

LA INTOLERABILIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA

Por Alberto M. Binder

La prisión preventiva es la institución maldita del derecho procesal. Lo es en varios sentidos. En primer lugar porque todavía muchas de las construcciones teóricas y normativas que diseñan un proceso penal moderno, garantista y democrático se estrellan ante la realidad masiva del encarcelamiento antes del juicio, que es precisamente la negación más cabal de sus principios básicos. En segundo lugar porque no hemos hallado aún una política constante de reducción y racionalización del uso de esta institución y, por el contrario, no sabemos nunca cuando estamos a la puerta de un nuevo período expansivo. En tercer lugar porque tampoco hemos hallado aún una adecuada conceptualización teórica de una medida, una práctica y un sistema que se resiste a ser explicado con los conceptos tradicionales. En cuarto lugar porque el encarcelamiento preventivo es la gran herramienta de la selectividad hiriente que empuja a los sectores más vulnerables de la sociedad a un encierro cada día más cercano a las penas crueles e infamantes que prometimos abolir. Frente a este panorama quien diga que se trata de un mero instrumento de cautela, cierra los ojos frente a las más clara de las realidades.

En consecuencia debemos insistir en la necesidad de continuas investigaciones que nos permitan realizar hallazgos sobre su sustitución, reflexiones que nos permitan explicar con profundidad –y sin arquetipos fáciles- el funcionamiento del sistema penal y formas divulgativas que nos ayuden a cambiar los resortes de prácticas que, en definitiva, son decisiones de seres humanos concretos y cuantificables. Esto sólo es una justificación más que suficiente para esta publicación que explora el fenómeno de la prisión preventiva en el marco de los procesos de reforma de la justicia penal.

En términos generales podemos decir que existen cinco modelos teóricos de aproximación al problema de la prisión preventiva. Según el primero –de indudable base autoritaria- ella es una herramienta esencial para la política criminal; de hecho –nos dice esta concepción- la única que permite una eficacia cierta en el “combate” (el uso de palabras bélicas es también propio de estas concepciones) contra la criminalidad o la “delincuencia” ya que, en última instancia, se trata de un sector de la sociedad claramente identificable por su peligrosidad. Esta visión, que se presenta a sí misma como la única “realista” y que tiene a su favor las peores prácticas de nuestra justicia penal (reformada o no) es la que reclama que los únicos fundamentos reales de su uso son la peligrosidad del sujeto y la gravedad del hecho. Todo lo demás es teorización banal, útil para las cátedras universitarias, pero incapaz de movilizar los recursos del sistema penal en la dirección de la eficacia. Además todo “probado” por presunciones burdas que, en definitiva, se reducen al hecho de sostener que “quien fue detenido es peligroso y seguro ha hecho algo grave y debe seguir detenido”. Dicho de otra manera, “debe quedar detenido quien fue detenido”. La prisión preventiva es según esta visión la principal herramienta político-criminal de una política que no piensa en los límites, en las garantías.

En el segundo modelo, propio de la visión generalista del derecho procesal, la prisión preventiva es una decisión judicial asimilable a cualquier otra medida cautelar. Al igual que el embargo, se trata de una medida que preserva las finalidades del proceso y tiene sus requisitos, es decir, la verosimilitud del derecho y la existencia de una necesidad de cautela. Todo lo relativo al encarcelamiento preventivo puede ser explicado, en consecuencia, a base de conceptos comunes a una y otras medidas cautelares. Sin duda las analogías son claras y desde la lógica más elemental se puede

construir una clase común entre el embargo y la prisión preventiva. De hecho, a esta visión le debemos la mayor parte de las clasificaciones que todavía utilizamos sobre las medidas cautelares y constituye un avance sobre la visión anterior porque no niega las tensiones que existen frente a la libertad personal. No obstante esta doctrina ha fallado a la hora de destacar el funcionamiento central de la prisión preventiva en nuestros sistemas penales y ha sido poco permeable a dejar entrar los datos de la realidad que nos traía la criminología y el pensamiento penal crítico. Por tal motivo nutrió durante mucho tiempo la práctica de los tribunales que construían una rutina, en eso sí similar al dictado de embargos en la justicia civil.

El tercer modelo, que implica un salto cualitativo enorme, se preocupa por fijar los límites constitucionales a la prisión preventiva. Se trata de una reflexión relativamente reciente –de la mano de toda la escuela constitucional del proceso- que centra la teorización en determinar las exigencias constitucionales del encarcelamiento preventivo, tanto en sus requisitos más elementales –base de sospecha, finalidades, fundamentación- como en nuevos requisitos tales como los límites temporales, la crítica a los motivos “sustantivistas”, la revisión permanente, etc. La importancia de este modelo teórico es y ha sido enorme a la hora de diseñar nuevas herramientas y de conformar una nueva conciencia en las prácticas judiciales. El mayor y nuevo soporte que brinda a las limitaciones al encarcelamiento preventivo los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ha hecho que, en la actualidad, este modelo constituya el eje explicativo sobre la prisión preventiva. La gran mayoría de los trabajos presentados en este libro se enmarcan en esta concepción doctrinaria que todavía necesita ser precisada y expandida. Sin embargo ella todavía no ha podido contener como era esperable el fenómeno del encarcelamiento abusivo y selectivo.

El cuarto modelo parte reconoce los avances de la visión constitucional del proceso, pero destaca también que no ha podido contener con eficacia sus abusos. Por otra parte, nos señala con fuerza, tiene el costo de “hallarle” un lugar a la prisión preventiva dentro del marco constitucional y ese lugar .que finalmente funda límites débiles- se logra a costo de debilitar el derecho a un juicio antes del encarcelamiento, o debilita el principio de inocencia, etc. El único camino consiste en señalar que si una constitución sienta el principio de que nadie puede ser encarcelado sin juicio previo ello significa que la prisión preventiva no puede ser una herramienta constitucional. Se trata de una práctica ilegal del sistema, que debe ser denunciada como tal y sólo desde esa claridad y esa fuerza ella podrá ser abolida, del mismo modo que sólo cuando se consideró que toda forma de tortura era ilegal comenzó en serio su abolición, lo que no se lograba antes cuando se buscaba ponerle límites, acotarla. No existe “armonía” posible entre el derecho a juicio y la prisión preventiva.

El quinto modelo reconoce que el eje central de la Constitución gira alrededor del derecho al juicio –que constituye el derecho que estructura todo el proceso penal y sobre el cual pivota el sistema de garantías-. En ese modelo constitucional la prisión preventiva no tiene lugar, no hay lugar para una doctrina constitucional de la prisión preventiva. Se reconoce, pues, que la prisión preventiva no es una herramienta de base constitucional. Se entra en permanente conflicto con ella. Hasta allí tiene razón la cuarta teoría que “deslegitima” su uso. Ahora bien, desde esta afirmación se abren dos caminos: (i) uno, su práctica es ilegal y por lo tanto se debe combatir su uso como el de cualquier otro uso ilegal y quien sostenga esta teoría no puede pedirla ni dictarla ni admitirla; (ii) el segundo, partiendo de la intrínseca “inmoralidad” –con palabras de Carrara- se deben construir estándares de *intolerabilidad*, es decir casos en los que aquí y ahora debe cesar ya el uso de la prisión preventiva y casos de *tolerabilidad*, es decir, los casos *extremos* en los que hoy –y se trata si duda de una consideración

temporalizada, circunstanciada, no absoluta- admitimos el uso de una herramienta inmoral e inconstitucional porque todavía no hallamos el modo de dejar de hacerlo, con una justificación hiriente y doloroso, pero sin mutar su naturaleza para tranquilizarnos, para tener buena conciencia. Todo sistema de justicia penal debe trabajar día a día para aumentar los estándares de intolerabilidad, mientras justifica realmente como último recurso los casos que restan de prisión preventiva. Se trata, sin duda, de una visión menos tranquilizadora que las falsas armonías y plantea un campo de lucha en las ideas menos claro y riguroso que en el modelo anterior, pero más punzante y concreto.

Queda para otro momento la elaboración de las decenas de estándares de intolerabilidad que estoy seguro que podemos construir y de esa manera comenzar a ganar terreno frente a este fenómeno expansivo. Expansión que no sólo tiene que ver con el encarcelamiento. Durante mucho tiempo creo que hemos pensado que la expansión del poder punitivo tenía que ver, antes que nada, con el uso de la prisión preventiva. Los procesos de reforma nos están mostrando que esa hipótesis merece ser revisada, que el aumento constante de los niveles de encarcelamiento –que ahora se manifiestan bajo distintos títulos y no solo la prisión preventiva- tiene otras causas, que todavía desconocemos. Debemos pedirle a la Criminología que nos aporte nuevas reflexiones sobre la operatividad de este fenómeno, ya que las explicaciones ya dadas parecen insuficientes. Pero ello ya es otro problema.

Vemos pues que es necesario lanzar una nueva agenda de reflexión y acción sobre el encarcelamiento preventivo. Una renovación del curso de investigación y acción del “preso sin condena” que creo fue la investigación con mayor efecto en nuestro campo en las últimas décadas. Pero ella debe ser renovada en sus supuestos teóricos, en sus métodos y en sus propuestas. Esperamos que la lectura de los trabajos que me ha tocado presentar sirva como un acicate para la renovación de ideas que este campo necesita, al servicio de la vieja y siempre actual defensa de la libertad.