

El espejo de Alicia otra vez: las garantías constitucionales operan en contra del imputado

María Marta Contreras Cuenca¹

SUMARIO: I.- Inconstitucionalidad del Art. 237 del NCPPT; II.- La presunta colisión normativa con el Art. 18 de la CN y los Tratados Internacionales; III-La posibilidad de acarrear la responsabilidad internacional por el uso indebido de la prisión preventiva; IV-Colofón.

RESUMEN: Se cuestiona la declaración de Inconstitucionalidad dispuesta de oficio por un juez de garantías de la provincia de Tucumán, respecto del Art. 237 del Nuevo Código Procesal Penal de Tucumán. El magistrado considera que esta norma, que constituye un valladar a la aplicación de la prisión preventiva para los supuestos que prevé, atenta contra el Art. 18 de la Constitución Nacional y Pactos Internacionales.

PALABRAS CLAVE: inconstitucionalidad- Artículo 237 NCCPT- Derecho al Debido Proceso-Responsabilidad Internacional del Estado Argentino

¹ Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Tucumán y Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia. Magistrando en Relaciones Internacionales y Política Exterior. Defensora Oficial en lo Penal.

I.- Inconstitucionalidad del Art. 237 del NCPPT

Decía Eduardo Galeano que, si Alicia viviera entre nosotros, no necesitaría atravesar ningún espejo para ver el mundo al revés: le bastaría con asomarse a la ventana².

Así pues, en la provincia de Tucumán, un magistrado del fuero penal dicta resoluciones en todas las audiencias en las que interviene, declarando de oficio la inconstitucionalidad del Art. 237 del NCPPT³, por considerar que esta norma colisiona con el “derecho al debido proceso” contenida en el Art. 18 de nuestra Carta Magna. Y, consecuentemente, dispone las prisiones preventivas de los imputados, aún en los casos en que la pena en expectativa fuera tan leve, que, en el peor de los casos accedería a una condena de ejecución condicional. Mujeres, ancianos, ninguno escapa a esta dura retórica anticonvencional.

No se trata de una cuestión menor, no solamente porque se cercena uno de los derechos más preciados del individuo, como lo es el transitar en proceso en libertad; sino porque tales resoluciones son susceptibles de acarrear la responsabilidad internacional del Estado Argentino, por transgredir disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la jurisprudencia rectora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a. Fundamentos

A guisa de ejemplo, uno de los cuestionados fallos reza:

“La prohibición impuesta por el legislador local de imponer la improcedencia de la prisión preventiva a una persona mayor de 70 años (Art. 237 inc. 3 NCPPT), sumado a la posibilidad de recaer pena de cumplimiento condicional (Art. 237 inc.2 NCPPT), violenta las previsiones de la Constitución Nacional y no resulta armónica, por un lado, con las previsiones de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores en su art. 13; y por el otro con el Art. 7 de la Convención de Belem do Para.

² Galeano, Eduardo. “Patás arriba. La escuela del Mundo al revés. “Siglo XXI Editores.1998

³ Ley n° 8933

Específicamente, en ambos casos, hacer lugar a la libertad irrestricta impuesta por el legislador pone en el caso concreto en riesgo la realización de un debido proceso legal, en el sentido de cercenar la posibilidad de llegar a un juicio y alcanzar una solución en el caso concreto en virtud de la existencia de un riesgo de amedrentamiento a la víctima para que se comporte de manera reticente en el proceso. Lo expuesto no significa vulneración alguna a ninguna garantía constitucional, pues la razonabilidad de la prisión preventiva no debe estar vinculada a supuestos genéricos no analizables en cada caso concreto, sino que debe estar limitado a la existencia de riesgos procesales específicos, ello sin perjuicio del análisis sobre la proporcionalidad en cuanto a su duración, no pudiendo sortear esa situación por una prognosis negativa de pena en esta instancia inicial” (...)⁴

b. De la norma cuestionada

El art. 237 del NCPPT, cuya constitucionalidad ataca el Sr. Juez, prescribe lo siguiente: *“Imprudencia de la prisión preventiva. No procederá la prisión preventiva en los siguientes casos:*

- 1) Cuando el hecho atribuido constituya un delito de acción privada o reprimido con pena no privativa de la libertad;*
- 2) Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional;*
- 3) Cuando se trate de personas mayores de setenta años, embarazadas que requieran una atención especial, madres durante el primer año de lactancia de sus hijos o personas afectadas por una enfermedad grave y riesgosa.*
- 4) No obstante, podrá ordenarse su conducción por la fuerza pública en los casos precedentes, cuando el imputado no concurra a una audiencia u otro acto en el que resulte necesaria su presencia”.*

Vemos pues, que de la simple lectura del Art. 237 CPPT, se advierte que el magistrado parte de razonamientos inversos y errados. En primer lugar, al considerar que debe imponerse prisión preventiva a un sospechoso para asegurar que la víctima no sea amedrentada, ello en cumplimiento de Pactos Internacionales, entre ellos, la Convención de Belem do Para.

⁴ Resolución de fecha 23/04/22. Legajo S-026800/2022 R.A s/ amenazas agravadas (Art. 149 bis párrafo 1 parte 2 por el Dr. Facundo Maggio.

Esta cuestión se encuentra zanjada desde antaño, puesto que la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, indicó la falibilidad de este argumento en diversos pronunciamientos, entre ellos en in re “Argañaraz”⁵:

*“(…) El a quo establece como causal de prórroga de la prisión preventiva “la prevención de riesgos futuros para la víctima”, amparándose supuestamente en las obligaciones del Estado en la Convención de Belém do Pará. Dichos argumentos son inconducentes para justificar la medida en cuestión, por cuanto el texto del código de forma (art. 284 y ctes.) es claro en establecer las causales para el dictado de una medida de excepción, como lo es la prisión preventiva. *El encarcelamiento preventivo de una persona para la “prevención de riesgos futuros para la víctima” no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal (procesal ni de fondo) *, ni una medida de semejante naturaleza puede ser interpretada de la letra ni del espíritu de normativa constitucional alguna, en particular de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (o Convención de Belém do Pará). En relación a la normativa en juego al tratarse la libertad ambulatoria de un procesado debe recordarse que el art. 3 del nuestro digesto de forma penal enfáticamente determina que las disposiciones legales que coarten la libertad personal, son de interpretación restrictiva; asimismo, el art. 272 del CPPT preceptúa que la restricción de la libertad sólo se impondrá en límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, *no pudiendo crearse nuevas causales (violencia de género) por un mero voluntarismo judicial, y más aún cuando existen medidas de prevención específicamente creadas para tales casos (restricción de acercamiento, exclusión del hogar, custodia policial, etc.”*

En segundo lugar, el Art. 237 del NCPPT es tributario del espíritu que impregna al NCPPT, cuya interpretación de antemano, está especificada en el mismo digesto procesal. Así:

El art. 1 del NCPPT establece que *“las garantías y derechos reconocidos en la CN, en los tratados internacionales con jerarquía constitucional y en la constitución de la provincia de Tucumán, son de aplicación directa, prevalecen sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía e informan toda la interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del proceso penal”*. (el subrayado me pertenece)

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Civil y Penal.S/ AMENAZA AGRAV POR USO DE ARMA DE FUEGO INCIDENTE DE PRISION DE ARGANARAZ PAULO ARNALDO. Nro. Sent: 146 Fecha Sentencia 13/03/2015

Es decir, el art. 1 nos remite a la interpretación prevista en los tratados internacionales, lo cual nos lleva, a su vez, a la aplicación del principio pro homine.

“El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”

*Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”*⁶

El Art. 4 del NCPPT- un tanto olvidado quizá en la retórica judicial que preconiza el uso indiscriminado de la prisión preventiva, so pretexto de garantizar derechos insondables a las víctimas- grita que el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso; y ello va de la mano, por supuesto, con la presunción de inocencia consagrada en el Art. 2 del citado digesto.

A su vez, el art. 5 del NCPPT establece como regla de interpretación en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales que: “las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten un derecho deberán interpretarse restrictivamente. En esta materia se prohíbe la interpretación extensiva mientras no favorezcan la libertad del imputado...” (El subrayado me pertenece)

En igual orden de ideas, el Art. 231 del NCPPT preceptúa además que las normas que permiten la restricción de la libertad son de interpretación restrictiva.

Partiendo de estas disposiciones, y si las cotejamos con toda la normativa constitucional y convencional, resulta una obviedad que la prisión preventiva

⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46.

solamente puede aplicarse en aquellos casos EN LOS CUALES EL PRONOSTICO DE PENA NO PERMITA LA APLICACIÓN DE UNA CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL, o una suspensión del juicio a prueba, u otra salida alternativa (como las establecidas en el Art. 27 ss. y cc. del NCPP que legisla los criterios de oportunidad)

La finalidad de la medida cautelar es garantizar la realización del juicio. La finalidad de la salida alternativa es posibilitar un camino distinto del juicio, que acelere los procedimientos en los que no hay riesgos ni connotaciones mayores. Entonces es un contrasentido dictar una cautelar cuando no hay juicio que asegurar.

En virtud de la proporcionalidad, no se puede recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad, tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. Igualmente se deberá considerar, en abstracto, si, de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada.⁷

En un fallo magistral, el Vocal del Tribunal de Impugnación de la provincia de Tucumán, Dr. Carlos Santiago Caramutti, explicó claramente los alcances del art. 237 del NCPPT:

“El artículo 237 de nuestro código procesal penal de Tucumán, bajo el título “improcedencia de la prisión preventiva”, enumera una serie de supuestos en los cuales no se puede aplicar prisión preventiva. Se pueden aplicar medidas de aseguramiento del proceso, medidas cautelares tendientes a asegurar el proceso, pero no la prisión preventiva. Dentro de esos supuestos, conforme al inciso segundo, si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado, pudiera resultar de aplicación una condena condicional, a excepción de determinados delitos, delitos que se excluyen que no tienen relación con este caso, e incluso esa parte hay una reforma que está vetada a ese respecto. Pero, lo cierto es que para poder analizar si corresponde la prisión preventiva y concurren los presupuestos que estamos analizando para la prisión preventiva y no para otras medidas de menor intensidad, debemos descartar que haya una prohibición. O sea, debemos descartar que el caso

⁷ CIDH. Informe N° 86/09, caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009.

encuadre en el artículo 237 -en alguno de esos supuestos-, en este caso en el artículo 237 inciso segundo. En este caso, la escala penal permitiría la aplicación de una condena condicional.

Es cierto que la aplicación de la condena condicional no es automática, debe valorarse si es inconveniente la aplicación efectiva de la pena, conforme a una serie de circunstancias. Eso se va a determinar con la mayor amplitud de debate y de fundamentación si se llega al juicio, en el momento del juicio y al momento de dictar la sentencia. en el caso de qué se encuentre responsable a la señora Gómez. Pero en esta etapa, alguna valoración y alguna fundamentación debe hacerse, conforme al hecho tal como viene fijado hasta esta instancia y con la evidencia requerida para esta instancia, si -en un pronóstico razonable- puede pensarse que la condena sería o no sería condicional.

Esto tiene que estar debidamente fundamentado en la sentencia. Así como va a tener que ser fundamentado por el juez de juicio -si esto llega al juicio-, para imponer o no en forma condicional la pena que eventualmente se imponga; aquí a los efectos del dictado de una medida de coerción de mayor intensidad como la prisión preventiva, para sortear el obstáculo de una prohibición expresa tiene que haber una argumentación suficiente, conforme a los requisitos del artículo 26 del código penal, para ver si -conforme a esos requisitos- en caso de condena, la condena podría ser o no condicional. (...)

Es muy relevante el tratamiento de esta cuestión, porque hay una prohibición expresa de aplicarse prisión preventiva si es posible la condena de ejecución condicional. Por eso dije que yo dije que iba a hacer ejercicio de mi facultad o de mi deber de control constitucional, porque entiendo que claramente el artículo 237, al prohibir en este caso la prisión preventiva (en estos casos donde es posible la condena condicional), lo que se busca o lo que se persigue es evitar que la prisión preventiva se transforme en pena, y que a título de medida cautelar no se aplique una consecuencia de privación de derechos más gravosa que la que podría eventualmente resultar en caso de encontrarse responsable la persona condenada.

O sea, no se puede privar efectivamente de la libertad a una persona por la imputación de un hecho que eventualmente en caso de condena puede llegar a ser condicional, sin por lo menos fundamentar debidamente -conforme todas las pautas del artículo 26- por qué esa condena no sería condicional, sino por el contrario efectiva. Eso no lo ha hecho la señora jueza⁸. “

⁸ Legajo: S-057367/2021-I1.Carátula: REJAS ROBERTO CARLOS - ROBERTO FERNANDO REJAS - ANA CRISTINA HINOJOSA - ALEJANDRA FELISA REJAS - DANTE REJAS - PATRICIA GOMEZ – GOMEZ LUIS EDUARDO s/ Evasión Art. 280, Favorecimiento de evasión Art. 281 - VICT.: ADMINISTRACION PUBLICA.Tipo de audiencia: Audiencia Apelación: Medida Cautelar. Fecha: 20/10/2021

Va de suyo, que el Dr. Caramutti entiende que, si no se respeta la prohibición establecida en esta norma, se estaría incumpliendo con la manda de que la prisión preventiva no debe ser la regla.

Como podrá advertirse, hasta ahora, no existe ninguna colisión del Art. 237 inc. 2 del NCPPT con el Art. 18 de la CN, ni con ninguna normativa supraconstitucional.

Jamás puede pensarse que atenta contra el debido proceso, el cual es, por definición, un conjunto de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso (valga la redundancia); y así protegerlos de los abusos de las autoridades, permitiéndoles la defensa de sus derechos.

II.- La presunta colisión normativa con el Art. 18 de la CN y los Tratados Internacionales

El Art. 18 de la Constitución Nacional (primera parte) reza: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”*.

De esto surge que, entre las garantías procesales, la Constitución consagra los siguientes principios: a) Juicio previo; b) intervención del Juez Natural; c) Ley anterior (irretroactividad de la ley); d) Inviolabilidad de la defensa en juicio; e) Declaración contra sí mismo.

Particularmente, en lo que respecta a la garantía del juicio previo, ésta no significa “preso hasta el juicio”. No se viola el debido proceso cuando el imputado lo transita en libertad, ante el peligro que se frustre el juicio; sino que significa que nadie puede ser castigado sin haber sido previamente juzgado y sentenciado mediante “el debido proceso”. Es decir, que el individuo debe ser acusado de la comisión de un hecho ilícito concreto, presentándose pruebas en su contra; y debe tener la oportunidad de defenderse alegando sus derechos y presentando las pruebas que tenga para demostrar su inocencia. Entonces, en base a estos elementos, el juez juzgará los hechos y finalmente dictará sentencia, absolviendo o condenando; solo en este último caso, mediante sentencia condenatoria surgida del debido “juicio previo”, el individuo podrá ser castigado.

El "principio de inocencia" fue formulado desde su génesis como una insignia de la libertad individual y si bien antes de la reforma Constitucional del año 1994 ya se desgranaba de nuestra Carta Magna (precisamente del artículo 18 -vinculado palmariamente al juicio previo- y 33-relacionado con las garantías implícitas-), lo cierto es que luego de ello, fue expresamente consagrado, precisamente a raíz del raigambre constitucional de las declaraciones y convenciones de derechos humanos incorporados al 75 inc. 22.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su art. 11 que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 26, expresa que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 8 inc. 2, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14 inc. 2, consagra que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Y si conjugamos toda esta normativa convencional con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre derechos humanos, que expresan específicamente que la prisión preventiva no podrá ser regla general, no podemos sino aseverar que es inadmisibles el concepto de delito no excarcelable y debe entenderse definitivamente que la excarcelación no es un beneficio, sino un derecho constitucional. Y es así que el derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso emerge de la presunción de inocencia.

Consecuentemente, si estamos prisionizando a presuntos inocentes, ello exige la aplicación de parámetros absolutamente restrictivos

A diferencia de lo que entiende el magistrado, Gustavo L. Vitale especifica que: *“el juicio previo a la pena (del que habla el art. 18 de la CN) se exige para evitar que se aplique la*

*pena previa al juicio*⁹. Y hace un parangón entre la prisión preventiva que se aplica a presuntos inocentes con el trato que se brindaba en la época de la inquisición a los sospechosos de herejía, a los cuales siempre, aunque fuera por meras sospechas, se los quemaba en la hoguera.

Este autor analiza el Art. 115 del Código Procesal Penal de Neuquén, que en su redacción es prácticamente idéntico al Art. 237 del código tucumano. Sostiene que, si bien no podemos eliminar el fenómeno de lo que él llama “prisión por sospecha”, corresponde limitarlo.

Entiende Vitale que el Art. 115 del código neuquino contiene prohibiciones absolutas de disponer la prisión preventiva del imputado en los supuestos que enumera. Es más, que en los casos de posible condena condicional le corresponde al juez, en ejercicio de la jurisdicción, ordenar la liberación automática del encartado. Inclusive, aún en los casos de que el fiscal calificara erróneamente el hecho- para sortear este valladar, el autor entiende que el juez debe ejercer el control de legalidad atendiendo a la calificación que correspondiere si ésta fuere más benigna.

III.- La posibilidad de acarrear la responsabilidad internacional por el uso indebido de la prisión preventiva

Ahora bien, dijimos que persistir en interpretaciones como las del fallo comentado, podría traer como consecuencia inflexible la declaración de la responsabilidad internacional del Estado Argentino- con las correspondientes penalizaciones-, tal como lamentablemente viene sucediendo.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Romero Feris*”, “Hernández” y “Jenkins” (todos contra Argentina) concluyó que la prisión preventiva -dispuesta en cada uno de estos casos- resultó ilegal y/o arbitraria.

En “*Romero Feris vs Argentina*”¹⁰, sentencia de 15 de octubre de 2019, la Corte IDH, específicamente en el Considerando n°92, reiteró la línea jurisprudencial que

⁹ Gustavo L. Vitale. Libertad y prisión durante el proceso. Aplicación inmediata y retroactiva del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén.

¹⁰ El 20 de junio de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el caso “Raúl Rolando Romero Feris” en contra de la República de Argentina. La controversia giraba sobre la supuesta detención ilegal y arbitraria de

venía desarrollando, respecto de cuáles son los requisitos que debía revestir la prisión preventiva para no ser considerada arbitraria, los cuales reiteraría en los otros fallos mencionados.

Así, sostuvo, que para la procedencia de esta medida cautelar era “necesario que: i). se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii). esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y iii). la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas”.

En los considerandos subsiguientes, la Corte se dedicó a explicar cada uno de estos requisitos, para que no hubiera lugar a dudas:

Respecto del primer punto, la Corte indicó que deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito. Empero, aclara específicamente que este supuesto no constituye en sí mismo una finalidad legítima para aplicar una medida cautelar restrictiva a la libertad, ni tampoco es un elemento que sea susceptible de menoscabar el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la Convención. Por el contrario, tal como lo indica el derecho comparado de varios países de la región, y del Estado argentino, así como la práctica de Tribunales internacionales, se trata de un supuesto adicional a los otros requisitos relacionados con la finalidad legítima, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, y opera como una garantía suplementaria a la hora de proceder a la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad. Asimismo, en relación con esos presupuestos, la Corte ha considerado que la sospecha o los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el ilícito que se investiga, deben estar fundados y expresados con base en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento

Raúl Rolando Romero Feris acaecida en 1999, como así también cuestionamientos sobre los recursos presentados por la defensa de éste. Además, la Comisión concluyó que a lo largo de las causas penales seguidas contra el señor Romero Feris y que fueron desestimadas

suficiente para poder llevarla a juicio. En el mismo sentido, indicó que el Tribunal Europeo ha considerado que el término “sospecha o indicio razonable” presupone la existencia de hechos o de información que un observador objetivo consideraría como suficiente indicativo de que la persona afectada puede haber cometido el delito.

Test de proporcionalidad: según la Corte es el juicio que debe desarrollar el juez al momento de dictar esta cautelar, sobre todo en virtud de que el Alto Tribunal reafirma el carácter cautelar y no punitivo de la prisión preventiva, la cual debe aplicarse excepcionalmente al ser la más severa que se puede imponer al procesado de un delito que goza del principio de presunción de inocencia. Y asevera que la libertad del procesado debe ser la regla mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

Lamentablemente la práctica judicial nos demuestra que estamos lejos de cumplir con los lineamientos de la Corte, ya que, si observamos las estadísticas, la prisión preventiva se ha convertido en la regla, mientras que la libertad durante el proceso se observa como una excepción.

Ergo, resulta claro que la interpretación que el magistrado realiza respecto del Art. 237 CPPT es claramente anticonvencional y contraria a la interpretación rectora de la Corte IDH

Para mayor abundamiento, la Corte refiere que el juez solo puede imponer la prisión preventiva cuando *“acredite que: a) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; b) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y d) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. En lo que refiere al primer punto, el Tribunal ha indicado que la medida solo se debe imponer cuando sea necesaria para la satisfacción de un fin legítimo, a saber: que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. La exigencia de dichos fines, encuentra fundamento en los artículos 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención”* (el subrayado me pertenece)

Y, particularmente haciendo referencia al artículo 8.2, la Corte destaca que el mismo contiene el principio de presunción de inocencia, por lo cual el juez debe fundar la existencia de los fines legítimos de la prisión preventiva, en base a circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

Así también, extremo olvidado por muchos, pese a que la Corte lo ha dicho en diversos fallos -y lo reitera expresamente en Romero Feris-, la gravedad del delito que se atribuye al imputado no es, por sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva. De este modo, el Tribunal considera que únicamente deben ser consideradas como finalidades legítimas de la prisión preventiva, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado, directamente establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana, y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento.

Finalmente, la Corte tiene en cuenta los desarrollos que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con la forma en la que se debe acreditar los elementos que son constitutivos de las finalidades legítimas. En particular este ha sostenido que *“[e]l peligro de fuga no puede medirse únicamente sobre la base de la gravedad de la posible pena a imponer. Debe evaluarse con referencia a una serie de otros factores relevantes que pueden confirmar la existencia de un peligro de fuga, como por ejemplo aquellos relacionados con el hogar, ocupación, bienes, vínculos familiares y todo tipo de vínculos con el país en el que está siendo procesado. También ha afirmado que el peligro de que el acusado obstaculice la conducción adecuada de los procedimientos no se puede inferir in abstracto, tiene que estar respaldado por evidencia objetiva, por ejemplo, el riesgo de presión sobre testigos o la pertenencia a una organización criminal o una pandilla.”*

En cuanto a la necesidad, la Corte recalca que únicamente el juez puede imponer esta cautelar cuando los otros medios que la ley específicamente prevé y que son menos restrictivos de la libertad individual, no sean suficientes para conjurar los riesgos procesales. Ergo, debe entenderse que el juez debe indicar razonadamente los motivos por los cuales estima que las medidas alternativas a la prisión preventiva, no podrán, per se, asegurar la comparecencia del imputado al juicio o impedir que el mismo entorpezca la investigación. Esta misma línea es seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien asevera que deben ser consideradas medidas alternativas tales como la fianza, en los términos del art. 5.3 del Convenio.

En este orden de ideas, en el considerando 108 la Corte recalca que TODO el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad se refieren a la prisión preventiva como último recurso, en tanto que las medidas sustitutivas de la prisión preventiva “se aplicarán lo antes posible”.

Específicamente en relación al caso concreto de Romero Feris, la Corte tuvo en cuenta que su prisión preventiva había sido dispuesta en virtud del peligro de fuga, el cual estuvo fundamentado en el quantum de la pena, la inminencia en la realización de los juicios y los recursos interpuestos para cuestionar la independencia e imparcialidad judicial.

En cuanto a la posible pena de 25 años de prisión que le esperaba a Romero Feris, resaltó que ésta o cualquier otra, es un criterio insuficiente para fundamentar el peligro de fuga; puesto que, de ser así, se invertiría la carga de la prueba al imputado, quien tendría que demostrar que no pretende escapar de la justicia para poder ser enjuiciado en libertad.

Asimismo, en lo que respecta al argumento de la inminencia en la realización del juicio, éste es específicamente rechazado por la Corte: *“En ese sentido, el desarrollo de las etapas procesales no puede ser en sí misma justificación de la privación a la libertad, pues de esta forma operaría como una consecuencia de todo proceso y no como una medida excepcional con carácter cautelar.”*

Precisamente, la Corte razona en forma diametralmente opuesta al magistrado, quien entiende que se frustraría el derecho al debido proceso que tiene la víctima, si el imputado permanece en libertad hasta el desarrollo del juicio.

En relación con el tercer argumento, la Corte IDH considera que *“si bien la Comisión alegó que de ninguna manera la presentación de recursos en el marco de un proceso penal puede redundar en perjuicio de la persona procesada ni ser una justificación para mantener la prisión preventiva, no fueron los recursos en sí mismos los que tuvo en cuenta el juez sino, tal como alegó el Estado, la postura del procesado respecto de la autoridad judicial. En particular, el juez tomó en consideración “las propias manifestaciones del imputado, en el sentido expreso de no sometimiento a las autoridades judiciales que habrán de resolver sobre su situación en el proceso, manifestaciones vertidas el día 27 de junio, en oportunidad de prestar declaración indagatoria ante este juzgado”. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte observa que si bien no fue la presentación de recursos el*

elemento que fundamentó la medida, lo que sin duda hubiere sido arbitrario, las manifestaciones del imputado, en las cuales indicó que “no [se va] a prestar al acto de indagatoria y [se] nieg[a] a prestar declaración de imputado ante [M.P.] por considerar que el mismo no es Juez natural para intervenir en la presente causa, ni en ninguna de las otras causas en las que [se] hall[a] imputado”, tampoco son hechos concretos y específicos que permitan demostrar la posibilidad de evasión judicial al punto que justifiquen utilizar esta medida por encima de otras que fueren menos gravosas. 118. En este sentido, la Corte encuentra que los argumentos utilizados para justificar el peligro de fuga, no están basados en hechos específicos, en criterios objetivos y en una argumentación idónea. Por el contrario, los mismos reposan en meras conjeturas a partir de criterios que no se corresponden con las particularidades del caso y que consisten más en bien en afirmaciones abstractas. Lo anterior sería indicativo de un manifiesto y notorio apartamiento de los criterios establecidos por la jurisprudencia en esta materia’.

En “*Hernández vs Argentina*”¹¹, sentencia del 22 de noviembre de 2019, la Corte IDH volvió a insistir en que, para disponerse una medida cautelar como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito. Pero, que este presupuesto no es suficiente para justificar la imposición de la prisión preventiva ni puede- per se- menoscabar el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la Convención. Si no que, “por el contrario, se trata de un supuesto adicional a los otros requisitos relacionados con la finalidad legítima, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, y opera como una garantía suplementaria a la hora de proceder a la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad. “*Así también, agregó que “la sospecha o los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el ilícito que se investiga, deben estar fundados y expresados con base en hechos específicos, esto es, no*

¹¹ El caso se relaciona con la violación a la integridad personal de José Luis Hernández mientras se encontraba privado de libertad debido a que la enfermedad que adquirió mientras estuvo detenido no se trató oportunamente, ni en condiciones de equivalencia a una persona no privada de libertad, lo cual tuvo secuelas neurológicas como la pérdida absoluta de visión en un ojo, incapacidad parcial y permanente de un brazo, y pérdida de memoria; la violación a su libertad personal y a la presunción de inocencia por ser sometido a prisión preventiva obligatoria y al estar privado de su libertad un año y seis meses en una comisaría policial; la falta de acceso a un recurso judicial efectivo para tutelar su derecho a la salud; y la violación a la integridad personal en perjuicio de su madre, la señora Raquel San Martín de Hernández, por la angustia que le provocó la privación de la libertad personal de su hijo

en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio”.

La Corte consideró que la prisión preventiva ordenada en contra de Hernández no tuvo un fin legítimo amparado por la Convención, ya que el juez en ningún momento hizo mención de la necesidad de dictar dicha medida con el fin de evitar la obstaculización del desarrollo del proceso o que se eludiera la acción de la justicia, sino que centró su argumentación en acreditar la existencia de elementos de prueba sobre la posible responsabilidad penal del imputado.

Por otra parte, en” *Jenkins vs Argentina*”, sentencia dictada en fecha 26 de noviembre de 2019, la Corte IDH también sostuvo que la resolución que ordenó la prisión preventiva de señor Jenkins careció de una debida motivación, en tanto que no expuso las razones por las cuales la medida perseguía un fin legítimo y era necesaria, idónea y proporcional a dicho fin. En consecuencia, el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los artículos 7.1, 7.3 de la Convención, en relación con el artículo 8.2 y el artículo 1.1. del mismo instrumento.

IV.- Colofón

Nuestro vapuleado art. 237 del NCPPT, lejos pues de atentar contra normativas constitucionales o convencionales, precisamente las cumple, al asegurar que personas consideradas inocentes, y a quienes tal vez nunca se les aplique pena, sean prisionizadas con fines espurios

En un corto período de tiempo, la Corte IDH dictó varios pronunciamientos sancionatorios del Estado Argentino, vinculados al uso incorrecto de la prisión preventiva. Si en vez de avanzar seguimos retrocediendo, lo único que podemos avizorar en el futuro son muchas más condenas para nuestro país.

Las garantías no deben ser resignadas ni tampoco negociadas, solo puede tolerarse la excepción, en los casos en que por su naturaleza la necesidad de restringirlas es inevitable, en pos del bien común, y no obstante ello, sea siempre bajo el cumplimiento de los requisitos de legalidad establecidos. Lo contrario solo puede configurar una eterna logomaquia, en la que las cosas son y no son a la vez.

Entonces, vemos que se declaran inconstitucionalidades de oficio para hacer jugar una garantía liminar del imputado en su contra, se hace visible en toda su expresión el mundo al revés de Galeano.

Y, si-como decía este autor - el mundo está al revés, con la izquierda a la derecha, el ombligo en la espalda y la cabeza en los pies, ¿No habría que darle vuelta para que pueda pararse sobre sus pies?