamente inadmisibles.

4 En mi experiencia personal como alumno universitario (década del '80), los docentes que recorrían las cortinas académicas para mostrarnos breves instantáneas de la realidad tribunalicia, lo hacían de modo excepcional y sigiloso, casi como si fuese una transgresión a las reglas de la enseñanza. No huelga decir que esos docentes eran, al menos a los ojos de quienes no pertenecíamos al mundillo judicial, casi como mesías dignos de adoración. Sospecho que hoy esto ha cambiado algo, pero en modo pendular: pareciera que hoy hay docentes “académicos” que se instalan en el mundo del “debería ser” como antes referí, conviviendo con “hiperrealistas” que han hecho de las Facultades de Derecho espacios irreflexivos y acrílicos de transmisión de secretos gestoriles, bajo la creencia que formar Abogados es brindar sólo un manual de uso del sistema.

Por caso, parecería del todo sensato -de hecho, puede considerársela ya una regla incorporada al sistema- establecer que nunca, jamás, podrá admitirse la prisión preventiva de personas acusadas o sospechadas de delitos que no tengan prevista pena de prisión⁵.

Como ésa, podrían construirse varias reglas *absolutas* (es decir, que no admitan excepciones), en reemplazo de nuestro tradicional sistema, en el que la garantía de juicio previo se declama, pero con tantas excepciones que resulta difícil afirmarla como regla real de funcionamiento del ejercicio del poder punitivo estatal. Y es que la supuesta taxatividad de las listas de excepciones (en éste y otros muchos casos) no es tal si una o más de los ítems de la lista presentan una formulación tan abierta que permiten un amplio campo interpretativo.

Los enormes niveles de abuso de la prisión preventiva (en la provincia de Buenos Aires se está violando actualmente la garantía de juicio previo a ocho de cada diez personas privadas de libertad⁶) demuestran, a mi juicio, que la estrategia hasta aquí adoptada por el derecho procesal penal (incluir en el código sólo criterios rectores de los casos en los que *sí se admite* la prisión preventiva) ha fracasado. La situación de nuestras cárceles parece pedir a los gritos un cambio de enfoque.

Obviamente, construir casos de inviabilidad absoluta del encierro preventivo no es para nada suficiente, ni mucho menos implica postular que en los casos no enlistados es automáticamente posible encarcelar. Pero constituiría una primera roca sólida sobre la cual proseguir construyendo estándares y parámetros que permitan racionalizar el uso de la prisión preventiva en los casos que presenten, a priori, un cierto grado de tolerabilidad.

En este plan, los próximos años nos tendrían que ocupar en consensuar desde la doctrina la nómina más extensa posible⁷ de situaciones en las que bajo ninguna circunstancia debiera admitirse un encierro preventivo, y propugnar su progresiva incorporación a la jurisprudencia de los Tribunales y a los textos legales⁸. Queda claro que es ésta una tarea más política que científica. Y es que no existen cuestiones vinculadas al proceso penal que no sean una *limitación al poder*, y por lo tanto, decisiones políticas. Obviamente, esas decisiones deben sintonizar con el bloque de constitucionalidad, y esa es la tarea orientadora del saber jurídico. Los postulados dogmáticos del derecho penal y el derecho procesal penal son sólo un frívolo entretenimiento de catedráticos, si no están puestos al servicio de la realidad social, y pensados desde ella.

El juez angustiado

La segunda cuestión que propongo revisar, es la del estándar de mérito. En su crítica al estado actual de la doctrina ortodoxa sobre prisión preventiva, Bovino afirma que se exige demasiado poco en este sentido, y sostiene que en los hechos rige la técnica inquisitorial de *detener para investigar* en lugar de *investigar para detener*.

5 La obviedad no es tan grande, si se repara, por ejemplo, que el más antiguo precedente de la Corte Suprema en materia de prisión preventiva, justamente se dictó en un caso en el que la pena amenazada era la de destierro.

6 La cifra del 80% de presos bajo prisión preventiva ha sido así anunciada por el señor Ministro de Justicia de la provincia en su discurso del 28 de junio de 2007 en la Universidad Nacional de La Matanza, lo que me exime (*a confesión de parte, relevo de prueba*) de citar las fuentes estadísticas oficiales.

7 Binder refiere que en talleres en que se trabajó esta propuesta han llegado a enumerarse más de veinte casos en los que podría declararse inadmisibles la aplicación de prisión preventiva.

8 Es menester advertir sobre la inconveniencia de postular el prudente arbitrio judicial como única regla dirimente de la admisibilidad o rechazo de la prisión preventiva. Aún las más enjundiosas voces que suelen preferir que sean los jueces y no los legisladores los que establezcan el marco aplicativo, debieran rendirse frente a la evidencia incontestable de que ninguno de los presos preventivos de nuestras cárceles está allí sin que sea un juez quien lo haya decidido. Y que no se diga que las leyes sobre excarcelación tienen la culpa: la Constitución sigue ahí.

Nuevamente, es imposible contradecir esta certera comprobación del funcionamiento real de nuestro sistema. La obnubilación inquisitorial por el trámite y la secuencia, ha instalado la idea de que el proceso penal es un conjunto lineal de actividades que, partiendo de la *notitia criminis*, sigue por la recolección de pruebas o indicios de su corroboración material (*corpus delicti*), el establecimiento de una sospecha de autoría, en ocasiones, graduada legalmente para decidir o no la detención preventiva del presunto autor (*auto de procesamiento*), la acumulación, formalización o aseguramiento de más pruebas de cargo, la acusación formal (*requerimiento de juicio*), la revisión crítica de lo actuado hasta aquí, y decisión de abrir el juicio (*etapa intermedia*), la discusión sobre pruebas (*debate o plenario*), deliberación, veredicto, sentencia, recursos y ejecución de la pena.

En esa visión lineal del proceso, parece imposible saltar pasos, y tampoco unir varios en uno. Entonces, entre la denuncia y la imputación hay que “agregar actas”, otro tanto entre la imputación y el auto de prisión preventiva, y otros más entre la preventiva y la elevación a juicio. Muchas veces, la preocupación por evitar la “pena de banquillo” se declama como más grave que la propia prisión preventiva: se llega a creer que el mismo juez de garantías que dictó la prisión preventiva (es decir, el que fue persuadido que podía encerrarse sin juicio a esa persona) aún puede tener dudas, y debe decidir por separado, sobre si el Fiscal tiene o no derecho a llevarlo ante un tribunal y someterlo al enjuiciamiento público. Y en esa confusión, de la mano de los *grados de cognoscibilidad del proceso penal*, la decisión de prisión preventiva se toma mucho antes de admitir o no el enjuiciamiento del preso.

Y como la realidad indica que entre la detención y el juicio transcurre *muchísimo* tiempo, la doctrina y la jurisprudencia exigen que la presunción de inocencia venga a ser desplazada por una cierta *presunción de culpabilidad* que debe corroborarse, en decisiones que tienen exigencias legales de fundamentación cercanas a las de la sentencia definitiva⁹, sobre la base de las actas de la investigación preparatoria (que así no deja de ser el *sumario* inquisitorial, y la parte auténticamente central del proceso penal).

Como el juez sólo dicta una prisión preventiva cuando ha sido convencido de que el imputado es *bastante culpable*, parece *bastante justificable* dejarlo preso sin juicio previo. Entonces, resulta *bastante tolerable* que el juicio demore un par de años, total, *va cumpliendo, porque casi seguro* que es culpable. Lo extraño del caso es que desde las mejores intenciones, los autores más *garantistas* (y con ellos todos los defensores) son los primeros que aplican impropriamente la primera regla de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho): no sólo permiten, sino que además *exigen* que el Fiscal convenza al juez de que el imputado *parece muy culpable*.

Y en realidad, una estrategia reductora exige invertir urgentemente esta ecuación. Cuanto más crea el juez en la culpabilidad, menos dudará en otorgar una prisión preventiva. A la inversa, cuanto más dudas tenga, más renuente será a dictar la medida. Entonces, ¿no sería lógico que yo, como defensor, hiciese todo lo posible por *impedir* que el Fiscal le cuente al Juez todo lo culpable que parece mi cliente, en lugar de *exigirlo*?

Si el estándar de mérito está puesto en la *alta posibilidad de condena*, funciona como un tranquilizante de la conciencia humanista del juez. En cambio, si el juez pudiera conocer tan sólo que existe una *alta posibilidad de juicio*, sin romper, resquebrajar ni relativizar la presunción de inocencia, tendríamos un juez angustiado (porque teme que un inocente esté preso), que obligará al Fiscal a apurar el paso, y mostrar diligencia y decisión para hacer el juicio. El juez dudará *mucho* antes de habilitar (o convalidar) un encierro precautorio, además de estar *muy dispuesto* a escuchar (y hasta exigir) métodos alternativos de aseguramiento del objeto procesal, que eviten el último y más brutal de esos medios (el enjaulamiento).

9 Véase por ejemplo en el Cód. Procesal de la provincia de Buenos Aires, el art. 158 edicta que en el auto de prisión preventiva deberá “1 - *Expresarse cuáles son los elementos de los que resultan acreditados el delito y su autor o partícipe.* 2 - *Si se toma en cuenta la declaración del imputado, extraerse la parte pertinente.* 3 - *Si se computan pruebas testimoniales o periciales, mencionarse sintéticamente lo que de ellas resulte.* 4 - *Si se determinan otros elementos probatorios, señalarse cuáles son y cómo resultan acreditados.*”

Cuando el estándar de mérito está puesto sólo en la *seriedad del caso del fiscal* más que en la contundencia de la sospecha, queda bien claro que ese mérito provisional de la prueba *nunca alcanzará por sí mismo* para justificar la prisión preventiva, y que se necesita fuertemente de los demás elementos (necesidad, proporcionalidad, provisionalidad), que hoy parecen de menor relevancia, a juzgar por el modo en que se suele abusar del instituto. Especialmente, quedará claro que el dictado de la prisión preventiva debe hacerse *muy cerca* del juicio: si la acusación ya es probable (es decir, el Fiscal ya tiene ordenada su información, y puede mostrar con qué medios probará la acusación que ha decidido), el juicio puede hacerse de inmediato, salvo el tiempo que la defensa necesite para preparar su propio caso¹⁰.

Como se verá seguidamente, la angustia del juez de garantías es una energía sumamente positiva para impulsar *todos* los límites al abuso de la prisión preventiva, aunque tiene complicaciones hoy invisibles cuando viene a oponerse a la tranquilidad de otros jueces.

¿Proporcionalidad material o procesal?

El tercer problema es el del requisito de proporcionalidad, que viene a sostener que la prisión preventiva sólo es admisible cuando guarda *proporción* con la pena amenazada. Esta regla no ha demostrado demasiada eficiencia en la contención del abuso. Al contrario, tal parece que ha funcionado como una especie de tranquilizante: mientras el tiempo de prisión preventiva sea menor a la pena que eventualmente pueda aplicarse (y las escalas son generosas en máximos), el encierro es proporcional, y por tanto admisible.

Si acaso el tiempo que el acusado lleva detenido se acerca a la pena que el fiscal estima apropiada, le ofrecerá un juicio abreviado, que le permita volver a su casa con la pena “compurgada” (cumplimiento ficto que además, no da lugar a la declaración de reincidencia, ya que en realidad nunca estuvo encerrado en condición de penado). Como la opción es seguir preso hasta el juicio que podría declararlo inocente, se trata *de una oferta que no podrá rechazar*, como diría Don Corleone. No conozco estudios empíricos al respecto, pero me atrevería a decir que el número de condenas en estas condiciones integra una buena parte del total de casos. Nadie podrá negar que cada una de esas condenas es tan violatoria del principio de juicio previo, que a los fines prácticos, en estos casos sería más justo “declarar abstracta la cuestión” y absolver (como propone Bovino) que dictar una condena meramente convalidatoria de una injusticia.

Parece razonable, entonces, abandonar la falsa tranquilización que implica la verificación de proporcionalidad entre pena y prisión preventiva. El principio de *inequivalencia* que postula Sergi¹¹, sin perder su valor intrínseco como caso de intolerabilidad de una prisión preventiva tan larga como la pena pretendida, creo que merece ser extendido, reemplazando *esa proporcionalidad material* por la *proporcionalidad procesal o adjetiva*, que podría enunciarse así: la proporcionalidad del encierro preventivo debe evaluarse en su duración con relación al proceso, y no a la pena.

Supongamos que una persona es aprehendida en el momento en que está apuñalando a su esposa delante de una cámara de vigilancia que graba la escena y cuatro testigos insospechables. Podríamos decir que

¹⁰ Por supuesto, esto nos deposita en el problema de disponibilidad de tribunal, pero eso no requiere sino una adecuada organización de los recursos. Las experiencias regionales de oralización de la investigación preliminar (ej. Plan Piloto Mar del Plata), que pone en evidencia la importancia de establecer incentivos claros para el adelantamiento de la decisión sobre salidas alternativas (ej., resolución 529/06 de la Procuración General de Buenos Aires), y la de liberar los órganos de juicio de toda tarea que no sea la realización de juicios orales (mediante el establecimiento de juzgados de ejecución, el otorgamiento de facultades de resolver suspensiones a prueba y juicios abreviados por jueces unipersonales, y la simplificación del proceso de preparación del debate), demuestran que es claramente posible hacer más juicios en menos tiempo con los tribunales disponibles, como muestra de un mínimo de eficiencia de respuesta. Luego de dar este primer paso, el Poder Judicial podrá romper la persistente negativa de los parlamentos a otorgarle más recursos y más autonomía presupuestaria. Los legisladores no dejarán de financiar al Poder Judicial si hay un reclamo social en este sentido, y la sociedad no reclamará hasta que no perciba claramente (desde las comprobaciones fácticas, y no desde el “deber ser” constitucional) la importancia del sistema judicial como herramienta de gestión de la conflictividad.

¹¹ SERGI, Natalia, *op. cit.* nota 2.

desde el primer día existen pruebas de cargo abundantes. Es decir, no hay ninguna razón para demorar el juicio, más allá del tiempo necesario para obtener un dictamen psiquiátrico del imputado, constituir el tribunal y citar a los testigos. Por grave que sea la pena amenazada, y altas las posibilidades de condena, será desproporcionada (e intolerable) una prisión preventiva de más de un par de semanas, independientemente de la verificación o no de peligros procesales. Si el Estado no puede ofrecer un juicio en ese breve tiempo, pues tampoco podrá hacer pagar su ineficiencia al imputado, y éste tiene derecho a esperar el juicio en libertad.

En cambio, aunque la calificación legal diese lugar a una menor expectativa de pena, pero fuera necesario realizar medidas previas al juicio que impiden su realización inmediata, o la demora es causada por la propia necesidad del imputado para preparar su defensa, podría ser más aceptable el dictado de una medida asegurativa de los fines del proceso, siempre y cuando exista proporción entre la restricción y el tiempo razonablemente necesario para la realización de esas medidas. Obviamente, el monto de pena (no abstracto, sino concreto, conforme la pretensión fundada y no vinculante que debería hacer el Fiscal cada vez que pida una prisión preventiva) siempre funcionará como límite insuperable.

Tiene razón, pero marche preso

La perversidad del inquisitivo reformado (el llamado *procedimiento mixto* en cuyo paradigma conceptual se funda casi toda la bibliografía procesal¹²) nos ha llevado a creer que nuestras pobres oralidades cubren los requisitos constitucionales para aceptar una pena, y que están cumplidas las garantías procesales.

Eso no es de ningún modo así. Especialmente, cuando en una buena parte de los casos, el proceso penal viene a funcionar, antes que como un modelo de “juicio previo” con una estructura aún más expedita que el procedimiento monitorio: se ordena el cumplimiento de la pena *inaudita parte* (prisión preventiva), y sólo después (generalmente, *mucho* después) de comenzada la ejecución de la sentencia, se brinda al acusado la posibilidad de ser oído y discutir plenamente la acusación.

En ese escenario, repetido miles de veces a lo largo de toda la región, aparece como urgente e imprescindible el adelantamiento de las garantías del juicio a *todo* el proceso, y no sólo en el momento final del juicio oral. La prisión preventiva es sin duda la decisión más importante previo al dictado de la sentencia definitiva (como se ha dicho, en un alto número de casos ambas decisiones resultan por lo menos equivalentes en cuanto a su trascendencia para el imputado). No puede seguir regulada en el proceso penal como dupla petición-decisión, cual si fuese un fósil viviente de la inquisición.

En el mismo camino de la *intolerabilidad* que propugnamos aquí, debemos asumir como inadmisibles una prisión preventiva que no sea dictada con las mismas condiciones de legitimidad que exige el juicio constitucional: absoluta imparcialidad del decisor (para evitar que se cuele el interés estatal), contradicción efectiva (iniciativa fiscal y derecho de defensa) y publicidad (condición esencial de control republicano). Es decir, sólo podrá dictarse una medida restrictiva si se hace en una audiencia pública en el que el fiscal pida, el defensor resista, y el juez decida, sobre la base de la información aportada y controlada por las partes.

Existe ya una base de conocimientos empíricos abundante que nos permite organizar sistemas de audiencias menos sacramentales y más útiles, aún en el habitual esquema de ineficiente (y sólo a veces insuficiente) asignación de recursos humanos y materiales para la justicia penal. De hecho, está ya demostrado que la tramitación por audiencias *libera recursos* en lugar de demandarlos en exceso, como a veces se cree. Y desde ya, el aumento del nivel de calidad de las decisiones respecto de nuestros pobres sistemas expedienticios, es definitivo y rotundo. Por lo pronto, el juez escucha al fiscal y al defensor en forma directa y sin intermediarios, y decide en forma inmediata, todo ello en presencia del imputado y el público, ahorrando “explicaciones” e “interpretaciones” sobre la naturaleza y fundamentos de la decisión. Este escenario es definitivamente superior al actual, en el que “cartularios que bostezan” (al decir de Jofré)

12 En ese modelo de pensamiento nos hemos formado todos los que hoy enseñamos y ejercemos el derecho penal, y por lo tanto debemos asumir como altamente probable que, aún contra nuestras explícitas manifestaciones en pro del acusatorio, sigamos transmitiendo mensajes inquisitoriales en las Universidades. Quien no lo crea, puede revisar los planes de estudio, los programas o los manuales más tradicionales.

cortan y pegan frases hechas en formularios electrónicos, que se vuelcan al papel y se firman con diverso grado de interés y compromiso, eso sí, en dos instancias casi idénticas. Poco importa la pertinencia y profundidad de las citas y conceptos vertidos en las esmeradas resoluciones, si el procedimiento real y concreto de su confección alcanza tan alto grado de mediatización y despersonalización.

En el escenario contradictorio que proponemos, el Fiscal debe acreditar claramente todos los extremos que habilitarían la medida, y la defensa tiene todas las posibilidades para relativizar las afirmaciones de la Fiscalía¹³. Es el escenario propicio, además, para que las partes litiguen (o acuerden) sobre la medida concreta que resulte más apropiada al concreto peligro que se pretende conjurar, y -sobre todo- en relación a su *tiempo de duración* (que ya no será *ad libitum* sino clara y positivamente establecido)¹⁴. Podrá también establecerse un plazo para verificar en qué modo se viene dando cumplimiento a las medidas faltantes, de modo de hacer las correcciones pertinentes.

En este punto, es menester señalar que resulta imperioso rediscutir los límites del poder que tiene el órgano de juicio sobre el imputado bajo régimen de prisión preventiva. Está totalmente incorporada la idea de que una vez que se ha designado el tribunal ante el que se realizará el juicio (se ha “radicado la causa”, en la terminología inquisitorial que no sabemos abandonar), el detenido está “a disposición” del Tribunal, y que éste adquirió una especie de señorío: el preso ya no podrá recurrir a nadie ajeno al propio Tribunal para que controle si su detención preventiva sigue siendo razonable. Se pierde así (y para siempre, ya que en las instancias recursivas la limitación es dramáticamente mayor) la posibilidad de que un tribunal imparcial decida la morigeración o cese de la medida. ¿Puede esperar un preso que su Tribunal se diga a sí mismo que ha demorado indebidamente la espera, y que es irrazonable que él siga esperando en prisión ese juicio que nunca llega? Una vez superada la etapa de garantías, la única esperanza del encerrado es la del tiempo máximo absoluto que emerge de la cuantificación legislativa o pretoriana de la garantía del plazo razonable, que los tribunales aplicarán a regañadientes o alegremente, pero sin tomar medidas contra sí mismos, ni hacerse cargo frente a la sociedad por el fracaso imputable a su propio descontrol o desgobierno de la situación.

No hay ningún motivo (salvo las recurrentes cuestiones vinculadas a la desperejada distribución de cargas laborales entre jueces) para prescindir de la imparcialidad y especialidad del juez de garantías para controlar la prisión preventiva durante las etapas de juicio y recursiva. Obviamente, eso sólo sería posible si pudiésemos tirar por la borda la división monárquica de los jueces en castas de poder. Un juez de garantías declarando que la Suprema Corte ha demorado indebidamente la decisión del recurso, y ordenando la libertad del preso sin condena firme, es una fantasía claramente subversiva. Tan subversiva como las ideas de democratizar el gobierno judicial sobre la base “un juez, un voto”, establecer la independencia interna de los jueces respecto de los tribunales de ulterior instancia, o la aspiración republicana de hacer convivir

13 Es importante despejar una inquietud vinculada a la cuestión probatoria: en las audiencias de prisión preventiva, no debe pensarse en la producción de pruebas. Tal como sucede hoy en los procedimientos escritos, el juez seguirá resolviendo sin oír directamente a los testigos. El avance de garantías y el aumento de calidad no proviene de la intermediación sino de la contradicción: la información básica para tener por acreditados los extremos exigidos por la medida de coerción es suministrada por el fiscal (que viene a pedir la medida) *exclusivamente en la audiencia y por vía oral*, de modo de permitir a la defensa su control, evitando una presentación incompleta, descontextualizada, sesgada o directamente errónea. Las partes discuten delante del juez todo punto de disenso, enriqueciendo así la información que reciba el juzgador. Los dos años de vigencia del Plan Piloto Mar del Plata demuestran que *aún para nuestro escenario cultural*, las partes se esfuerzan en brindar información correcta y no tendenciosa: las discusiones sobre el contenido de un acta casi no existen, ya que quien intentara mentir sería fácilmente refutado si la contraparte lee en voz alta la parte pertinente, o si el juez la leyera por sí (lo cual en dos años y varios miles de audiencias, me atrevo a decir que nunca sucedió). El salto cualitativo, insisto, lo produce la posibilidad de las partes de controlar y argumentar sobre el mérito de esas constancias.

14 Sería una práctica bien interesante que cada vez que quede establecida la necesidad de aseguramiento, fiscal y defensa acuerden cuál medio sería el más idóneo para tutelar los fines procesales, y que si no acordaren, el Juez opte por una u otra propuesta, y nunca por soluciones intermedias (a la manera del llamado “arbitraje de última oferta”), de forma de incentivar a los litigantes a hacer su mejor esfuerzo en procura del grado más justo posible de coerción.

“independencia del juez” con “obligación del Poder Judicial de rendir cuentas públicas”. Blasfemias éstas contra la “majestad de la justicia” que, por razones de concisión, no vamos a desarrollar aquí.

Hablando el idioma de la gente

El último desafío de esta propuesta tiene que ver con un tema nada menor, que es la permanente aspiración de recuperar para el poder judicial una legitimación social en vías de franca extinción. No negaré que este tema es claramente político: es que cuando se abandonan los análisis superficiales, se llega a un punto en el que no hay forma de deslindar el campo político del jurídico. Y cuando se trata del derecho penal, que no es sino un conjunto de saberes orientado a la limitación del poder estatal, lo político aflora en forma inmediata.

Reiteremos aquí que no hay forma de construir una decisión que autorice el encierro de una persona sin juicio previo, que no sea mediante una decisión política que declare excepcionalmente tolerable una situación de injusticia. Es empíricamente demostrable que día a día los jueces dictan decisiones de ese tipo, por lo que obviaré por trivial la discusión sobre si lo que sucede puede suceder. Intentaré demostrar aquí que esta actividad sostenida y constante de los jueces no es un error ni una irregularidad, sino una consecuencia del carácter político de (valga la tautología) cualquier ejercicio del poder.

No se trata de sacrificar los principios jurídicos a los principios políticos: por el contrario, el Estado de Derecho presupone el diálogo permanente entre unos y otros, en un equilibrio dinámico. De allí que las decisiones que adoptan los jueces, siendo como son, expresión de uno de los poderes del Estado, son decisiones tan políticas como jurídicas. La pretensión de sustentar las sentencias tan sólo en un silogismo jurídico, con total prescindencia de los reales procesos políticos, quedó sepultada hace ya más de dos siglos, como demuestra la historia de las instituciones. Hasta el más riguroso intento teórico por sustentar esa pretensión, que como no podía ser de otra manera, fue la expresión jusfilosófica del positivismo decimonónico, terminó por reconocer que, en un momento, el deber ser termina apoyándose en el prosaico poder fáctico.

Establecido, pues, que no hay forma de convalidar una prisión preventiva con puros silogismos jurídicos, el dilema se traslada a este punto: ¿qué reglas de razonabilidad y previsibilidad presiden las decisiones políticas en nuestro Estado? Claramente, las que emanan del régimen republicano, que implica limitación, transparencia y obligación de rendir cuentas de cada decisión. La fundamentación de una prisión preventiva, para no ser un acto autoritario sino republicano debe, imperiosamente, ponerse a disposición del ciudadano que ejercerá el control republicano.

Ello lleva a la conclusión de que necesariamente, la discusión y la decisión sobre prisión preventiva, debe desarrollarse en audiencias orales, que aseguren un entorno de *transparencia y lenguaje natural*, devolviendo la actividad judicial a la consideración comunitaria, lugar del que nunca se debió permitir sea sustraído por los gongorismos herméticos y vanos de la afectación académica. Para explicar en qué se basa el pronóstico de entorpecimiento de la investigación, destrucción de pruebas o fuga, no hace falta acudir a tecnicismos, sino al más llano sentido común. Los derechos fundamentales (y no otra cosa es lo que se discute en una audiencia de prisión preventiva) sólo tienen un valor, y es el de proteger a las personas del abuso de poder. Si no fuera posible explicar y discutir los derechos fundamentales en el lenguaje del hombre común, sería menester abandonar el sueño de su universalización, que es el más potente legado de la Revolución Francesa.

Conclusiones

1. La prisión preventiva es una situación jurídica injustificable desde el análisis estrictamente constitucional, pero que en situaciones excepcionales es inevitable tolerar, siempre que sea sometida a estrictas condiciones de control.
2. El estándar probatorio que debe requerirse para su dictado, refiere a la seriedad de la acusación y la posibilidad de celebración de un juicio, más que a la probabilidad de culpabilidad del imputado.
3. La prisión preventiva sólo puede admitirse en tanto se encuentre temporal y materialmente proporcionada a las medidas necesarias para la celebración del juicio, y no sólo a la expectativa de pena.

4. La prisión preventiva sólo puede dictarse en condiciones análogas a las que la Constitución exige para el juicio, es decir, en audiencia oral y pública en la que las partes puedan litigar en forma efectiva ante un juez imparcial.

Copia de este trabajo disponible en <http://es.scribd.com/doc/21553963/%C2%BFes-posible-rediscutir-a-prision-preventiva-desde-los-limites-de-tolerancia-y-los-requisitos-procesales-de-la-decision>