

# La peligrosidad en las medidas personales de coerción

por Juan Manuel Kees\*

Sumario: 1. Introducción. 2. El fundamento procesal de la prisión preventiva. 3. Los esfuerzos de distinción entre penas y medidas cautelares. 4. La definición de los “fines procesales”. 5. La acreditación de la peligrosidad procesal. 6. La relación entre el principio de inocencia y las medidas personales de coerción. 7. La hipótesis de culpabilidad. 8. La relación entre las penas como instrumento de defensa social y las tesis procesales. 9. Semejanzas entre las medidas de seguridad y la prisión preventiva. 10. Semejanzas entre la prisión por tiempo indeterminado y la prisión preventiva. 11. Entorpecimiento de la investigación y fines mixtos de las medidas de coerción. 12. Relatividad de las nociones de “peligrosidad procesal” y “fines procesales”. 13. Conclusiones.

“Yo querría esperar que los progresos de la civilización le trajeran remedio a este mal, si no viera que los horrores del *calabozo* y los padecimientos del mísero que en él yace, incierto en su futuro, son elogiados por algunos con celo fanático”.

FRANCESCO CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*.

## **1. Introducción.**

El presente trabajo pretende ser una crítica a la formulación más restrictiva de la justificación procesal de los medios personales de coerción<sup>1</sup>. Las teorías sobre la materia han sido clasificadas en *sustantivas* y *procesales*, según consideren a las medidas como instrumentos de realización de fines perseguidos por la legislación penal o procesal,

---

\* Abogado. Relator del Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Neuquén.

<sup>1</sup> Debo agradecer especialmente las importantes contribuciones realizadas por Orlando A. Coscia, Emanuel Roa Moreno, Elena M. Uría, Víctor H. Cerruti, Mario A. Juliano, Alberto A. Bovino y Gerardo N. García, quién además me facilitó gran parte del material empleado.

respectivamente. Las primeras legitiman las medidas de coerción, en particular la prisión preventiva, como instrumentos de defensa social –*sustantivismo autoritario*– o las deslegitiman proponiendo su reducción o abolición –*sustantivismo liberal*<sup>2</sup>-. Las tesis *procesales* consideran que las medidas de coerción no son penas, sino restricciones a la libertad del imputado, necesarias para asegurar la aplicación de la ley penal frente al riesgo de fuga o de obstaculización en la producción de la prueba.

En nuestro país, la mayor parte de la doctrina se encuentra claramente orientada hacia el desarrollo de principios que restrinjan las potestades estatales en materia de investigación de ilícitos. Esta evolución se manifiesta fuertemente en el ámbito de la prisión preventiva, pues respecto de ella surgen las mayores dificultades para sostener que la garantía de jurisdiccionalidad y el principio de inocencia continúan aún vigentes. Por tal razón, al abordar el análisis se ha considerado apropiado comenzar por los fundamentos legitimadores de la prisión preventiva, cuyos reparos más frecuentes son compartidos en términos generales por todos los autores. Luego se valoran los presupuestos de las nuevas medidas de coerción sugeridas por la doctrina y receptadas en algunos proyectos de leyes procesales, para cuestionar sus presupuestos e intentar delinear una crítica alternativa a la fundamentación de tales medidas.

## ***2. El fundamento procesal de la prisión preventiva.***

Tradicionalmente la prisión preventiva ha encontrado fuentes de legitimación en diversas razones. Ya en el año 1.764 afirmaba BECCARIA<sup>3</sup> que “... la cárcel es pues la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable; ... El rigor de la cárcel debe ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”. Con el tiempo éstas justificaciones han sido reformuladas o complementadas por otras. A modo de ejemplo, siguiendo a GIOVANNI LEONE<sup>4</sup>, puede señalarse que se han esgrimido a favor de la prisión preventiva las necesidades de: a) *asegurar la persona del imputado para el proceso* (MANZINI), o más precisamente, b) *asegurar la disponibilidad del imputado como fuente de*

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, año 2.000, p. 161.

<sup>3</sup> BECCARIA, CÉSARE, *De los delitos y las penas*, Ediciones Folio, año 2.001, p. 81.

<sup>4</sup> LEONE, GIOVANNI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJE, año 1.963, ps. 259 y ss..

*prueba* (HIPPEL, STOCK, VASSALLI, DE MARSICO y CARNELUTTI), c) *impedir que el imputado pueda influir sobre la genuina recepción de las pruebas* (CARNELUTTI), d) *garantizar el resultado del proceso* (DE LUCA), e) *defensa social proporcionada a la gravedad del delito y a la peligrosidad del imputado* (NOVELLI). En el mismo sentido también CARRARA<sup>5</sup> había sostenido la necesidad de que la prisión preventiva garantizara la “... *defensa pública*, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno”, f) *prevención general, en el sentido de impedir que la víctima (o las personas allegadas a la víctima) de un grave delito pase a actos de venganza* (VASSALLI). Finalmente, se ha destacado también el carácter de la prisión preventiva como g) *medio de instrucción* (SABATINI), h) *sanción procesal determinada por la intolerancia del imputado al peso del proceso* (BIRKMEYER), i) *deber del imputado de ponerse a disposición de la colectividad para contribuir eficientemente a la actuación de la potestad de justicia* (SABATINI). Los fundamentos reseñados se corresponden con los resultados esperados de la prisión preventiva: a) defensa social, b) resguardo de los fines procesales y c) neutralización de la venganza de la víctima. En términos generales, en nuestro país la doctrina admite mayoritariamente las razones propuestas por BECCARIA<sup>6</sup>.

La separación entre los fines sustantivos o procesales no siempre resulta clara, siendo frecuente que algunos autores, partidarios de la exclusividad de los fines procesales, terminen destacando la importancia de ciertos fundamentos propios del sustantivismo autoritario. Ello sucede, por ejemplo, cuando reeditando el adagio *salus populi suprema lex* se afirma que “... sin dudas, en la lucha contra la delincuencia de hoy, nuestra realidad muestra que la prisión preventiva es una herramienta sumamente eficaz”<sup>7</sup>. Recientemente también se ha dicho que el

---

<sup>5</sup> CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Volumen II, Temis – Depalma, año 1.986, p. 375. Es necesario señalar que el autor citado bregó expresamente por disminuir y abreviar en cuanto sea posible los encarcelamientos preventivos. Confrontar “La inmoralidad del encarcelamiento preventivo”, en *Opúsculos de Derecho Criminal*, Tomo IV, Temis, Bogotá, año 1.978, segunda edición, p. 223 y ss..

<sup>6</sup> Los desarrollos dogmáticos destinados a justificar restricciones a la libertad sólo pueden explicarse en tanto se atribuya al derecho procesal penal la doble y contradictoria finalidad de construir límites al poder punitivo y solucionar problemas político criminales. ROXÍN, CLAUDIA ha desarrollado los fundamentos de ésta opción metodológica en *Política criminal y sistema del derecho penal*, Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Hammurabi, segunda edición, Buenos Aires, Año 2.002. En nuestro país, rechazando toda posibilidad de coexistencia entre ambos fines: BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2.004, p 31; ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *cit.*, p. 74 y ss..

<sup>7</sup> SOLIMINE, MARCELO A., *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Ad-Hoc, año 2.003, p. 640.

mantenimiento de la prisión preventiva “... sólo se justifica cuando la gravedad de los hechos delictivos atribuidos al imputado permitan afirmar que su libertad pondrá en grave peligro a la seguridad pública... Si, cualquiera que sea el delito que se le imputa a una persona, el juez considera que su libertad ambulatoria no configura un riesgo para la seguridad pública... corresponde disponer su libertad”<sup>8</sup>. En ambos ejemplos, es fácil advertir que la neutralización de la presunta peligrosidad criminal de los acusados juega un rol importante en la justificación de la prisión preventiva.

Las tesis sustantivas autoritarias de la prisión preventiva han sido identificadas<sup>9</sup> con el positivismo criminológico<sup>10</sup>, el fascismo y el nazismo, en tanto suponen la culpabilidad del acusado, o subordinan el principio de inocencia a las necesidades sociales de orden.

Por su parte, desde una concepción liberal, el carácter penoso ha impuesto la necesidad de bregar por la *reducción* o *supresión* de la privación cautelar de la libertad. Los orígenes del *sustantivismo liberal reduccionista* pueden rastrearse en gran parte del pensamiento liberal clásico cuyos exponentes, desde BECCARIA en adelante, justificaron limitadamente la prisión preventiva en nombre de diversas necesidades<sup>11</sup>. Sus partidarios tienden a limitar las consecuencias adversas de la prisión preventiva en un intento por armonizar el debido respeto a la libertad y dignidad de los presuntos inocentes, con la “necesidad” de encarcelar antes del juicio a los acusados. Los efectos de dicha postura, se asemejan a los de las tesis procesales en tanto ambos terminan siendo reduccionistas de la potestad de aplicar medidas de coerción. Los primeros, en razón del carácter *penoso* de dichas medidas; los segundos, destacando la necesidad de asegurar estrictamente los fines procesales, y promoviendo en todo momento el saneamiento de los elementos punitivos del encarcelamiento preventivo.

Pero cualquiera sea la justificación que se utilice, una vez decidida la privación cautelar de la libertad ya no será posible distinguir entre objetivos sustanciales y procesales, porque el

---

<sup>8</sup> BADENI, GREGORIO, “Presunción de inocencia, excarcelación y caución”, publicado en Revista La Ley, Miércoles 1 de marzo de 2.006, ps. 11 y 12.

<sup>9</sup> ZAFFARONI – ALAGIA - SLOKAR, *cit.*, p. 162.

<sup>10</sup> Debe agregarse que la “lucha contra la delincuencia” así como el “grave peligro para la seguridad pública” fueron para el positivismo criminológico, en similares términos, condiciones de procedencia de la prisión preventiva, habiéndose sostenido que “el pernicioso efecto que la libertad provisional produce sobre la criminalidad endémica e imitativa es inconmensurable”, “... la institución de la libertad condicional ... estimula directamente al mundo criminal...”. GARÓFALO, RAFAELLE, *La criminología*, traducción de DORADO MONTERO, PEDRO, Bdef, año 2.005, ps. 295 y ss..

acusado preso difícilmente pueda cometer delitos ante la sociedad, alterar el curso de producción de la prueba, o eludir las decisiones del juzgador. Sin perjuicio de ello, no es indistinto que la justificación proceda sólo de uno o algunos de los diversos motivos, porque las condiciones de procedencia varían en uno u otro caso. Por tal razón es necesario intentar distinguir la índole de los argumentos empleados para justificar o deslegitimar las medidas de coerción.

Para los partidarios del *sustantivismo liberal abolicionista* –tesis sostenida actualmente por diversos autores<sup>12</sup>- la prisión preventiva es ilegítima porque consiste en una restricción de la libertad equiparable a la pena de prisión. Al legitimarse la equiparación de trato entre condenados e imputados, se niegan o desnaturalizan –con relación a estos últimos- los principios de culpabilidad e inocencia y las garantías de juicio previo y defensa en juicio.

Probablemente ningún autor sostenga hoy un discurso procesal legitimador de lo que en términos generales puede denominarse *inhumanas* condiciones de cumplimiento de la prisión preventiva, resultantes, entre otros factores, de la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias de los sistemas de control jurisdiccional de la ejecución de penas y de las llamadas “medidas cautelares”; pero el reproche que los partidarios del *sustantivismo liberal abolicionista* realizan a los sostenedores de la tesis procesal no se refiere sólo a las usualmente ilegítimas condiciones de encarcelamiento. La crítica radica también en que aún imaginando una ejecución en óptimas condiciones, de cualquier manera resultaría dificultoso diferenciar la pena de la medida cautelar, pues se trata de dos modos graves de afectación de la libertad ambulatoria. En tal caso, poco importa la justificación a la que se recurra, o las mejoras propuestas en las condiciones de detención, frente al encarcelamiento, la distinción entre pena y medida cautelar solo es ostensible en el plano discursivo.

En los ámbitos legal, doctrinario y jurisprudencial los argumentos legitimadores de orden procesal han logrado concertar la mayor cantidad de adeptos. La prisión preventiva es

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Trotta, año 1.997, p. 553.

<sup>12</sup> Entre quienes postulan la supresión de la prisión preventiva tal vez MABLY sea el antecedente más remoto, según CARRARA (*cit.*, p. 373), aquél postuló el abolicionismo de la prisión preventiva en su obra *Traité de législation* publicada en el año 1.796. Puede encontrarse información sobre la obra de autores enrolados en ésta posición en ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *cit.* p. 162; VITALE, GUSTAVO L., “Hacia la eliminación de la cárcel de los presuntos inocentes” (A propósito de los casos “Barbará “ y “Macchieraldo”), publicado en *Revista de Derecho Procesal Penal*, año 2005, Rubinzal Culzoni Editores, ps. 95/96 y GARCÍA, GERARDO N., *Hacia la abolición de la prisión preventiva*, inédito, p. 39.

considerada por muchos como un remedio para precaverse de los peligros que el acusado despliega sobre el proceso penal. A grandes rasgos, quienes sostienen la naturaleza cautelar de las prisión preventiva entienden que ésta “... se justifica como un medio *indispensable para la defensa del derecho*, esto es, como una *medida imprescindible para asegurar el imperio de la ley penal*”<sup>13</sup>. Sacrificando algunas diferencias, en un intento por conjugar las opiniones más restrictivas sobre la materia, podemos afirmar que los partidarios de la tesis procesal<sup>14</sup> consideran legítimo que la prisión preventiva pueda ser dispuesta en última instancia, cuando existan pruebas de la existencia del hecho y la participación del acusado, si fundadamente ninguna otra medida permitiera asegurar los fines procesales de resguardar la producción de la prueba y asegurar la aplicación de la ley penal, siempre en forma limitada en el tiempo y condicionada a la subsistencia del interés que justificó su adopción y en todo caso no puede irrogar un padecimiento equivalente al de la pena de prisión<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, tercera ed., Marcos Lerner, año 1.986, p. 479.

<sup>14</sup> Con diversos matices, NUÑEZ, RICARDO C, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado*, Marcos Lerner, año 1.986, p. 277; CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, año 2.001, p. 501; MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Tomo 1 [vol. b], Hammurabi, año 1.989, ps. 289; D´ALBORA, FRANCISCO J., *Código Procesal Penal de la Nación*, Tomo II, Lexis Nexis, año 2.003, p. 661; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, año 1.997, p. 101; BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Segunda edición, año 2.004, p 198 y ss.; SUPERTI, HÉCTOR C., *Derecho procesal penal*, Editorial Juris, p. 173 y ss.; ZIFFER, PATRICIA F., “Acerca de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo”, *La Ley*, Tomo 2.000 C, ps. 611 y ss.; PASTOR, DANIEL R., *Tensiones*, Editores del Puerto, año 2.004, p. 186; SOLIMINE, MARCELO A., *cit.*, p. 639 y ss., entre muchos otros.

<sup>15</sup> Siguiendo la tesis procesal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Suárez Rosero” (Sentencia del 12-11-97), sostuvo que “... en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3) ...”. Con relación a este fallo, se ha observado (BOVINO, ALBERTO “El fallo “Suárez Rosero””, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/B, Editores del Puerto, reimpresión año 2.003, p. 675.) que representa una evolución trascendente sobre algunas normas internacionales y decisiones de ciertos órganos del sistema de protección de los derechos humanos que en ocasiones legitimaron la prisión preventiva con argumentos de contenido claramente punitivo. Los criterios procesales, han sido ratificados por el mismo Tribunal, entre otras, en las causas “*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*” y “*Tibi vs. Ecuador*”, ambas del 2004, disponibles en <http://cidh.org>. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recibió los argumentos de “Suárez Rosero” en la causa “Nápoli”, *Fallos*: 321:3630. Ésta tendencia doctrinaria restrictiva ha sido también adoptada por recientes decisiones de tribunales del orden nacional y provinciales de nuestro país, observándose a partir de los precedentes “*Barbará*” (CNCCorr., sala I, 10-11-2.003, causa 21.143) y “*Macchieraldo*” (CNCas. Pen., sala III, 22-12-2.004, causa 5472), un

### 3. *Los esfuerzos de distinción entre penas y medidas cautelares.*

El reproche del sustantivismo liberal a la tesis procesal motivó variados intentos de diferenciación de las penas respecto de las medidas cautelares<sup>16</sup>. Si la prisión preventiva es reprobable por su similitud con las penas privativas de la libertad, bastaría con diferenciar convenientemente ambos institutos para quedar a salvo de semejante crítica. Ello permite a los procesalistas, adoptar luego los argumentos del sustantivismo liberal y rechazar la prisión preventiva en la medida en que ésta asuma el objeto de satisfacer un fin no procesal, es decir, cuando adquiriera el perfil propio de una pena.

Comparto la opinión de quienes sostienen que no es posible distinguir el encarcelamiento punitivo del preventivo aún si éste último es dispuesto sólo como un instrumento de neutralización de eventuales riesgos procesales. Es claro que la diferenciación de las propiedades de la pena de prisión y la prisión preventiva no puede hacerse desde la observación de nuestra realidad. Pero la crítica es trasladable al discurso jurídico-penal, aún valorando positivamente las mejorías a las condiciones de encarcelamiento de los acusados propuestas por algunos autores. Sobre el particular cabe adherir a la opinión de VITALE al sostener que “*todo encarcelamiento tiene, ópticamente, naturaleza punitiva, importando (en todos los casos) un trato como culpable*”, incompatible ciertamente con la presunción de inocencia<sup>17</sup>.

La crítica sustantiva es apropiada para cuestionar el encarcelamiento preventivo justificado procesalmente. No obstante, existe una variedad de restricciones a la libertad que son propuestas en defensa de fines procesales y no decantan en la prisión cautelar, tales como las previstas en algunos incisos del artículo 194 del Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación elaborado por el INECIP<sup>18</sup>: 1) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fije; 2) la obligación de

---

incremento cualitativo y cuantitativo de condiciones habilitantes de la prisión preventiva sobreponiéndose lentamente las exigencias de acreditación material de los riesgos procesales a los criterios abstractos previstos en las diversas legislaciones adjetivas, entendiendo que estos últimos solo pueden interpretarse como presunciones que admiten prueba en contrario.

<sup>16</sup> MAIER, JULIO B. J., *cit.*, Tomo 1 [vol. b], p. 277.

<sup>17</sup> VITALE, GUSTAVO L., *cit.*, p. 95, en cursiva en el original.

<sup>18</sup> Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

presentarse ante el juez o ante la autoridad que él designe; 3) la prohibición de salir del ámbito territorial que se determine; 4) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; 5) el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de agresiones y la víctima conviva con el imputado y 9) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el tribunal disponga. Los esfuerzos de distinción entre las penas y las medidas de coerción abren camino a la multiplicación de nuevos medios de coerción, novedosas restricciones a la libertad de los investigados –distintas de las penas- amparadas en la necesidad de tutelar con exclusividad fines procesales.

Previo a considerar los fundamentos de las nuevas medidas de coerción propuestas, cabe señalar que el principio de “proporcionalidad”, en su acepción más divulgada, impide que la prisión preventiva resulte más gravosa que la pena cuya ejecución pretende asegurar<sup>19</sup>. Éste principio cumple una estimable función frente a supuestos de delitos no penados con prisión, o ante los casos en los que el tiempo de la privación cautelar supera la pena aplicable, pero ha merecido severas críticas en la medida en que tolera la simetría entre la pena de prisión y la prisión preventiva, permitiendo que “cautelarmente” se trate al investigado del mismo modo que al condenado<sup>20</sup>.

NATALIA SERGI<sup>21</sup> sostiene que “el encarcelamiento preventivo no puede equivaler a la pena y se deben establecer criterios para lograr dicha inequivalencia en calidad y cantidad, a pesar de que la normativa material y de fondo así lo permite”. Retomando tales argumentos, ALBERTO BOVINO propone que el principio de inocencia debe interpretarse como principio de proporcionalidad, en términos de *inequivalencia*: “... es este principio el que impide que a una persona inocente se le impongan restricciones a sus derechos cualitativa o cuantitativamente

---

<sup>19</sup> BRUZZONE, GUSTAVO A., “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, publicado en *La Justicia Penal Hoy*, Fabián J. Di Plácido Editor, año 2.000, p. 206. También BINDER, ALBERTO M., *cit.*, p. 201, entre otros. En diverso sentido, también se sostiene que el principio de proporcionalidad “... puede resultar fructífero si... se lo empieza a pensar con un contenido distinto: no ya como una mera relación entre la cantidad de pena en expectativa y la medida de coerción, sino como una relación entre la medida de coerción y la finalidad que se pretende obtener de ella” MORÍN, DANIEL EMILIO, “Fundamentos y límites del encarcelamiento preventivo”, publicado en <http://www.derechopenal.com.ar/>.

<sup>20</sup> Para un análisis del principio de proporcionalidad: BOVINO, ALBERTO “El fallo ‘Suárez Rosero’”, *cit.*, p. 675 y ss..

<sup>21</sup> SERGI, NATALIA, “Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo”, publicado en *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, año 2.005, p. 471 y ss..

similares a las que se pueden imponer a una persona declarada culpable luego de un procedimiento regular ante los tribunales competentes, independientes e imparciales”<sup>22</sup>.

El principio de “inequivalencia” tutela al acusado en mayor medida que el principio de “proporcionalidad” en tanto impide la equiparación de trato entre culpable e investigado. Pero debe observarse que no resulta de aplicación en todos los supuestos. Cuando las escalas penales son altas la duración de la prisión preventiva suele no alcanzar cuantitativamente a los mínimos penales, de lo que resulta que la inequivalencia en términos cuantitativos es observable en muchas oportunidades. Simultáneamente, las diferencias cualitativas ya se encuentran receptadas legalmente, de modo que, según una interpretación legalista, bastaría con cumplir algunas de ellas para que la inequivalencia se encuentre satisfecha. Habrá que construir entonces, alguna herramienta teórica que permita discernir en el caso concreto que propiedades de la restricción a la libertad permiten equiparar o diferenciar la pena de una medida cautelar.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de inequivalencia debe ser observado celosamente en la medida en que no permite contener el dictado de un conjunto de medidas pretendidamente tuitivas de fines procesales, que no tardarán en satisfacer la demanda de control social selectivo sobre el conjunto de personas más vulnerable al sistema penal, tal como sucede con la prisión preventiva, púlcramente motivada en los fines procesales.

#### ***4. La definición de los “fines procesales”.***

Según el modelo adjetivo de justificación de las medidas de coerción penal, éstas funcionan como instrumentos destinados a resguardar fines procesales frente a los peligros que se le atribuyen al acusado<sup>23</sup>. De ello resulta la necesidad de analizar el proceso de definición de tales *fines*.

Quienes consideran que el derecho penal debe construir límites al poder punitivo y simultáneamente solucionar problemas de política criminal, al justificar la prisión preventiva

---

<sup>22</sup> BOVINO, ALBERTO, “Contra la inocencia”, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Editores del Puerto, año 2.005, p. 115.

<sup>23</sup> Si se toma como punto de partida que el derecho procesal penal sólo puede abocarse a la construcción de herramientas teóricas que contengan el poder punitivo, todo argumento legitimador de la prisión preventiva que provenga del discurso de los juristas puede ser objetado en tanto contradice dicho punto de partida. Las tesis procesales de la prisión preventiva, en tanto justifican restricciones a la libertad que sólo se explican como manifestaciones del poder punitivo, deben ser enmarcadas en la opción metodológica propuesta por ROXÍN (Ver nota al pie de página N° 6).

esgrimen invariablemente<sup>24</sup> las necesidades de asegurar la producción de la prueba y la sujeción del acusado a los designios del juzgador. Se mencionó antes que para BECCARIA<sup>25</sup> “... la cárcel es pues la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable; ... El rigor de la cárcel debe ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”. Esta fórmula se corresponde con la actual regulación de las medidas de coerción en el orden federal. En efecto, el artículo 280° del Código Procesal Penal de la Nación establece que “la libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley...”.

Pero ambas “necesidades” difícilmente puedan anteponerse a otros fines procesales también reconocidos unánimemente, aunque postergados en este debate. El derecho procesal penal, aún para quienes lo entienden orientado a las consecuencias político criminales, construye límites al uso de la violencia por parte del Estado. Cumple la función de resguardar los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todos los habitantes; por ello se sostiene que el derecho procesal penal es *derecho constitucional reglamentado*, constituye un “instrumento de garantía del justiciable”<sup>26</sup>, y tutelar la libertad de los investigados es también un fin procesal de jerarquía constitucional, axiológicamente superior a cualquier otro, de allí el reconocimiento del principio de inocencia<sup>27</sup>.

Si reconocemos la protección de los inocentes como un fin procesal que debe prevalecer ante las potestades investigativas públicas, siguiendo el texto del artículo 280° del Código Procesal Penal de la Nación, deberíamos invertir los términos de su redacción: *el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley sólo podrán ser admitidos, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar la libertad personal*.

Lo señalado anteriormente debería bastar para cuestionar todo discurso legitimador de la prisión preventiva y de varias medidas personales de coerción, pero es posible pensar también en otros fines que innegablemente deben ser perseguidos por todo proceso penal. A

---

<sup>24</sup> Cabe destacar que BINDER no admite como causa de legitimación de la prisión preventiva la necesidad de asegurar la producción de la prueba, *cit.* p. 199.

<sup>25</sup> BECCARIA, CÉSARE, *cit.*, p. 81.

<sup>26</sup> MAIER, JULIO B. J., *cit.*, Tomo I [vol. a], p. 195 y ss..

modo de ejemplo, aunque con menor alcance, podemos considerar la necesidad de asegurar la integridad psico-física de los investigados, si tal derecho pudiera manifestarse de algún modo en el discernimiento de las llamadas medidas cautelares, su efecto no podría ser otro que el de impedir la ejecución de la prisión preventiva en una importante cantidad de nuestras instituciones penitenciarias, cuyas condiciones de habitabilidad constituyen en muchos casos un trato cruel, inhumano y degradante.

La definición acerca de qué cuestiones constituyen un fin procesal no puede considerarse saldada con las palabras vertidas por BECCARIA en 1.764. Es necesario desarrollar argumentos para limitar el poder punitivo que se ejerce sobre el acusado, pues el resguardo de algunos fines necesarios para la imposición de una sanción penal no puede importar nunca el aniquilamiento de derechos y garantías reconocidos al acusado.

### ***5. La acreditación del peligro procesal.***

Otra cuestión de suma importancia consiste en la decisión que se adopte acerca de las formas de acreditación de los llamados *peligros procesales*. Desde las tesis más añejas se admite que ello sea definido legalmente, según reglas establecidas en los códigos procesales. A toda persona acusada por un delito cuya pena supere ciertos límites se le atribuye, admitiendo o no prueba en contrario, un *estado de peligrosidad procesal* por medio de una ficción legal: el monto de la pena a imponer transforma al acusado en una persona peligrosa para el proceso; esto supone una regla implícita según la cual toda persona que prevea la posibilidad de que se le aplique una pena de cierta entidad intentará sustraerse a la acción de las agencias del sistema penal.

También se acepta dejar en manos del juez la valoración sobre la existencia de tales riesgos según el método de la sana crítica racional. Alejándose progresivamente del sistema legal, actualmente se consideran insuficientes ciertas presunciones legales sobre el grado de peligrosidad procesal exigiéndose mayores elementos de prueba. El grado de conocimiento que tengamos del acusado –circunstancias personales tales como domicilio, situación laboral,

---

<sup>27</sup> BOVINO, “Contra la inocencia”, *Justicia Penal ... cit.* p. 99.

familiar, actividades sociales, etc.– permite anticipar, siempre relativamente, su futuro comportamiento con relación al proceso<sup>28</sup>.

También se recurre al empleo de estadísticas para imputar a los investigados un modelo de comportamiento conforme el cual éstos actuarán según lo han hecho otras personas sujetas a sus mismas circunstancias. Al respecto, BOVINO ha sostenido que los estudios efectuados sobre los condenados permiten cuestionar gravemente las predicciones estadísticas sobre comportamientos humanos futuros<sup>29</sup>, acentuándose las objeciones cuando el mismo método es aplicado a personas que deben ser consideradas inocentes.

Con este tipo de argumentos pocos dudarían, por ejemplo, en afirmar que hay probabilidades de fuga respecto de una persona extranjera, sin residencia conocida, acusada de contrabando de una importante cantidad de estupefacientes cuya precario mérito sustantivo emerge del análisis unilateral de la prueba colectada, mientras sostendrían que la fuga es improbable con relación a una persona con domicilio permanente en determinado lugar, con trabajo, familia y otros vínculos sociales, acusada del delito de calumnias, aún provisionalmente acreditado.

Una vez ponderados los argumentos generales y particulares, integrando la ficción legal de peligrosidad basada en la escala penal con los estudios estadísticos, las circunstancias personales del acusado y su relación con los elementos probatorios que sumariamente acreditan la existencia del hecho y su participación en él, se emite una conclusión sobre la existencia de la peligrosidad procesal<sup>30</sup>. Este modelo argumental es sustentado, con diferentes matices, por

---

<sup>28</sup> Sobre éste tema es necesario estar precavido acerca de cómo los prejuicios pueden cobrar relevancia en todo incidente de verificación de los riesgos procesales ante el déficit de información sobre la persona del acusado. Esta problemática ha sido tratada con relación al modo en que los ciudadanos perciben la existencia de un delito, en CHRISTIE, NILS, *Una sensata cantidad de delito*, Editores del Puerto, año 2.004, ps. 5 ss..

<sup>29</sup> BOVINO señala que para von HIRSCH el porcentaje de “falsos positivos” (personas que han recibido un diagnóstico de “peligrosidad” que resultó ser falso) arrojado por el método estadístico sobre delitos graves es, al menos, del 50%. Además, indica que “... una experiencia concreta ha permitido verificar empíricamente la proporción real de fracasos de tales pronósticos. En una experiencia en la cual se realizó un estudio clínico de 800 prisioneros, se seleccionó a 77 de ellos según criterios predeterminados de peligrosidad. De esos 77, 48 de ellos fueron puestos en libertad y vigilados por un período de cinco años. En ese período temporal, sólo 9 de ellos cometieron delitos “peligrosos”. Ello significa que, si los 48 individuos considerados “peligrosos” hubieran sido encarcelados por un plazo adicional de cinco años sobre la base del pronóstico de peligrosidad, sólo habría habido una “tasa de aciertos” de 9 verdaderos positivos –alrededor del 20%–” BOVINO, ALBERTO “Contra la inocencia”, *Justicia Penal...*, cit. ps. 105 y 107.

<sup>30</sup> En la descripción intento receptor los requisitos de la tesis procesal más exigente, sin desconocer que en la práctica la evaluación de la peligrosidad procesal no supera, en ocasiones, una mera ecuación matemática sobre la

las versiones doctrinarias más restrictivas de la tesis procesal de las medidas personales de coerción.

#### **6. La relación entre el principio de inocencia y las medidas personales de coerción.**

El *sustantivismo autoritario* ha recurrido a la presunción de culpabilidad para imputar peligrosidad criminal a los acusados y a partir de ello justificar medidas protectoras de la sociedad y hasta de reinserción social de los sospechosos. Mientras, la tesis *procesal* siempre ha defendido el principio de inocencia. En éste punto, se intenta analizar si es posible separar claramente las argumentaciones justificadoras de la prisión preventiva de tipo *sustantivas autoritarias*, de aquellas de tipo *procesal*, sobre la base de que las primeras presumen la *culpabilidad* del acusado, mientras que las últimas resultarían compatibles con la presunción de *inocencia*, en tanto se funden íntegramente en la necesidad de satisfacer fines procesales.

Se adopta como punto de partida la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Suárez Rosero”<sup>31</sup>. Se sostuvo entonces que “... en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). ...”.

Es mayoritariamente reconocido que la potestad de encarcelar a una persona acusada por la comisión de un delito puede ejercerse en resguardo de los fines reconocidos en la legislación procesal penal. HASSEMER ha sostenido, entre muchos otros, que la prisión preventiva es compatible con la presunción de inocencia en tanto su dictado solo asegura el procedimiento y la ejecución de la eventual pena. Afirma que sólo quien lucha contra la

---

base de la escala penal de algún tipo seleccionado luego de una tácita valoración de la prueba, no verificándose empíricamente la llamada “peligrosidad”.

criminalidad prematuramente por medio de la prisión preventiva no respeta el principio de inocencia, porque para ello debe suponer que se encuentra firme un presupuesto del derecho penal material: la culpabilidad del afectado<sup>32</sup>.

Pero la pretensión de adherir a la *excepcional legitimación de la privación cautelar de la libertad* y simultáneamente al *principio de inocencia* resulta contradictoria, porque la tesis procesal supone efectivamente que el acusado es culpable. Esta última afirmación no es novedosa, en nuestro país fue expuesta por VÉLEZ MARICONDE: "... es evidente que si existiera semejante presunción [de inocencia] no podríamos concebir ningún acto coercitivo en contra de la persona y de los bienes del imputado, desde que la prisión preventiva, lo mismo que el procesamiento, se basan, por lo contrario, en una presunción más o menos fuerte de culpabilidad. En esto tienen razón Manzini, Mortara y Aloisi. Interpretado literalmente, el principio es absurdo"<sup>33</sup>.

La forma convencional de sortear la evidente presunción de culpabilidad consiste intentar distinguir convenientemente la pena de la medida coercitiva, pues sólo la pena resulta de la culpabilidad. En tal sentido, MAIER afirma que "... repugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal. Si ello es así, se debe poder establecer alguna diferencia de significado entre la pena y las medidas de coerción procesales, a pesar de que ambas residen en la utilización del poder estatal para privar a los individuos de facultades (libertades) que les concede el orden jurídico y de que, en muchos casos, la forma exterior de realización es similar (pena privativa de la libertad y prisión preventiva, por ejemplo)"<sup>34</sup>.

Es tradicionalmente admitido que el principio de inocencia impide la imposición anticipada de una pena al investigado. Pero también debe prohibir cualquier restricción a la libertad destinada a neutralizar la peligrosidad procesal, aunque se trate de la aplicación de algo sustancialmente diverso a las penas, como puede serlo una medida de coerción personal. Si la pena no puede imponerse antes de la sentencia condenatoria firme (porque implicaría afirmar la culpabilidad del acusado violando el principio de jurisdiccionalidad); entonces toda medida

---

<sup>31</sup> Disponible en <http://cidh.org>.

<sup>32</sup> HASSEMER, WINFRIED *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad-Hoc, año 1.998, ps. 118 y 119.

<sup>33</sup> VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *cit.*, Tomo II, p. 37.

<sup>34</sup> MAIER, JULIO B. J.. *cit.* p. 277.

cautelar que se erija frente a la supuesta peligrosidad del investigado merece el mismo reproche, pues su motivación requiere también afirmar, antes del juicio, la culpabilidad del acusado.

Según lo expresado en el apartado anterior al tratar la acreditación del peligro procesal, el razonamiento justificatorio de las medidas de coerción puede desarrollarse del siguiente modo: el conocimiento logrado acerca de la existencia del hecho y de la participación del investigado, permiten concluir provisoriamente que éste ha realizado una acción típica, antijurídica, culpable y punible. La información anterior, aunada a ciertas ficciones legales de peligrosidad (escala penal del tipo seleccionado), y al conocimiento de las condiciones personales del imputado, permiten atribuirle a éste un *estado de peligrosidad procesal* según el cual presumiblemente intentará fugarse o destruir la prueba de la acusación. En el caso, sólo la *prisión preventiva* (o cualquier otra medida de coerción personal) neutraliza la *peligrosidad procesal*, entonces, corresponde dictarla para asegurar el cumplimiento de la ley penal. El razonamiento así expuesto es excesivamente simplista, pero permitirá continuar con el análisis propuesto.

Puede observarse que el empleo de la premisa “[el imputado] ... ha realizado una acción típica, antijurídica, culpable y punible...” resulta *necesario* para concluir en la afirmación de la “peligrosidad procesal”. No es posible motivar una medida de coerción suprimiendo dicho enunciado, pues la peligrosidad sólo podría resultar de la responsabilidad del acusado.

La premisa “[el imputado] ... ha realizado una acción típica, antijurídica, culpable y punible”, sostenida con anterioridad al dictado de una sentencia firme, es la misma que se considera violatoria del principio de culpabilidad cuando se pretende fundar en ella la aplicación de una pena. Si se afirma que el principio de inocencia impide la aplicación de una pena porque ella sólo puede resultar de la culpabilidad del imputado, ello debe constituir también un obstáculo a la aplicación de cualquier medida limitativa de la libertad que pretenda contener la supuesta peligrosidad procesal, pues ésta también sólo puede resultar de la culpabilidad del imputado.

La tesis procesal pretende fundar la necesidad de las medidas de coerción reconociendo la vigencia del principio de inocencia, pero en ningún caso logra explicar que función cumpliría el mismo en el juicio de peligrosidad procesal. Si intentamos incorporarlo al argumento de la tesis procesal, según la versión dada anteriormente, deberíamos optar por vaciar de contenido al

principio, o rechazar las limitaciones a la libertad que puedan justificarse en la premisa “[el imputado] ... ha realizado una acción típica, antijurídica, culpable y punible”.

La exigencia de "mérito sustantivo", sin desconocer la función de límite para el dictado de las medidas de coerción, y aún cuando se la considere insuficiente a tal efecto, consiste precisamente en el análisis de los elementos de cargo que permiten afirmar provisionalmente la posible responsabilidad penal del inculpado. Hay mérito sustantivo cuando la valoración de la prueba permite fundar su participación responsable en el hecho. Y ello equivale a afirmar su culpabilidad con base en la valoración de la prueba.

Luego, cumplidas otras exigencias (fundamentación de la necesidad, análisis de la proporcionalidad), se emite un enunciado que afirma la peligrosidad procesal y se dicta una medida de coerción. Pero siempre antes se dijo que posiblemente el acusado sea culpable.

Para tener por acreditada la culpabilidad de la persona investigada, como la valoración de los elementos de cargo producidos hasta el momento del dictado de una medida cautelar no satisface las exigencias de calidad requeridas en la legislación formal, en tanto no aseguran la contradicción, inmediación y publicidad, toda conclusión sobre el riesgo que porta el acusado necesita apoyarse en un principio adverso al de inocencia. Una regla hermenéutica que permita suplir la deficiencia de la prueba incriminatoria, cubriendo los espacios de dudas con un manto de verdad. Una regla prescriptiva según la cual no corresponde dudar de los elementos probatorios antes de que los mismos sean sometidos al examen de la contraparte. Discrecionalmente, y a falta de mejor término, podemos llamar a ésta regla de interpretación como principio de “veracidad” de los elementos de cargo.

Si prescindimos del principio de “veracidad” no es posible sostener que urge la adopción de una medida precautoria. Esta regla de interpretación contradice al principio de inocencia, pues el mismo impone que la construcción de un enunciado descriptivo de los acontecimientos históricos se sometan a estrictas reglas de control de calidad.

Cuando afirmamos antes del juicio que el acusado es culpable, ¿qué diferencia hay si fundamos en ello una pena o una medida cautelar?. En todo caso la violación del principio de inocencia deviene de limitar su libertad arguyendo que la prueba producida hasta el momento es válida antes de haber permitido el ejercicio de las garantías procesales.

El principio de *veracidad* de la prueba incriminante es condición de procedencia de las medidas personales de coerción tendientes a evitar que el acusado atente eventualmente contra

ciertos fines adjetivos. El encarcelamiento cautelar asegura el proceso penal frente a los peligros que representa una persona que por considerársela culpable se le atribuye un interés contrario a los fines del proceso.

Si se pretendiera sostener que la peligrosidad no resulta necesariamente del principio de veracidad, si nada se afirma sobre la participación del investigado en el hecho, desembocamos en la *duda* sobre la peligrosidad procesal. Si se sostiene luego que ante la *duda* es necesario resguardar el proceso con la prisión preventiva en aras de asegurar una función estatal tan importante como la persecución del crimen, la duda es siempre sobre la inocencia o la culpabilidad, y si justificamos la neutralización de la peligrosidad, porque siempre existe la posibilidad de la condena, lo que estamos afirmando es que “el acusado tal vez sea culpable”.

Si lo anterior es correcto, las interpretaciones restrictivas de la tesis procesal probablemente no reconozcan sus fundamentos en el *principio de inocencia*, pues este implicaría llanamente la deslegitimación total de las medidas que neutralizan la peligrosidad restringiendo la libertad del acusado. ¿Por qué las escalas penales son ahora insuficientes para acreditar la peligrosidad procesal, pero la prueba reunida hasta el momento si puede serlo?. La motivación de las posiciones más restrictivas tal vez pueda explicarse como un intento de solución a la grave situación carcelaria por la que atraviesa nuestro país, con prescindencia de cualquier razón teórica.

No existe la posibilidad de una interpretación armónica entre el principio de inocencia y el sostenimiento de la culpabilidad del acusado. Ambas premisas se excluyen recíprocamente y la omisión de considerarlas impide motivar cualquier decisión respecto de la peligrosidad del acusado. Asignándole valor al principio de inocencia en la valoración de la prueba reunida antes del debate, ninguna restricción a la libertad puede justificarse con el fin de neutralizar la *peligrosidad* atribuida a la persona sometida al proceso penal.

### ***7. La hipótesis de culpabilidad.***

Ahora bien, lo anterior no significa que no sea posible formular una hipótesis acerca de la culpabilidad del acusado. A tal fin, ciertamente el precario conocimiento que se tenga sobre la existencia del hecho y la participación de la persona investigada constituyen parámetros de valoración muy significativos, así como también es importante tener presente la cuantía de la sanción penal eventualmente aplicable, pero no para materializar la hipótesis adoptando

restricciones a la libertad con el objeto de neutralizar una supuesta la peligrosidad procesal que sólo puede resultar de la acrítica valoración positiva de todo elemento de cargo; sino para tomar decisiones acerca de la cualidad y cantidad de las medidas, no ya restrictivas de la libertad del imputado, sino de tutela respecto de las personas o bienes que resultan necesarias para asegurar el proceso.

El riesgo, entendido como proximidad a un acontecimiento nocivo, puede surgir de un eventual comportamiento del acusado, o cualquier otra persona que intente frustrar la investigación. En ambos supuestos no parecen haber objeciones a la adopción de medidas preventivas en favor de personas o bienes que pueden resultar afectados. Pero éste *riesgo* debe ser cuidadosamente diferenciado de la *peligrosidad procesal*. La llamada peligrosidad puede importar un riesgo para un proceso, pero en tanto la misma es inverificable, la imposición de restricciones a la libertad se halla obstaculizada por el principio de inocencia. Pero si el *riesgo* puede ser neutralizado sin afectar los derechos de ninguna persona, no parece que pueda encontrarse en ello una valla constitucional. Para mensurar el nivel de riesgo parece admisible que se recurre al caudal de información existente sobre la persona del acusado, mientras no se restrinja su libertad.

Entre el principio de veracidad de la prueba que subyace en las medidas de coerción para sostener la presunción de culpabilidad, y la hipótesis de culpabilidad que permite adoptar motivadamente medidas de protección de los fines procesales existe una diferencia substancial: el principio de veracidad de la prueba y la consiguiente presunción de culpabilidad no pueden coexistir con el principio de inocencia porque niegan sus efectos, en cambio, la hipótesis de trabajo acerca de la culpabilidad, empleada como fundamento de medidas tutelares de los fines procesales, puede ser admitida junto al principio de inocencia – sin el cual no es posible imaginar el funcionamiento del sistema penal – porque permite que éste se materialice plenamente asegurando al acusado que las restricciones a los derechos que deba soportar no estén enderezadas a neutralizar la peligrosidad procesal que se le atribuye, sino acotada a asegurar estrictamente la realización de ciertos actos procesales, en tanto ello importe una razonable regulación de sus derechos hasta que su situación se dirima en el juicio.

Entonces, es necesario volver sobre la cita de VÉLEZ MARICONDE “... si existiera semejante presunción no podríamos concebir ningún acto coercitivo en contra de la persona y de los bienes del imputado, desde que la prisión preventiva, lo mismo que el procesamiento, se

basan, por lo contrario, en una presunción más o menos fuerte de culpabilidad. En esto tienen razón Manzini, Mortara y Aloisi. Interpretado literalmente, el principio es absurdo”. A la luz de las consideraciones anteriores, parece desacertada la afirmación en cuanto asigna a la presunción de inocencia el efecto de impedir la aplicación de todo acto de coerción. El mentado principio sólo impide la aplicación de medidas que pretendan neutralizar eventuales acciones resultantes de la peligrosidad procesal. Sin perjuicio de ello, la investigación penal debe estar orientada, necesariamente, por una hipótesis de trabajo que afirme la culpabilidad del investigado. Pero la hipótesis de trabajo es siempre provisional y sólo puede ser confirmada durante el debate oral y público. El progreso del sumario precisa de hipótesis investigativas acerca de la responsabilidad penal del acusado, pero el principio de inocencia impide que éstas sean empleadas para restringir su libertad.

#### ***8. La relación entre las penas como instrumento de defensa social y las tesis procesales.***

Las medidas de coerción pueden entenderse también como un reflejo de las penas fundadas en el concepto de peligrosidad criminal o temibilidad, destinadas a defender la sociedad. En efecto, una vez adoptada alguna definición de *peligrosidad criminal*<sup>35</sup>, por ejemplo aquella que sostiene que “es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo...”<sup>36</sup>, basta con limitar la referencia a la potencialidad de causar mal, a los fines de la investigación para observar que la tesis procesal utiliza una matriz conceptual semejante al sustantivismo autoritario. Pues, en definitiva, quien legitime una medida de coerción lo hará anticipándose a cierta cuota de mal “procesal” que hay que temer por parte del acusado.

Existe una llamativa semejanza entre la *defensa social* como fundamento de las llamadas *medidas tutelares y aseguradoras*<sup>37</sup> para neutralizar la *peligrosidad criminal*, y la

---

<sup>35</sup> Cabe tener presente que el concepto de peligrosidad nunca encontró una definición precisa, habiéndose afirmado que “... de un modo definitivo, y a priori, ni los juristas, ni los psiquiatras, ni los pedagogos, *nadie en suma, es capaz de formular un juicio incommovible sobre la temibilidad de un hombre*” LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, *El estado peligroso*, Imp. Pueyo, 1.922, ps. 38/39, citado por DONNA, EDGARDO ALBERTO, *La peligrosidad en el derecho penal*, Astrea, año 1.978 p. 33.

<sup>36</sup>GAROFALO, *cit.*, p. 258.

<sup>37</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASUA señaló al tratar el “derecho penal del futuro” que en el auténtico porvenir una disciplina que ni por conservar el nombre histórico podría seguir llamándose Derecho Penal, sustituiría las penas

*tutela del imperio de la ley penal* como fundamento de las *medidas de coerción* para neutralizar la *peligrosidad procesal*. La tesis *procesal* abrega en las fuentes del derecho penal de autor, tiene los mismos fundamentos que las concepciones *sustantivas autoritarias* y solo se diferencia de éstas en cuanto limita las *medidas de seguridad*, ahora denominadas *medidas de coerción*, al único fin de la *defensa procesal*. Este tipo de justificación de las medidas de coerción se presenta como una variante acotada de los conceptos de *defensa social*, *medidas de seguridad* y *estado peligroso*.

Sin embargo, lo anterior no significa que la tesis procesal haya sido engendrada por las concepciones sustantivas autoritarias más recientes, ya que la justificación de la prisión preventiva puede encontrarse en la mayoría de los exponentes de la Ilustración<sup>38</sup>. Al analizar los fines del proceso recordamos que en el año 1.764 BECCARIA afirmaba que “... El rigor de la cárcel debe ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”. El peligrosismo procesal como fundamento legitimante de la privación cautelar de la libertad subyace, en tal justificación.

### **9. Semejanzas entre las medidas de seguridad y la prisión preventiva.**

Es posible también trazar un paralelo entre los fundamentos de las medidas de seguridad y los de la prisión preventiva, pues las descripciones de uno valen para el otro, a condición de que se reemplacen los bienes considerados en cada caso.

A modo de ejemplo, tomamos las consideraciones de MANZINI: “Las medidas de seguridad no tienen propiamente carácter de sanciones jurídicas, porque no están dispuestas para hacer obligatoria la observancia de un precepto, no siguen necesariamente a la declaración de una responsabilidad jurídica, no constituyen reacción proporcionada de justicia como castigo de un hecho, no excluyen, por lo regular, la discrecionalidad y la revocabilidad sino que están establecidas en consideración a un peligro social presumido por la ley o comprobado por el juez y son modificables y revocables”<sup>39</sup>. Si reemplazamos los términos “seguridad” por

---

respondiendo a cada sujeto peligroso con una *medida tutelar aseguradora*, la pena no será tal, no podría tratársela *a priori* y todos los medios que se empleen serán de duración indeterminada. *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Tomo II, año 1.992, ps. 214 y 215.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, LUIGI *cit.*, p. 552.

<sup>39</sup> MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de Santiago Santis Melendo, Tomo IV, Ediar, año 1.949, p. 260.

“coerción” y “social” por “procesal”, obtenemos un fundamento que bien podría sustentar una teoría procesal de las medidas de coerción, a lo que cabría luego adicionarle algunos principios limitadores para ponerla en pie de igualdad con la moderna tesis procesal de las medidas de coerción.

### ***10. Semejanzas entre la prisión por tiempo indeterminado y la prisión preventiva***

Entre la *peligrosidad criminal* y la *peligrosidad procesal* como presupuestos de las *medidas de seguridad* y la *prisión preventiva*, respectivamente es posible considerar otra semejanza. Tanto el Código Penal como distintos códigos procesales locales<sup>40</sup> al momento de regular el modo de comprobación de la peligrosidad utilizan el sistema de prueba legal tasada, atemperado excepcionalmente por el de la sana crítica.

Siguiendo a MARTEAU, debemos tener presente que cuando la noción de *estado peligroso* se convirtió en un concepto relevante para determinar el riesgo que un acusado importa para la sociedad, se debatió si dicha noción podía convivir con las figuras delictivas, o si éstas debían ser abolidas. La solución de consenso hallada fue la siguiente: “.. la fórmula del estado peligroso debe estar representada en la ley penal a través de una serie de categorías que indique qué sujetos pueden ser considerados productores de riesgo social (‘aquellos que han cometido varios crímenes’, ‘aquellos cuyos hábitos dejan presumir que cometerán delitos’, ‘aquellos que tienen una predisposición natural al crimen’, etc.) Estas categorías a la vez que evitarán el arbitrio judicial, serán una buena guía para que el juez llegue a una decisión defensiva.”<sup>41</sup>.

El primero de estos indicadores de riesgo social (‘aquellos que han cometido varios crímenes’) es muy parecido a lo que finalmente es receptado en el Código Penal, cuyo artículo 52°, prevé la medida de seguridad de reclusión por tiempo indeterminado cuando la *peligrosidad criminal* se manifiesta por la múltiple reincidencia.

---

<sup>40</sup> Artículos 316° del Código de Procesal Penal de la Nación, 291° del Código de Procedimientos Penal y Correccional de la Provincia del Neuquén y 297° del Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro.

<sup>41</sup> MARTEAU, JUAN FÉLIX, *Las palabras del orden, Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires 1880-1930)*, Editores del Puerto, año 2.003, ps. 148 y 149.

Por su parte, los códigos procesales impiden la libertad caucionada, entre otras razones, mediante una presunción de *riesgo procesal*<sup>42</sup>. La escala penal no es sino un indicador de la peligrosidad del acusado.

Cabe pensar que el recurso al obsoleto sistema de la prueba legal tasada obedece en ambos casos a la necesidad de superar las dificultades del sistema de la sana crítica racional para predecir lo impredecible: la *cantidad de mal que hay que temer por parte del delincuente*, para decirlo en términos de GARÓFALO. Advertida la dificultad de probar la peligrosidad - criminal o procesal - los códigos penal y procesales sortean el problema concediendo valor probatorio a la *reincidencia* múltiple y a la *calificación legal*.

### ***11. Entorpecimiento de la investigación y fines mixtos de las medidas de coerción.***

Otro aspecto conflictivo de la tesis procesal de las medidas de coerción resulta de considerar las conductas que se pretende neutralizar. Se sostiene que las medidas cautelares no deben fundarse en fines sustantivos, es decir, no pueden perseguir los mismos objetivos que la pena, y ello significa que no pueden constituir un mero castigo, ni una medida de prevención general o especial, ya sean éstas negativas o positivas<sup>43</sup>, ni un esfuerzo por *restañar* el quebrantamiento de la norma<sup>44</sup>.

Repetidas veces se dice que ninguna medida cautelar debe motivarse en la conocida “necesidad” de neutralizar la “peligrosidad criminal” del acusado, es decir, no puede ser una medida de defensa social. Mientras se afirma tenazmente que no es posible perseguir un fin sustantivo con las medidas cautelares, también se sostiene que *una* de las dos razones válidas para restringir la libertad del imputado consiste en evitar que éste pueda obstaculizar la investigación del ilícito que se le atribuye<sup>45</sup>.

Pero apenas intentamos imaginar ejemplos de probables modos de obstaculización de una investigación criminal, resulta inmediatamente que se trata en muchos casos de conductas

---

<sup>42</sup> A partir de los precedentes “Suárez Rosero”, “Barbará” y “Macchieraldo” - entre muchos otros - el sistema de prueba legal tasada para la acreditación del peligro procesal comienza a ceder importancia en favor del método de la sana crítica racional, en cuanto se entiende que las presunciones admiten prueba en contrario.

<sup>43</sup> Para una síntesis de las teorías de la pena puede consultarse la obra de BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, año 1.999, ps. 29 y ss..

<sup>44</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo, primera reimpresión, año 2.004, p. 61.

<sup>45</sup> Debe recordarse que, entre los procesalistas, BINDER tiene una opinión contraria *cit.*, p. 199.

descriptas en diversos tipos penales. Por ejemplo, teniendo en consideración sólo las conductas reprimidas en el Código Penal, y sin pretender ser exhaustivo, un acusado puede obstaculizar la investigación mediante las siguientes conductas típicas:

- a) Matar al potencial denunciante, testigos, peritos, agentes policiales, funcionarios, magistrados, etcétera, para ocultar un delito o evitar la producción de la prueba. La conducta constituye un homicidio *criminis causa*, previsto en el artículo 80 inc. 7° del Código Penal.
- b) Lesionar leve, grave o gravísimamente a cualquier persona que deba participar en el proceso: lesiones *criminis causa* (art. 92 del Código Penal).
- c) Efectuar disparos contra una persona sin hierirla con el fin de procurar su impunidad: abuso de armas *criminis causa* (arts. 104 y 105 del Código Penal).
- d) Privar ilegítimamente de libertad a una persona para obligar a un testigo a no declarar: secuestro coactivo (art. 142 bis del Código Penal).
- e) Inferir amenazas a un testigo para que no declare: coacción (art. 149 bis segundo párrafo y 149 ter del Código Penal).
- f) Intimidar a un tercero para que le entregue elementos que puedan constituir prueba de cargo: extorsión (arts. 168 y 169 del Código Penal).
- g) Sustraer, ocultar, o mutilar las actuaciones policiales o judiciales: defraudación procesal (art. 173 inc. 8° del Código Penal).
- h) Destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar un bien total o parcialmente ajeno que pueda servir de prueba: daño (arts. 183 y 184 inc. 3° del Código Penal).
- i) Emplear fuerza o intimidación contra un funcionario para exigirle que no produzca prueba de cargo, utilizando o no armas, o con el concurso de tres o más personas, u otras agravantes: atentado contra la autoridad (arts. 237 y 238 del Código Penal).
- j) Resistir o desobedecer a un funcionario público: resistencia a la autoridad (art. 239 del Código Penal).

- k) Estorbar a un funcionario público para impedir que cumpla un acto propio de sus funciones: turbación funcional (art. 241 inc. 2° del Código Penal).
- l) Violar los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o identidad de una cosa: violación de sello (art. 254 del Código Penal).
- m) Sustraer, ocultar, destruir o inutilizar dolosamente objetos destinados a servir de prueba, la conducta es penada también si el tipo objetivo se realiza negligentemente: destrucción de prueba (art. 255 del Código Penal).
- n) Dar u ofrecer dádivas a un funcionario público para que haga, retarde, o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o para que haga valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, para que éste haga, retarde, o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o para que emita, dicte, retarde u omita dictar una resolución, fallo, o dictamen en asuntos sometidos a su competencia: cohecho activo (art. 258, en función de lo previsto en los arts. 256, 256 bis y 257 del Código Penal).
- o) Otorgar u ofrecer dádivas a un funcionario público (art. 259 del Código Penal).
- p) Transgredir una inhabilitación dispuesta cautelarmente<sup>46</sup>: quebrantamiento de inhabilitación (art. 281 bis del Código Penal).
- q) Hacer un documento falso o adulterar uno verdadero para procurar su impunidad: falsificación de documentos (art. 292 del Código Penal).
- r) Suprimir o destruir un documento para procurar su impunidad: destrucción de documentos (art. 294 del Código Penal).

Algunos de los ejemplos pueden resultar acciones inculpables, como el ocultamiento de bienes destinados a servir de prueba, pero creo que en todos los se trata de comportamientos típicos y antijurídicos.

Es claro que el acusado puede también realizar muchas conductas *atípicas* que entorpezcan la investigación<sup>47</sup>, tales como la influencia que puede ejercer sobre los testigos

---

<sup>46</sup> Aunque en función del nombre del capítulo, resulta cuestionable si el quebrantamiento de una inhabilitación judicial no punitiva resulta comprendida en la conducta típica descrita.

respecto de los cuales se tiene cierta ascendencia, por ejemplo en el ámbito de las relaciones laborales, familiares o sociales. También puede teñirse el pelo, operarse las amígdalas para cambiar el tono de voz cuando ésta fue grabada, cambiar de cualquier forma la fisonomía, etc..

Con excepción de los supuestos señalados anteriormente, toda vez que el temor de entorpecimiento trasunte por el eventual riesgo de comisión de un ilícito, el fundamento de las medidas cautelares no puede diferenciarse del temor a que el imputado cometa ciertos delitos, de lo que resulta que la medida cautelar que en tales casos impide la afectación de la investigación por parte del imputado, constituye también una medida de seguridad que neutraliza su peligrosidad criminal.

Si lo anterior es correcto, los sostenedores de la legitimación procesal de las medidas de coerción deberían admitir que estas son, en ocasiones, un instrumento de defensa social.

Puede cuestionarse en tales casos la designación de las medidas cautelares como meramente “procesales”. Resultaría más acertado clasificar las medidas fundadas en el peligro de entorpecimiento de la investigación, separando las que pretenden inocuizar acciones *atípicas*, de aquellas que neutralizan acciones *típicas*. Las primeras serían estrictamente “procesales”, mientras, las segundas podrían llamarse “mixtas”, denominación que denota sus elementos “procesales” y “sustantivos”. Estas últimas deberían ser tachadas de inconstitucionales incluso por los partidarios de la tesis procesal, porque supeditan la libertad de una persona –amparada por el principio de inocencia- a la satisfacción de demandas sociales de seguridad. Esta contradicción debería ser abordada por quienes consideran legítima de imposición de medidas de coerción y sostienen además que su única justificación radica en la satisfacción de fines procesales.

### ***12. Relatividad de las nociones de “peligrosidad procesal” y “fines procesales”.***

Apartándome un poco del objeto del trabajo –en lo que constituye una crítica más al modo en que se toman judicialmente las decisiones acerca de la privación cautelar de la libertad- cabe destacar que el *estado de peligrosidad procesal* no necesariamente refleja una probabilidad positiva de riesgo porque, como se sostuvo antes, se funda en la valoración que el juez realiza sobre la base de elementos probatorios no sometidos a las reglas del juicio oral y

---

<sup>47</sup> Les debo los ejemplos a VÍCTOR CERRUTI y OSCAR PANDOLFI.

público, y que solo se encuentran destinados a motivar el requerimiento acusatorio. A lo anterior la dogmática penal aporta algunas complicaciones, pues el sistema negativo de comprobación<sup>48</sup> que gobierna sus categorías lleva a sostener, bajo ciertas condiciones materiales, que el acusado cometió una acción, típica (subjektivamente), antijurídica, culpable y punible salvo que demuestre lo contrario.

Con estas reglas hermenéuticas, podemos explicar apresuradamente la peligrosidad del investigado, pero tal conclusión es más un producto del modelo de interpretación empleado que un enunciado descriptivo de la realidad.

Al tratar la definición de los fines procesales observamos que la doctrina ha reconocido a la libertad como un fin que debe sobreponerse a la potestad investigativa del Estado y ello bastaría para condenar a la tesis procesal de la prisión preventiva. Sin perjuicio de lo anterior, puede ser de alguna utilidad señalar que cuando se esgrimen en abstracto los fines adjetivos se está haciendo referencia a una versión ideal no reflejada en la práctica cotidiana.

Cuando se limita la libertad en nombre de la protección de la producción de la prueba, no se considera que tantos o más escollos que los temidos de parte de los acusados pueden encontrarse en otras personas convocadas al proceso<sup>49</sup>, en la propia legislación adjetiva o en los operadores del sistema penal. Es frecuente observar que la prueba producida durante la instrucción no respeta rigurosamente las reglas impuestas como condiciones de su validez (por ejemplo: se confunde frecuentemente entre *operaciones técnicas*, cuya realización se halla encomendada a la policía, y *prueba de pericias*, sometida a un régimen que asegura la participación de la defensa; muchas declaraciones indagatorias y testimoniales son tomadas por empleados y no por los jueces; los secretarios certifican actuaciones labradas por otros durante su ausencia como sucedidas en su presencia; en oportunidades se viola la cadena de custodia de efectos secuestrados y luego se los hace valer en el juicio; no siempre se corre traslado de la designación de peritos a la defensa; en la etapa de instrucción se observa en ocasiones que no existe simetría entre los criterios de admisión de la prueba propuesta por ambos ministerios; en

---

<sup>48</sup> Caricaturizando la teoría del delito, podemos afirmar que hay *acción*, salvo que se pruebe una causa de exclusión; el *dolo* puede deducirse de la existencia del tipo objetivo; hay *antijuridicidad*, si no se prueba una causa de justificación; hay *culpabilidad*, excepto que se pruebe incapacidad o una causa de irreprochabilidad y finalmente, la conducta es *punible* a menos que se acredite una excusa absolutoria.

<sup>49</sup> MAIER, JULIO B. J. , *cit.*, p. 279.

los procesos mixtos la decisión sobre la calidad de la acusación es adoptada por el mismo Juez que ordenó producir la prueba; etc.).

Lo anterior parece reflejar la existencia de una especie de obsesión por la profilaxis de la prueba cuando se sospecha que el acusado puede constituir un agente portador de riesgos. Pero no se es tan exigente cuando la calidad de la prueba puede verse degradada por la deficiencia legislativa o por el propio accionar de los funcionarios policiales o judiciales.

Similares observaciones pueden realizarse respecto del fin de asegurar la aplicación de la norma: estadísticamente el sistema penal logra dictar sentencia respecto de una porción insignificante de los casos ingresados<sup>50</sup>. Pretender erigir la necesidad de aplicación de la ley penal en un principio limitador de la libertad (cuando la realidad demuestra que su vigencia parece ser excepcional) es nuevamente un criterio que solo logra acentuar los problemas de la selectividad, sin aportar eficiencia al funcionamiento del sistema penal. Ello desatiende, además, el hecho significativo de que la enorme mayoría de las personas privadas preventivamente de libertad no cuentan con medios para impedir que las diversas agencias del sistema penal logren producir prueba incriminante<sup>51</sup> y asegurar la ejecución de una pena privativa de la libertad.

### ***13. Conclusiones.***

Ninguna legitimación de las medidas de coerción destinadas a neutralizar la peligrosidad procesal es compatible con el principio de inocencia. Solo puede explicarse como un intento de adecuar la respuesta de las instituciones que conforman el sistema penal a las demandas de justicia provenientes de algunos sectores de la opinión pública que observan en la prisión preventiva y otras medidas de coerción, instrumentos de materialización de alguna concepción de justicia extraña a nuestra legislación constitucional.

La tesis procesal de la prisión preventiva –mayoritaria en la doctrina y tal vez unánime en la jurisprudencia– se construye valorando positivamente la información agregada de modo

---

<sup>50</sup> Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, entre los años 1.983 y 1.997, según la Suprema Corte, el índice de resolución (consistente en el porcentaje anual de causas sentenciadas sobre el total de causas iniciadas) se redujo del 7,3 % al 2,5 %. CELS, *Políticas de seguridad ciudadana y justicia penal*, Siglo XXI, año 2.004, ps. 49.

<sup>51</sup> BINDER, *cit.*, p. 199.

preliminar al proceso, contraviniendo así el principio de inocencia en tanto son desatendidas las condiciones de verificación de dichas pruebas.

Si se reúne información que permita sostener la probabilidad de la futura afectación a los fines del proceso, puede justificarse la adopción de medidas protectoras de bienes y personas en cuanto ello no importe restringir la libertad del imputado. Si una persona acusada pretende superar los dispositivos de protección de los fines procesales es admisible contrarrestar su accionar actual o inminente mediante el razonable ejercicio de la fuerza o con la mínima restricción a su libertad. Pero es ilegítima toda limitación a los derechos del acusado fundada en la prevención de futuras e indeterminadas conductas.

Finalmente, es necesario reiterar que los fines procesales deben ser también protegidos de riesgos tan nocivos como la eventual acción de los acusados, tales como la inadecuada regulación de los procesos penales, la falta de capacitación de algunos funcionarios y magistrados y la dependencia interna y externa del poder judicial, por nombrar solo algunos vicios a los que en mayor o menor medida todos nos encontramos expuestos.