

Notas respecto del abordaje judicial en el control de constitucionalidad de la prisión preventiva.

El caso “Mirosevich” de la Cámara Federal de Casación Penal

Por Giorgina Dutto

I. La cuestión planteada

Después de años de discusiones, disputas, precedentes, análisis, opiniones, críticas, comentarios y propuestas legislativas, de un tiempo a esta parte parece que nada nuevo puede decirse ya de las vicisitudes en torno a la prisión preventiva. Sin embargo, día tras día se suceden en los tribunales de nuestro país planteos y fallos que vuelven sobre este tema, porque más allá de la discusión académica y doctrinaria, lo cierto es que sigue siendo uno de los principales problemas en materia de política criminal y penitenciaria, y una de las formas más duras en que a diario se ponen en juego los derechos de las personas sometidas a proceso. Esta sola circunstancia, a mi parecer, obliga a quienes trabajamos en el ámbito del derecho penal a mantener vigente el interés y la atención sobre las alternativas que presenta este controvertido instituto.

En este sentido, el fallo “Mirosevich” de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal no sólo da cuenta de la necesidad de pensar y repensar los alcances de la prisión preventiva, sino que además deja al descubierto las dispares implicancias que, en un caso concreto y para la vida y la libertad de una persona, puede acarrear la interpretación que cada juez hace de la legislación que actualmente rige en la materia.

Puntualmente, el recurso interpuesto por la defensa lleva a la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal a analizar la constitucionalidad del art. 2º de la ley 24.390 –texto según ley 25.430-, en tanto prevé que no se computen los plazos máximos de duración de la prisión preventiva previstos en el artículo 1º de la misma ley cuando ya exista una sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme. En consecuencia, el planteo se dirige a cuestionar la imposibilidad de analizar la razonabilidad del tiempo que el imputado viene sufriendo en prisión preventiva, durante la etapa recursiva.

A criterio de la defensa, dicha disposición se encuentra reñida con los artículos 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, o a ser puesto en libertad en caso contrario, conjugando estas disposiciones con el artículo 8.2.h de la referida Convención y el artículo 14.5 del Pacto mencionado, que establecen el derecho a recurrir la sentencia condenatoria. Todas ellas, normas que han adquirido jerarquía constitucional con la reforma del año 1994, por expresa indicación del art. 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional.

Enunciada la cuestión, resulta impactante la diferencia sustancial en las decisiones a que arriba cada uno de los jueces que votan en extenso en este fallo, lo que motiva el comentario que sigue.

II. Interpretación vs. argumentación jurídica

Hassemer, en su *Crítica al derecho penal de hoy*¹, se aproxima a las tensiones permanentes entre lenguaje y derecho, y advierte que una formulación legislativa deficiente puede implicar una seria afectación al principio republicano de división de poderes, en tanto obliga a los poderes ejecutivo o judicial a crear normas a través de la interpretación de aquello dicho –o no dicho- por el legislador. Sin embargo, reconoce que en la actualidad, la movilidad y los cambios propios de las sociedades modernas, demandan una adecuación permanente que sólo pueden llevar adelante los jueces. Por ello, el ejercicio de la función judicial se ha desplazado del terreno de la interpretación al de la argumentación, en pos de la identificación de lo que es -en cada caso concreto-, el derecho.

Al respecto, no puede perderse de vista que con el derecho penal el Estado concreta su faz más violenta y represiva, y por ende existen disposiciones normativas para la protección jurídica de aquél que es sometido a proceso, entre las que el autor –paradójicamente- enumera “el derecho de tratar a quien no está condenado por sentencia firme como si fuera inocente (aún frente a graves sospechas).”² De allí, la importancia de la formulación legislativa en la configuración del principio de legalidad, como principio político rector al que debe propender el derecho penal. Ahora bien, a efectos de compatibilizar el rol actual de la jurisprudencia con la necesidad de una estrecha vinculación a los textos legales, Hassemer propone abandonar las formulaciones típicas

¹ Hassemer, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

² Hassemer, op.cit, pág. 20.

de las teorías de la interpretación -a las que considera anacrónicas y de dudosa efectividad-, dando paso a una actividad profundamente argumental, que resignifique el contenido del texto legal en función de la situación concreta planteada.³

Como veremos, el caso “Mirosevich” plantea una problemática que nos permite ver concretamente, en el marco de un pronunciamiento judicial, la posibilidad de estructurar una decisión de conformidad con estos criterios.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el voto que conforma la doctrina del fallo, aborda la cuestión desde una óptica muy diferente.

III. El voto de la mayoría en el fallo “Mirosevich”

En efecto, el voto de la mayoría, al abocarse a resolver la adecuación constitucional de la prisión preventiva que viene sufriendo una persona detenida en el año 2008 y condenada en 2010, quien permanece detenida en esta instancia con motivo del recurso interpuesto contra la sentencia – cuya sustanciación, evidentemente, ha demandado más de dos años-, elige realizar una significativa advertencia. Al respecto, señala que la cuestión será resuelta teniendo en cuenta (i) que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de extrema gravedad institucional, que obliga a los jueces a ejercer tal atribución con sobriedad y prudencia, cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución; y ii) que el recurrente no logra demostrar la incompatibilidad constitucional que alega, que el ejercicio de los derechos y garantías individuales no son absolutos, y que su ejercicio está sometido a las leyes que los reglamenten.

Entiendo que, muy por el contrario, ante una situación como la planteada, el posicionamiento del juez debería ser diametralmente diferente, ya que como punto de partida es imperioso estar alerta, e interpelar al texto legal que condiciona en modo alguno la libertad de la persona

³ En palabras del autor, resulta “productivo considerar, por ejemplo, las ‘reconstrucciones’ de la ley orientadas a las consecuencias por medio de la jurisprudencia, a la que se debe una estrategia bien intencionada de adaptación del sistema de justicia moroso a los rápidos cambios sociales, y que para estos fines trata a la ley más como un estímulo que como un límite para la decisión jurídica del juez”, op. cit., pág. 26.

sometida a proceso, que es el principio constitucional que debe informar la producción normativa de inferior jerarquía.⁴

En efecto, más allá de las cuestiones coyunturales que puedan traerse a colación para graficar que el presente supuesto es uno más entre los muchos que a diario se verifica en el sistema penal, lo cierto es que, teniendo en cuenta la función asignada a los jueces, es un caso que debería generar una luz de alarma. Al respecto, no puede perderse de vista que se verifica una situación ininterrumpida de detención preventiva durante casi cinco años, cuya razonabilidad respecto del tramo correspondiente a la etapa recursiva no podrá analizarse -en virtud de la norma cuestionada-, por existir una sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

En cuanto a la aludida imposibilidad de demostrar en el caso concreto la inconstitucionalidad que alega, no puede perderse de vista que, para la interposición de un planteo de inconstitucionalidad, “se le exige al justiciable que demuestre de manera cierta y no presunta la existencia de un interés jurídico concreto -lesionado o de inminente lesión-, cuya tutela exige la actividad jurisdiccional”⁵. Ello se encuentra cumplido en el caso, y teniendo en cuenta el esquema de control de constitucionalidad previsto en nuestro ordenamiento jurídico, es presupuesto suficiente para que los jueces se adentren al análisis de la compatibilidad constitucional de aquella disposición que contraría el interés alegado, y procedan de acuerdo a su percepción en pos de la tutela del mismo.

Como pauta orientadora, cabe recordar que el ejercicio de la jurisdicción constitucional implica, además del control de constitucionalidad de disposiciones normativas de rango inferior, la protección y satisfacción de derechos fundamentales.⁶ En consecuencia, los jueces que conocen en el caso deben velar por los derechos cuya tutela se garantiza constitucionalmente, más allá de las deficiencias que pudieran advertirse en cuanto a la concreción y demostración de la violación alegada.

⁴ “Las reglas clásicas del control de constitucionalidad en la Argentina se asientan en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad -‘iuris tantum’- de todos los actos estatales; hipótesis que, si bien rimaba a pleno con los postulados del Estado liberal de Derecho, hoy no lo es igual con los que cimientan el Estado social de Derecho. En efecto, la posición jerárquica de los derechos fundamentales en los modernos ordenamientos jurídicos por un lado, y, por el otro, la inflación normativa a que nos tiene acostumbrados el aparato estatal de la actualidad, hacen que si bien el principio de constitucionalidad del obrar estatal no haya dejado de existir, deba de ver limitado su campo de actuación a las reglas subconstitucionales que reglamentan el ejercicio del poder”, conf. Ferreyra, Raúl Gustavo: *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, EDIAR, Buenos Aires, 2001, pág. 226.

⁵ Op. cit., pág. 229.

⁶ Op. cit., pág. 217.

Sin embargo, al construir la decisión sobre estos cimientos, el voto se dirige a cuestionar al recurrente por no haber valorado en su análisis la totalidad de las disposiciones del Código Procesal Penal Federal que regulan el encarcelamiento preventivo. En definitiva, de acuerdo a esta postura, al alegarse la violación del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debió tenerse en cuenta que el ordenamiento interno argentino ha reglamentado dicha garantía en el marco del Código Procesal Penal de la Nación.

Al respecto, se advierte que la ley 24.390 integra el Código Procesal Penal de la Nación, y que teniendo en cuenta que dicho Código cuenta además con las previsiones específicas del artículo 317, resulta evidente de este “conjunto coherente, compacto y sin lagunas”, que el legislador local ha querido establecer una clara diferencia entre la situación de la persona detenida en prisión preventiva que ha sido condenada –aún por sentencia no firme-, de aquella que no lo está.

Por lo tanto, concluye el voto mayoritario subrayando la diferencia sustancial que existe entre quien está imputado en una causa penal, y quien ya ha sido condenado, aunque la sentencia no se encuentre firme. En virtud de lo cual, establece que no resulta arbitraria la distinción que realiza el art. 2 de la ley 24.390 en su redacción actual.

La ponderación de la existencia de una sentencia de condena no firme, en estos términos, resulta a mi entender inaceptable. El principio de inocencia es una de las garantías fundamentales del proceso penal, y por definición, comprende la posibilidad de desplegar las vías recursivas pertinentes contra la sentencia condenatoria. Por ello, resulta imperioso que los jueces de los tribunales con mayor incidencia en la determinación de la jurisprudencia del país, en el ejercicio de la función política que constitucionalmente les ha sido encomendada, tengan en cuenta esta pauta orientadora al momento de realizar el test de adecuación de las disposiciones normativas reglamentarias. Es ineludible valorar esta circunstancia al analizar la limitación al derecho a permanecer en libertad durante el proceso, que es consecuencia inmediata de la presunción de inocencia.

Entiendo que el voto adolece de cierta falta de compromiso con el problema planteado, puesto que el análisis de una cuestión de esta envergadura, claramente demanda una exégesis de todas las herramientas al alcance de la mano para dar adecuada tutela el estatus de inocencia, y por sobre todo el derecho a permanecer en libertad durante el proceso que de él se deriva.

Al respecto, no se advierte un trabajo sobre los criterios emanados de los órganos internacionales, sino que, por el contrario, una de las únicas referencias a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica que en dos informes ese organismo se ha pronunciado sobre la diferente naturaleza que inspira el principio del plazo razonable en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención. En realidad, creo que en este caso en nada aporta la referencia realizada, puesto que la discusión se centra en una cuestión diferente a la aludida, ya que no se pretende equiparar la esencia de ambas estimaciones, sino simplemente dar cuenta de que tanto en uno como en otro caso, y con más razón en el que la persona se encuentra privada de su libertad, es imperioso resguardar el principio de inocencia y permitir el ejercicio del derecho al recurso, sin que por ello el imputado vea menoscabado su derecho a que se verifique si el tiempo transcurrido de detención cautelar ha sido razonable.

Sin embargo, esta idea es el eje que el voto encuentra para comenzar a analizar los dos supuestos, dando por cierto que el art. 7.5 ya aludido se refiere al plazo razonable de detención sin condena, y que el art. 8.1 regula la duración de todo el proceso, incluyendo aquí la sentencia y su control.

De este modo, la mayoría decide centrar la decisión en las previsiones del derecho interno, descansando en que los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos no son absolutos, pero desechando la posibilidad de bregar por una regulación de los mismos en consonancia con la extensión que le han conferido los organismos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, de acuerdo a la Constitución Nacional, tienen una importancia superlativa en cuanto a la jerarquía normativa de nuestro país.

IV. El voto en minoría

Siguiendo la propuesta de Hassemer, una actividad profundamente analítica de la cuestión planteada, presupone tener en cuenta las mayores herramientas que, en materia de derechos fundamentales, brinda el *Derecho Constitucional*.⁷ Y entiendo que, en este sentido, se pronuncia la disidencia en “Mirosevich”.

En efecto, al reseñar el caso traído a consideración, expresamente se indica que la cuestión es la existencia de una norma que *limita la operatividad* del límite temporal establecido por la ley para

⁷ Entendido éste como “conjunto de disposiciones prescriptivas enunciadas tanto en el texto de la Constitución como en las que se encuentran fuera de su texto, y provienen de fuentes internacionales que gozan de jerarquía constitucional; y la interpretación judicial que se les haya asociado como significado”, en Ferreyra, op. cit. pág. 97.

la duración de la prisión preventiva, en tanto excluye de la consideración de dicho plazo la etapa recursiva. Evidentemente, el problema es enunciado desde una postura muy diferente, y aunque parezca una cuestión menor, subyace a este abordaje un importante contenido constitucional, en tanto se advierte allí la existencia de una limitación a un derecho.

Posteriormente, y luego de una introducción en la que se reseña brevemente el contenido de las disposiciones en pugna y los argumentos de la sentencia que se cuestiona, el voto minoritario advierte la necesidad de dar seguimiento a las interpretaciones que realizan los organismos internacionales en la interpretación de los tratados sobre Derechos Humanos suscriptos por la Argentina, en virtud de la responsabilidad que podría acarrear al Estado el incumplimiento de estos compromisos. Pero señala concretamente que, más allá de dichas implicancias, el deber de adecuar las decisiones adoptadas en el ámbito interno a la doctrina emanada de estos organismos, tiene que ver con las obligaciones que el país ha asumido para con los individuos sometidos a su jurisdicción. En virtud de lo cual, cuando uno de los organismos supranacionales de aplicación de dichos tratados, sin importar el carácter que detente, establezca un criterio de reconocimiento de los derechos y garantías por encima de los que se verifican en el ordenamiento interno, el principio *pro homine* obliga al Estado a aplicar la interpretación o norma que tenga el contenido más amplio en relación con la tutela de los mismos.

La disidencia se aboca, entonces, a analizar los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, y concluye que en sus pronunciamientos sobre el artículo 7.5 de la Convención, resulta categórica en cuanto a que las prescripciones e interpretaciones del mismo en torno a la razonabilidad del plazo en que una persona permanece en prisión preventiva, rigen mientras dure la presunción de inocencia. Esto es, hasta que la sentencia adquiera firmeza.

En este punto, resulta por demás interesante destacar que, en otra franca diferencia con el voto de la mayoría, al momento de analizar las regulaciones establecidas en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención, con cita de doctrina local y jurisprudencia internacional, la disidencia destaca que, habiéndose verificado que el plazo razonable de duración del proceso en su totalidad abarca las instancias recursivas, con mayor fuerza y razón debe extenderse a dichas etapas el análisis de razonabilidad del plazo durante el cual una persona se encuentra detenida, puesto que la afectación de derechos fundamentales se incrementa, por encontrarse comprometida su libertad.

Ello, como es evidente, sitúa las prescripciones del artículo 2º de la ley 24.390 por debajo del piso que han fijado los estándares internacionales al respecto, ya que la norma establece claramente que luego del dictado de la sentencia condenatoria no es posible analizar la razonabilidad de la detención cautelar.

Finalmente, lo interesante del voto en disidencia radica en la explicación del alcance de la inconstitucionalidad proclamada, puesto que se explica fundadamente que la incompatibilidad de la norma local con el Derecho Constitucional, se verifica al establecer un momento a partir del cual no podrá analizarse si el plazo de detención que viene sufriendo el imputado resulta razonable. Al respecto, destaca que más allá de la mayor verosimilitud del derecho que puede significar el dictado de una sentencia condenatoria, lo cierto es que este presupuesto -ineludible para la aplicación de cualquier medida cautelar-, debe compatibilizarse con la necesaria valoración sobre la razonabilidad del tiempo durante el cual se extiende la cautela adoptada. Se destaca, incluso, que una regulación como la adoptada por la ley 24.390 impide verificar, luego de la sentencia condenatoria, si existe otra medida menos lesiva que pueda garantizar el cumplimiento de la sentencia, o cuáles han sido los motivos que llevaron a la prolongada duración del encarcelamiento preventivo.

Al respecto, resulta categórico el análisis sobre la evolución del proceso, a partir del cual queda en evidencia que la etapa recursiva se ha extendido por más tiempo que las instancias de instrucción y debate, lo que evidencia una desproporción absoluta del plazo en prisión preventiva que ha demandado al Estado la sustanciación del recurso contra la sentencia, derecho insoslayable del imputado, que en este caso le ha redundado en un perjuicio material indiscutible.

V. La necesidad de una visión garantista

Sin dudas, una alternativa superadora sería la definitiva incorporación de textos normativos que allanen el camino a la concreción del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, conforme a los estándares que los organismos internacionales vienen desarrollando en la materia, capitalizando así las conquistas que jerarquizan y dan sentido al sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, a mi entender, ello no es posible sin una redefinición profunda e integral del proceso penal federal que, en primer lugar, concrete y haga realidad la manda constitucional del juicio por jurados, con todas las implicancias que además ello acarrea en cuanto a la celeridad en la

resolución de los casos; que abandone el modelo escrito e inquisitorial por un sistema de audiencias para todas las cuestiones que requieran debate, lo que por supuesto incidirá de forma definitiva en el tiempo que demandará la instrucción, el debate y la sustanciación de los recursos; que tome en cuenta el necesario acortamiento de los procesos en general; que cuente con la posibilidad de aplicar salidas alternativas a los conflictos; que prevea la utilización de diferentes medidas de aseguramiento del proceso, y garantice que la prisión preventiva será aplicada en último término, y siempre con limitaciones precisas en cuanto al tiempo que el Estado necesitará para resolver el caso para definitiva; que prevea vías recursivas puntuales y concretas; etc.

Mientras tanto, considero que no puede descansarse en la declaración de inconstitucionalidad como *última ratio*, y la impresumible incongruencia del legislador para evitar el ineludible test de racionalidad y adecuación a la vigencia plena de los derechos constitucionalmente reconocidos.⁸

Muy por el contrario, es necesario dejar de lado postulados cuasi-ficcionales, que dan por cierto que no pueden existir vacíos o tensiones al interior del ordenamiento jurídico, y asumir que “la interacción de todas las normas procesales penales genera conflictos, producto de la inconsistencia o incompatibilidad, que se resuelven sobre la base de ciertos postulados políticos [...] Pero estas inconsistencias no son siempre un problema lógico, sino el resultado de herramientas de política criminal que se enfrentan a garantías y provocan conflictos alrededor del valor predominante en el caso”.⁹

En consonancia con ello, considero que la única manera de sortear estos conflictos y tutelar los derechos más elementales de las personas que sufren el avasallante poder coercitivo del Estado, es aplicando los postulados y razonamientos que más se adecúan a los lineamientos que trazan las garantías básicas establecidas por el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, y pese a la apresurada utilización del término en nuestros días, mediante una visión profundamente garantista del proceso.

⁸ Ferreyra da cuenta en la obra citada que existe una “propuesta normativa constitucional”, que la actividad judicial podrá luego configurar y concretizar.

⁹ Binder, Alberto: *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 197. Asimismo, señala el autor que esta conflictividad sólo puede dirimirse teniendo en cuenta los principios de *ultima ratio* y *favor rei*, en tanto la libertad de la persona sometida a proceso debe primar por sobre cualquier necesidad de castigo del Estado, y puede existir una herramienta de política criminal que colisione con este postulado político fundante del orden constitucional argentino (op. cit., pág 199).

Ferreya destaca que el garantismo constitucional es “una postura teórica para el estudio del orden jurídico que pretende superar las orientaciones relativistas o realistas, acríicas o resignadas, respectivamente.”¹⁰ En esencia, no se conforma con la verificación de los requisitos formales de constitucionalidad de una norma, sino que se esfuerza en verificar que el contenido del derecho que la constitución ha querido garantizar, se mantenga intacto pese a la reglamentación que del mismo se hubiere efectuado.¹¹

Por eso, aún con lo básico que puede parecer este razonamiento en materia de control de constitucionalidad, fallos como el aquí analizado dan cuenta de que aún queda mucho camino por recorrer en materia de desarrollo y consagración de una mirada judicial a la luz del sistema de garantías.

¹⁰ Ferreya, op.cit. pág. 128.

¹¹ Señala Ferreya que, para la Teoría Garantista, “la legitimidad de las decisiones de los poderes políticos estatales aparecerán así condicionadas, en los Estados constitucionales que posean Constitución rígida, no sólo por vínculos jurídicos formales respecto de la producción de los actos normativos, que fue la cualidad propia del positivismo jurídico. También por vínculos materiales que disciplinan el contenido de lo que ha de producirse, porque la producción subconstitucional sólo puede legitimarse mostrando su coherencia axiológica con la Ley Fundamental”; op. cit, pág. 129.