

JULIO B. J. MAIER

LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO HOY

Panorama

Este relato versa sobre un tema algo envejecido y trillado desde el punto de vista científico o académico –diría: al menos entre nosotros, pasado de moda–, al punto de que yo lo creo agotado, al menos si se lo observa en abstracto, desde el punto de vista del Estado de Derecho; otra cosa es la praxis judicial, en la cual constituye un problema insoluble hasta ahora para el Derecho penal. Voy a referirme al principal modo de coerción personal del enjuiciamiento penal y no voy a abarcar todos los medios de coerción posibles; tampoco me referiré a todos los fines de la coerción procesal, voy a intentar sintetizar el conocimiento universal sobre el más agresivo de todos esos medios, la privación de libertad o el encarcelamiento preventivo, y, en principio, su sufrimiento con una finalidad meramente procesal. Empero, a diferencia de otros relatos, éste, en los tiempos que corren, resulta hasta peligroso para el Estado democrático de Derecho.

1. Alcance histórico del tema

Como tantas otras, las garantías para la libertad locomotiva proceden claramente del liberalismo de fines del siglo XVIII. Tanto la Ilustración, movimiento europeo-continental, como el liberalismo de las colonias inglesas de América del Norte, plasmado en constituciones escritas para el Derecho de los EE.UU., significaron en la materia un desarrollo jurídico inicial claro. Yo tomaré el ejemplo del artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), por ser más afín

¹ Un análisis extenso del tema y de su significación actual, con bibliografía al día, en Pastor, Daniel, "Las funciones de la prisión preventiva", en *Revista de Derecho procesal penal*, Santa Fe (Arg.), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, II, pp. 109 y ss.

a mi educación. Allí, a pesar de que para privar de libertad a título de pena estatal se requería un procedimiento judicial previo –juicio previo–, procedimiento que culminaba en un juicio público según el cual el tribunal decidía la absolución o la condena –única que quebraba la inocencia declamada del sospechoso–, nunca se prohibió el encarcelamiento preventivo. Nuestra Constitución nacional, hija de esos movimientos, contiene –a su imagen y semejanza– en un mismo artículo, el 18, las dos reglas: aquella que prohíbe la aplicación de la pena estatal sin sentencia judicial previa y definitiva de condena, y aquella que, sin embargo, abona la necesidad del proceso penal de encarcelar preventivamente en algunos casos. Las reglas jurídicas forjaron allí y en el siglo que le sucede –el siglo XIX– los principios básicos que orientaron la explicación sobre el encarcelamiento preventivo que llega hasta nosotros, a la que se le añadirá otro principio que forja el siglo XX, sobre todo después de la gran conflagración europea, luego universalizada, y conocida como Segunda Guerra Mundial.

2. Resumen de los principios básicos que rigen la materia

A. Presunción de inocencia y encarcelamiento preventivo

El rigor innecesario para con quien sólo era sospechado como autor de un delito o partícipe en él siempre fue ilegítimo. Esto es lo que declama el artículo 9, antes citado. Ello dio lugar, ya en el siglo XVIII, a la formulación del primer principio que tornaba *excepcional* al encarcelamiento preventivo. Así lo reconocen, jurídicamente, casi todas nuestras leyes procesales, más allá de que se pueda demostrar, empíricamente, la vigencia de una situación real contraria a esa regla. De tal manera, el Derecho procesal penal estipula que, durante el procedimiento de persecución penal, la libertad es la regla y el encarcelamiento preventivo una excepción, permitida sólo en caso de necesidad absoluta y para seguridad de la realización de los fines del procedimiento penal, éste, a su vez, único medio realizador o mecanismo de realización del Derecho penal. Cualquier falta de semejanza entre la realidad y esta regla debe serle reprochada al Estado y a sus órganos de persecución penal.

Como por definición no se puede perseguir a un ausente –nosotros no conocemos el procedimiento contumacial en materia penal–, la primera excepción está justificada por el *peligro de fuga*, esto es, por la necesidad de la presencia del sospechoso en su propio enjuiciamiento. Efectivamente, a diferencia del litigio judicial de Derecho privado, nosotros, en materia penal, no concebimos que el procedimiento de persecución penal quede a merced del enjuiciado, de su mera voluntad, y, por ello,

necesitamos privar de la libertad cuando determinamos, por ciertos criterios fácticos, que él no desea someterse al procedimiento o resulta probable que lo impida con su ausencia². La relativa falta de idoneidad de esta fórmula para brindar seguridad jurídica, en tanto se trata de una cláusula abierta, como abiertos son sus criterios más conocidos, nada le quita al hecho de que no confiamos en el sometimiento voluntario de las personas a la pena y al proceso penal que le antecede. Por ello, creo que la única manera de ser consecuente con la afirmación de inocencia y *nulla coactio* hasta la condena firme, es, para mal o para bien, tolerar el procedimiento penal en rebeldía o en ausencia del imputado, tal como lo sostuvo, únicamente que yo sepa, un proyecto de nuevo CPP, en la provincia de Santa Fe, proyecto que no pasó a mayores, a pesar de su mérito. En efecto, si no necesito al sospechoso para someterlo a juicio y condenarlo, puedo prescindir también, aun con problemas³, de ejercer sobre él la fuerza estatal, en forma de privación de libertad, para lograr su presencia en el procedimiento judicial: el procedimiento se llevará a cabo asista él o pese a su ausencia; ello, no obstante, no nos soluciona el problema de la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, razón por la cual, mientras ella se mantenga como pena básica del Derecho penal, existen pocas esperanzas para la abolición del encarcelamiento preventivo. En cambio, en el procedimiento judicial de Derecho privado —e incluso en otros procedimientos de Derecho público— la rebeldía no impide la realización del procedimiento y, por ello, allí no se concibe la privación de libertad locomotiva durante el proceso judicial (salvo rarísimas excepciones, hoy, prácticamente, sólo de importancia histórica: embargo de viaje, por ejemplo), a más de que sus posibles consecuencias, ajenas a la privación de libertad, son asegurable por otras vías cautelares. El procedimiento judicial representa, también, un proceso de conocimiento

² Creo que representa una exageración el criterio de Pastor, Daniel R. en *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, Cap. IV, 3.2.2., pp. 477 y ss., en especial, b, pp. 480 y ss., cuando ya no concibe el procedimiento penal sin la posibilidad de encarcelar, pues resulta claro que no existe una única forma de privar de libertad en el espacio y en el tiempo: es posible, por ejemplo, privar de la libertad sólo transitoriamente o localmente, para la realización de un acto o de un núcleo de actos en los cuales debe estar presente el imputado, sin necesidad de prolongar ese estado o de agregarle sufrimiento con el encarcelamiento. Algo de ello propondremos al final, como conclusión. Empero, pese a la exageración, el pensamiento básico del autor citado es correcto, pues el procedimiento penal no es un caso de jurisdicción voluntaria o, para ser más preciso, de sometimiento voluntario a la persecución penal; por esta razón —y otras que hoy no vienen al caso— soy crítico de la Ley nacional 25320 (cfr. mi *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2003, t. II, § 10, B, 4, II, pp. 223 y ss.).

³ Sin embargo, tampoco la pena parece ser voluntaria, ni, según también parece, nosotros estamos dispuestos a que lo sea. Paradigmático el primer ejemplo del comienzo del libro de Bauman, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales* (traducción Conrado Finzi; título original: *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrecht. Eine Einführung an Hand von Fällen*, 3ª edición), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, Cap. I, pp. 1 y ss.

para sus protagonistas, principalmente para quienes deciden, es decir, un mecanismo para conocer la realidad lo más próximamente posible. Nadie puede ignorar que, eventualmente, el sospechoso o, por su ruego, cualquier otra persona, pueden proceder a destruir o alterar diversos rastros que en el mundo quedan sobre la imputación que se le dirige, destrucción o alteración que, casi siempre, no es punible (encubrimiento propio), según un argumento más que evidente. Por ello, el *peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad*, en tanto se refiere a otro de los fines irrenunciables del procedimiento penal de hoy⁴, que puede inhibir el imputado ocasionalmente, justifica la intervención preventiva de su derecho a la libertad. También aquí nos topamos con una cláusula abierta en su significado, que sólo puede describir la sospecha del peligro muy genéricamente, por la multiplicidad de acciones u omisiones que, según los casos particulares, pueden fundar esa sospecha. El legislador debería atender más –y atiende en varias ocasiones– a los límites materiales y temporales de la autorización fundada en tal peligro.

B. Pena y encarcelamiento

Es absurdo que el encarcelamiento preventivo provoque un sufrimiento mayor que la pena amenazada o que aquella que se espera como resultado del procedimiento. A todas las reglas referidas a evitar este absurdo se las incluye en el *principio de proporcionalidad* del encarcelamiento preventivo. Así, se comenzó por evitarlo cuando no está amenazada la pena privativa de libertad, aun cuando, como sucedía en el Código de procedimiento penal federal antiguo, la excepción no era parte textual del Derecho procesal penal positivo. Pero el problema fue más allá, pues existen en el Derecho penal mecanismos para evitar la ejecución de esa pena (condenación meramente condicional) o para hacerla cesar (libertad condicional) y porque, además, el tiempo de encarcelamiento preventivo puede superar al permitido para la pena, casos en los cuales, ora referidos a la pena amenazada en abstracto, ora a la que se espera en concreto del procedimiento, según sus sistemas de medición y sus mecanismos de ejecución, el encarcelamiento debe cesar.

Hasta aquí, estos principios y sus desarrollos provienen del siglo XIX. Ellos y las diferencias que ambos suponen entre privación de libertad como pena y como detención preventiva fueron elaborados intelectualmente, en razón de que pena y prisión preventiva si no representan una invasión idéntica en el derecho básico de las personas a la libertad locomotiva,

⁴ Sobre el punto, *cf.* Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2006.

se parecen como gemelos en la realidad: mientras la pena procura una reacción justa al delito cometido, se trate de *retribución* o de *prevención* (general o especial, positiva o negativa), el encarcelamiento preventivo sólo puede procurar salvaguardar la *seguridad del procedimiento penal*, la posibilidad de su realización conforme a sus fines. Aquella, entonces, reconoce fines materiales, esta última, fines meramente procesales.

C. Límite temporal

A estos principios el siglo XX le agregó, no sólo en las legislaciones nacionales, sino también en las convenciones internacionales, universales o regionales, uno todavía más razonable: *la limitación temporal del encarcelamiento preventivo*: llega un momento en que él se vuelve ilegítimo como encierro prolongado y continuo sin condena, y, aunque persistan los riesgos para el procedimiento, aquél debe cesar en razón del mero transcurso del tiempo en prisión. No se ha arribado a una reglamentación más o menos fija y única del plazo, pero, por ejemplo, entre nosotros, por imperio de la legislación histórica, tanto de la federal, como de la provincial, tal plazo gira alrededor de los dos años (salvo que la aplicación del principio de proporcionalidad conduzca a uno menor), todo ello con los avances y retrocesos propios de cada época.

D. Prevención de peligros y encarcelamiento preventivo⁵

No quedaría completo este panorama, ni su descripción, si no hiciéramos hincapié en aquello que ha sucedido desde los años setenta hasta la fecha –cabe aclarar que algunos desarrollos son, incluso, anteriores–, suceso que, además, conforma un verdadero pronóstico de futuro para el siglo que vivimos, y que, por lo demás nos sobrevivirá en sus principios rectores, según creo⁶. El Derecho penal, orientado hoy por la prevención de riesgos⁷, ha modificado, como es natural, el concepto del Derecho

⁵ Bajo el rubro "Amenazas actuales...", Pastor, Daniel, *Las funciones de la prisión preventiva* cit., IV, pp. 153 y ss. explica la "desviación material de la prisión preventiva" y procura darle solución. Aquí serán expuestas, sobre el final del relato, las exigencias varias que yo considero necesarias para –al menos– paliar esa "desviación".

⁶ No sólo yo pienso así: *cf.* Hassemer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, conferencia de apertura de la "Jornada de los defensores penales" del mismo Estado, dictada en la Paulskirche, Frankfurt a. M. (R.F.A.), el 24 de marzo de 2006 (manuscrito original de la conferencia cedido por el autor), V, 1, a.

⁷ Sobre el tema *cf.* Hassemer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, manuscrito citado, I, 2 y 3, II y III; del mismo autor, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal* (obra en conjunto con Muñoz Conde, Francisco), Primera parte (*Viejo y nuevo Derecho penal*), Valencia (España), Ed. Tirant lo blanch, 1995, B, II, pp. 22 y ss.; Jakobs, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" (título original: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht), en *Derecho penal del enemigo* (obra en conjunto con Cancio Meliá, Manuel), Madrid, Ed. Civitas, 2003, pp. 21 y ss.; Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), Madrid, Ed. Civitas, 2001, 2.2., pp. 26 y ss., y 6, pp. 121 y ss.; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General* (traducción Luzón Peña-Días y García Conlledo-Vicente Remesal de la 2ª edición alemana,

procesal penal, la dirección del procedimiento penal y de sus instituciones, pues a través de sus fines y los de la pena fija los del procedimiento judicial de aplicación de sus normas. En este sentido, el Derecho procesal penal es *serviente*, como decía Beling⁸, o, si se quiere, políticamente *dependiente* del Derecho penal. En el siglo en el que vivimos, el Derecho penal practica esa reelaboración e influencia con una rapidez y una fuerza inusitadas, que antes no conocíamos. De un Derecho penal direccionado hacia atrás, hacia la historia, básicamente orientado por la provocación de consecuencias desagradables en el mundo real, se ha pasado a un Derecho penal preventivo, dirigido a evitar riesgos futuros. No es del caso ocuparse aquí de los métodos que emplea el Derecho penal para tornar plausibles esos fines, pero, más allá de su eficiencia o ineficiencia, se incluye entre ellos la proliferación de medidas de seguridad y corrección fundadas únicamente en la peligrosidad del autor; la elaboración de un Derecho penal como mera desobediencia a la norma; la expansión inusitada de los delitos de peligro abstracto, fenómeno consecuente con aquel concepto; la multiplicación de los delitos de omisión en lugar de los de acción, cuya abrumadora mayoría es hoy sólo regla histórica; el escaso poder de definición de nuevos bienes jurídicos sin contenido material, también multiplicados y dejados a merced de la definición o fijación administrativa –con razón Hassemer los ha llamado *institucionales*⁹–; las definiciones escasamente rigurosas de prohibiciones y mandatos penales ya por exceso como por defecto del idioma empleado, normalmente del verbo típico, entre otros métodos que concurren al mismo fin¹⁰. Al conjuro de ese Derecho penal desnudamente preventivo, con pretensión de evitar riesgos en una sociedad que se caracteriza precisamente por la multiplicación exponencial de esos riesgos como producto de la cultura y la obra humana, bien llamada *sociedad del riesgo*¹¹, nace también un nuevo Derecho procesal penal, asimismo orientado hacia el futuro y hacia la prevención de riesgos.

Particularmente, la prisión preventiva se va convirtiendo también en un mecanismo para la prevención de peligros. Así, en un comienzo lejano, se la concibió como obligatoria para ciertos delitos y para cuando la

Strafrecht-AG), Madrid, Ed. Civitas, 1997, § 2, VII, pp. 60 y ss.; desde el punto de vista criminológico y político, O'Malley, Pat, *Riesgo, Neoliberalismo y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2006.

⁸ Beling, Ernst, *Derecho procesal penal*, trad. Golschmidt-Núñez, Córdoba (Arg.), Imprenta de la Universidad, 1943, § 1, 1, pp. 1 y ss.

⁹ Cfr. el ya citado *Viejo y nuevo Derecho penal*, B, III, 2 y 3, pp. 28 y ss.; Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)* (2ª edición), 6, pp. 121 y ss.

¹⁰ Cfr., sin agotar, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá-Colombia, Ed. Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006, pp. 23 y s.

¹¹ Beck, Ulrich, *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M. (R.F.A.), Ed. Suhrkamp, 1991, p. 10.

amenaza penal era grave (superior a 8 años: delitos graves y también de mediana gravedad, entre nosotros), el llamado *peligro por la gravedad del crimen*, que anticipa la pena, frontera que tan sólo representa uno de los indicadores del peligro de fuga –criterio que no es tan rígido, como se observa– en legislaciones más liberales. Pero a él se le agregó otro motivo justificador del encarcelamiento preventivo: el *peligro de reiteración*. Ninguno de estos dos fundamentos justificantes se vincula de manera alguna a la *seguridad del procedimiento judicial*. Ellos representan, antes bien, una transmisión directa de fines del Derecho penal preventivo al Derecho procesal penal, también preventivo, según veremos más adelante.

3. Conclusión

A. Síntesis

Según se puede ver en la apretada síntesis anterior, los principios fundantes o justificantes de la detención preventiva estaban prácticamente completos al final del siglo XIX y comienzos del XX. A ellos el siglo XX les agrega –especialmente poco después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, y ya dentro de aquello que ha dado en llamarse *sociedad del riesgo*– una finalidad absolutamente preventiva, consistente en el peligro de reiteración delictiva, y una finalidad disimuladamente preventiva, en tanto algunos la refieren al peligro de fuga, la gravedad del delito; tributaria de esta última es la llamada *alarma social*, que, entre nosotros, se edificó alrededor del rechazo de la *excarcelación*.

Yo creo que también entre nosotros la discusión ha concluido, más allá de la posición que cada uno adopte sobre el particular y de sus criterios justificantes. Aquí el punto de partida del tema, elaborado científicamente y tratado con propiedad, fue conformado por los *Estudios de Derecho procesal penal* de Alfredo Vélez Mariconde¹² que, a raíz de la transformación que trajo consigo el Código de Córdoba, publicó la Universidad con sede en esa provincia para quienes estudiaban la materia, contenidos luego reproducidos y ampliados en “La coerción personal del imputado”¹³. Un discípulo de él, el Prof. Dr. José I. Cafferata Nores, se encargaría, más allá de trabajos particulares sobre diversos puntos del tema, de ponerle el final con su tesis doctoral sobre *La excarcelación*¹⁴.

Ello indica que yo no tengo demasiado que agregar. La cuestión quedó

¹² Mariconde, Alfredo Vélez, *Estudios de Derecho procesal penal*, Córdoba (Arg.), Imprenta de la Universidad, 1956, t. I, Segunda parte, Cap. VII, pp. 283 y ss., y t. II, Tercera parte, Cap. IV, § 5, pp. 245 y ss.

¹³ *Revista argentina de Derecho procesal*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1968, n° 1, pp. 93 y ss.

¹⁴ Cafferata Nores, José I. *La excarcelación*, Córdoba-Buenos Aires, Ed. Lerner, 1977.

definida universalmente a favor de aquello que se comprende por Estado de Derecho y como Derecho penal orientado hacia el pasado ya promediando el siglo XX. Desde allí en adelante, una creciente y avasalladora corriente de Derecho penal orientado hacia la prevención de riesgos ganó la partida, impuso sus fines preventivos y dirigió al proceso penal, y al encarcelamiento durante su transcurso, al cumplimiento de esos fines, cuestión de actualidad que me gustaría aclarar para no dejar inconcluso el punto¹⁵.

B. La actualidad y su crítica

1. El Derecho penal preventivo y su influencia sobre el procedimiento penal y sus instituciones

a. Influencia histórica: la poena extraordinaria o las penas de sospecha

Le ha resultado sencillo al Derecho penal influir sobremanera en el Derecho procesal penal. De allí el carácter material de *serviente* que Beling le adjudica a este último por su papel –si se quiere, formal– de realizador del Derecho penal. A tal punto ello es así que, por siglos (todo el transcurso de la Inquisición), las dos ramas jurídicas no estuvieron divididas en leyes y códigos diferentes: ambas eran segmentos de una única disciplina¹⁶. Particularmente, se recuerda como otrora, históricamente, con las *penas de sospecha* o la *poena extraordinaria*, en tanto ellas eran aplicables a simples sospechosos, a quienes no se les había verificado con *plena prueba* la imputación, se lograba edificar al Derecho penal en un sentido muy distinto a aquel de su nacimiento como rama jurídica del Estado de Derecho y, si se quiere, burlar varios principios penales básicos, en verdad establecidos en los siglos posteriores gracias a la Ilustración (legalidad, *in dubio pro reo*)¹⁷. Ejemplos de esta índole –como por años les indiqué a mis alumnos– existen en la literatura común: vale la pena leer,

¹⁵ Para ser justos, en el ámbito de aplicación del CPP Nación, se ha producido –causa n° 21.143 de la C.C.C., “Barbará, Rodrigo Ruy a/ exención de prisión”– un saludable regreso a la historia y hacia el principio que denota al encarcelamiento procesal como excepción, en “Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción”, título con el que da cuenta de ello Díaz Cantón, Fernando, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004, B, pp. 561 y ss. (reproducido en *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2005, pp. 71 y ss.). Del mismo proceso da cuenta Ottaviano, Santiago, “¿‘Libertad provisional’ o ‘derecho a la libertad’? La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en *Revista de Derecho procesal penal*, Santa Fe (Arg.), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 393 y ss.

¹⁶ Piénsese en la codificación de *Las siete partidas* de Alfonso El Sabio, monumento jurídico de la época (siglo XIII), que rigió en las colonias hispanas posteriores a través de varias leyes y de la Nueva Recopilación (legislación supletoria). Sólo la legislación napoleónica comenzó la diferenciación actual entre Derecho penal material y formal. Otro tanto se puede decir de la *Carolina* alemana (cfr. mi *Derecho procesal penal*, t. I, § 5, D, 4 y 5, pp. 300 y ss.).

¹⁷ Cfr., sobre estas penas, Thäle, Brigitte, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M. (R.F.A.), Ed. Peter Lang, 1993.

de aquella época, *Fuente Ovejuna*, obra de teatro de Lope de Vega, y, en época moderna, el *Galileo* de Bertold Brecht.

b. El Derecho penal de la modernidad

Hoy, en cambio, ese Derecho penal influye de múltiples maneras sobre su pariente cercano, el Derecho procesal penal, con el objetivo de amoldarlo a sus propios fines. Constituye una verdad de Perogrullo la afirmación acerca de que, en el siglo XX, se consolidó cada vez más la idea de que el Derecho penal no respondía al crimen (teorías absolutas: retribución, *quia peccatum est*), esto es, no se dirigía únicamente al pasado, sino que, en mayor o menor medida, pretendía evitar, de múltiples maneras, los crímenes futuros (*ne peccetur*: prevención general y especial en sus diferentes formas y fórmulas, positivas y negativas); la prueba más contundente de ello fue la aparición, al lado de la pena fundada en la culpabilidad del autor, de las medidas de seguridad y corrección, medidas fundadas, genéricamente, en la peligrosidad o, si se quiere, en la prevención de riesgos futuros¹⁸. Yo estimo que, en su expresión actual, que lastima los límites del Derecho penal, antes naturales en la convención gregaria, es posible indicar tres motivos fundamentales para que así suceda –al lado de múltiples repercusiones–, que sólo pretendo mencionar aquí: en primer lugar, vivimos una –así llamada– *sociedad de riesgo*¹⁹, riesgos creados por el mismo ser humano en razón del avance científico-técnico de velocidad geométrica, que supera todo lo conocido, y por el consumo masivo de bienes, cosas y productos elaborados al que ese “progreso” nos ha conducido; quizás a raíz de esa elevación sin precedentes del riesgo, vivimos también, al menos en los ámbitos urbanos, paradigmáticos para la vida gregaria actual, dentro de una *comunidad de miedo*, miedo al delito, miedo a la imprudencia, miedo a los acontecimientos que no podemos dominar, incluso por falta de conocimientos imprescindibles para valorar el riesgo; y, en tercer lugar, algunos países menos (los del llamado primer mundo), otros más (aquellos a cuya órbita pertenecemos) y otros más aún (países de extrema pobreza) discriminan entre los seres humanos que allí viven a ciertos hombres y mujeres que no alcanzan un mínimo nivel de existencia comunitaria (la sociedad de excluidos). Todo ello ha conducido a una *situación de emergencia* o *Estado de excepción* permanente, aunque

¹⁸ Sobre todo ello, Hassemmer, Winfried, Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (R.F.A.), *Sicherheit und Strafrecht*, conferencia de apertura de la “Jornada de los defensores penales” del mismo Estado, dictada en la Paulskirche, Frankfurt a. M. (R.F.A.), el 24 de marzo de 2006 (manuscrito cedido por el autor).

¹⁹ Por todos, *cfr.* Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M. (R.F.A.), Ed. Klostermann, 1993.

el adjetivo le suene ridículo al nombre²⁰. No me corresponde ahora describir el punto en el cual nos encontramos en el momento actual²¹, pero me parece necesario llamar la atención brevemente sobre las repercusiones de ese Derecho penal “preventivo” sobre el procedimiento penal y verificar, sobre todo, de qué manera él influye sobre el tema que el título pretende desarrollar. Sólo quisiera decir, de modo general, que ese Derecho penal “preventivo”, dedicado cada vez más a evitar riesgos futuros, está transformando el procedimiento penal en una especie de verificación del acierto o desacierto del Estado al imponer sanciones de plano –la llamada “coacción directa”–, precisamente con el objetivo de evitar peligros eventuales, no comprobables en la realidad, procedimiento penal que, de oficio o por solicitud del interesado, le atribuye a ambos, al Estado y al interesado eventual, una posibilidad para redimir el honor o el sufrimiento del ya penado.

c. La amenaza penal

El modo más visible y, al mismo tiempo, más tosco según el cual el Derecho penal influye y maneja el encarcelamiento preventivo –que sobre ello hoy se trata– es un mecanismo por demás sencillo: la pena. El aumento indiscriminado de penas privativas de libertad y, dentro de ellas, la amenaza penal desproporcionada para un sinnúmero de delitos, repercute directamente sobre el procedimiento penal, comprendido como comienzo del camino a la cárcel. Siempre se ha legitimado el encierro preventivo, según quedó dicho, por necesidades procesales, esto es, por la necesidad de proporcionar seguridad para la realización del procedimiento judicial. Así, el peligro de fuga del imputado, que imposibilita la persecución penal en su contra, más aún en un Derecho procesal penal que no comprende ni permite la condena en rebeldía, aumenta, sin duda alguna, frente a amenazas penales graves; en la misma ley procesal penal esa amenaza es un índice que permite fundar el encarcelamiento preventivo –o negar la *excarcelación*, según el vocabulario común en estas tierras– o, por lo contrario, reemplazarlo por una caución, y, en este último caso, influye sobre el tipo de caución y su importe, en caso de que ella sea medible. Y no parece que exista otra forma de proceder, porque, según dijimos, no resulta imaginable un procedimiento penal “voluntario”, sin coacción

²⁰ Cfr. Agamben, Giorgio, *Estado de excepción* (traducción de Flavia e Ivana Costa de la 2ª edición italiana), Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo, 2005, estado que ya ha devenido en regla permanente, pues “el uso de los poderes de emergencia constitucional se vuelv[e] regla y no la excepción”, puesto que “los dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en otros, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz” (el autor cita a Rossiter, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, 1948, pp. 297 y 313).

²¹ Para ello mi opinión en la conferencia sobre “La esquizofrenia del Derecho penal”, en *Contornos y pliegues del Derecho (Homenaje a Roberto Bergalli)*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2006, pp. 295 y ss.

alguna sobre la persona acusada para que lo tolere, comparezca a él y lo soporte, pues, de otra manera, ella debería ser sólo preguntada por su tolerancia a él o por su intolerancia a que él se lleve a cabo²². Si a ello le agregamos el peligro de entorpecimiento, en relación a la recolección de prueba, la conclusión se torna, incluso, más evidente.

d. El neopunitivismo

Pero el Derecho penal cuenta con mecanismos más sutiles para imponerle al Derecho procesal penal su naturaleza preventiva actual. No deseo recorrer toda la enumeración que ya he brindado, ni la explicación de otros ensayos míos anteriores. Me basta, prácticamente, con nombrar esos mecanismos. Tal como ya se avizora, el fenómeno de la *inflación* del Derecho penal material, también llamado *expansión* del DP, *panpenalismo* o *neopunitivismo* y, con mayor altura poética en lengua hispana, *fascinación frente al DP*²³, ha posibilitado una apertura tal de su aplicación y, con ello, de la llamada *pena anticipada* –precisamente por el encarcelamiento preventivo– que tanto uno como otra pasaron de ser reconocidos como *ultima ratio* de la política social, a ser *primas donnas* de ella, sanalotodos de cualquier enfermedad social, según yo me he permitido definir²⁴. Los medios de los que se vale el Derecho penal para lograr ese resultado son conocidos e influyen directamente sobre el procedimiento penal. Por un lado, cualquier interés, incluso de tipo administrativo –por expresar la tarea del Estado dedicada a la creación del *bienestar común*– y definido por la administración, se transforma en *bien jurídico*, en interés digno de protección bajo amenaza penal: así, la enorme proliferación de bienes

²² Como dije, conozco un único intento consistente lógicamente y naturalmente con la supresión del encarcelamiento procesal: un proyecto de CPP con el cual la Provincia de Santa Fe pretendió incorporarse al movimiento moderno de leyes de procedimiento penales, y no lo consiguió (única provincia que conserva un procedimiento penal que, al decir de un profesor español que me visitara hace ya bastante tiempo, y que no se destacaba, precisamente, por pertenecer políticamente al campo progresista, remeda a las *Siete Partidas* del rey sabio); ese proyecto procesal admitía también, con ciertos fundamentos –entre ellos, el intento de suprimir en serio las penas anticipadas–, el proceso penal contumacial. La idea, si es aplicable genéricamente, no me convence, según la escasa –pero básica– explicación que doy en el texto. Sin embargo, creo que esa proposición es la única posible si se quiere sostener al extremo un procedimiento penal, realizador de un Derecho penal con pena privativa de libertad, con consistencia lógica: el proceso contra ausentes elimina del ámbito de la seguridad procesal la presencia necesaria del acusado.

²³ Cfr., entre otros, Pastor, Daniel, “La deriva de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *NDP*, Buenos Aires, 2005/A, pp. 94 y ss.; Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª. Edición), Ed. Civitas, 2001, p. 68.

²⁴ Cfr. Hassemer, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, en *ZRP*, R.F.A., 1992, Heft 10, pp. 378 y ss. (reproducido como introducción en *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* [2. Auflage], Heidelberg, Ed. C.F. Müller, 1996, pp. 1 y ss., y traducido al castellano en el libro de Hassemer, Winfried-Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia [España], Ed. Tirant lo blanch, 1995, ha afirmado con razón su caracterización actual como *prima o sola ratio* y la extensión de su regulación a regiones antes insospechadas: *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, pp. 26 y 31; recientemente también, Hassemer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, citada. Cf. mi artículo en el homenaje a Roberto Bergalli, “La esquizofrenia del Derecho penal”, en *Contornos y pliegues del Derecho*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2006, 2, b, p. 302.

jurídicos colectivos, escasamente tangibles y –precisamente por ello– difícilmente definibles, salvo que un funcionario administrativo produzca esta definición por puro poder (Derecho penal fiscal, ingresos y egresos de la renta pública, sustancias controladas, elaboración de productos de todo tipo y de consumo masivo [alimentos, medicinas o cosas en general], salud general, medio ambiente, etc.), aspecto que convierte a la descripción del Derecho penal a través de los bienes jurídicos dignos de protección y, por ello, al paradigma de la *elevación del riesgo*²⁵, en una frontera abierta, prácticamente sin límites. Pero, además, con el afán de evitar riesgos futuros –de una sociedad que continuamente los crea y los acrecienta–, el Derecho penal ha pasado de punir “hacia atrás” –el paradigma clásico, los delitos de resultado– a definir hoy su paradigma como constituido por los delitos de peligro abstracto –aquellos que, por regla, desligan de la infracción penal la verificación del riesgo real sufrido–, más aún, por los delitos de anticipación, esto es, ubicados en una primera coraza defensiva respecto del paradigma clásico anterior, en el lugar que antes le correspondía a los actos preparatorios, expresado el problema sintéticamente. El núcleo del sistema penal se ha corrido: ahora ya no necesita más que verificar una acción que se considera –*ex ante*– riesgosa, sin necesidad alguna de verificación para aquello que antes se llamaba “causalidad” o “determinación de un resultado”. No existe la menor duda acerca de que todo ello opera como facilitador de la condena en el procedimiento penal, pero tampoco existe duda alguna acerca de la multiplicación exponencial de las posibilidades de encarcelar durante el procedimiento, conclusión que se afirma aún más si se observa la desproporción de la amenaza penal de estos llamados “nuevos” delitos.

e. Motivos nuevos del encarcelamiento preventivo

Allí, sin embargo, no termina la cosa. Así como la internación de seguridad significó el quiebre del Derecho penal con el paradigma de la culpabilidad personal y, consecuentemente, el Derecho procesal penal siguió su derrotero con el internamiento provisional, hoy casi todas las legislaciones universales han agregado nuevos motivos para el encarcelamiento preventivo, nuevos motivos que ya no responden al paradigma clásico de la seguridad de poder llevar a cabo el procedimiento, sino que, muy por lo contrario, derivan del Derecho penal preventivo de peligros futuros²⁶. El primer motivo que irrumpió desde este atalaya fue aquel, largamente

²⁵ Cfr. esta teoría en Roxin, Claus, “El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual” (traducción de Raúl Pariona Arana), *elDial.com*, 29/8/2006, Edición Córdoba, Suplemento penal.

²⁶ Cfr. Hassemmer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht* –ya traducido por Gabriela Córdoba y por mí, pero aún no publicado como *Seguridad por intermedio del Derecho penal*–, cit., III, 2, b.

conocido entre nosotros²⁷, relativo a la “gravedad y repercusión social del hecho” –más universalmente rotulado: “alarma social”–, al que algunos códigos agregaban la “peligrosidad” del imputado; esta última aclaración conduce al segundo motivo, que quienes definen con mayor precisión denominan peligro de reiteración delictiva, de recidiva o de reincidencia, de manera genérica.

f. La prevención de riesgos y el Derecho penal y procesal penal
Con ello puede quedar completo el panorama: no son precisas más teorías ni palabras para apreciar que el Derecho penal de hoy, como el Derecho procesal penal que le sirve, sin perjuicio de punir hechos de ayer, pretende dirigirse hacia el futuro para prevenir peligros o riesgos.

2. Propuesta

No se trata de pintar el apocalipsis, ni de describir un holocausto. Se trata, antes bien, de describir una realidad que, mal que nos pese, hoy vivimos. La llamada *sociedad de riesgo* ha generado una especie de *comunidad de miedo*, según antes anticipamos, a la cual se le unen múltiples agentes provocadores, como el consumo masivo de información previamente preparada y la prensa, sobre todo la de los medios audiovisuales, y las escasas defensas que tenemos los ciudadanos de hoy frente a valores secundarios como la *seguridad común o general* y el *orden*, en un mundo casi sin fronteras y permanentemente cambiante, en el que la ciencia y la técnica rompen límites, antes naturales, a una velocidad vertiginosa. Ignorar esta realidad no parece ser el mejor camino, así como tampoco lo ha sido la cárcel, para aquellos panegiristas del orden y la seguridad común, institución que sólo ha concluido en generar más violencia y fabricar más delincuencia, y una mejor organización para ella. La gran incógnita se revela en la pregunta: ¿cómo responder?

Yo tampoco lo sé y se supone que sé mucho menos que otros, más jóvenes, pues el transcurso del tiempo hace su trabajo y me conduce lenta pero inexorablemente más a la butaca del espectador que a la posición del jugador. Sólo me animo a esbozar una pequeña senda que quizás tenga futuro, quizás no lo tenga. Me parece que del Derecho penal no conviene rescatar tan siquiera su denominación y, con ella, los continuos debates sobre aquello que es una pena y aquello que no lo es o, si se quiere, sobre sanción y no-sanción en el mundo jurídico, debates que, en variadas ocasiones, sólo tienen significado semántico. Creo que conviene

²⁷ Ver Código de procedimientos en materia criminal y correccional para la justicia federal y territorios nacionales, 380.

edificar un Derecho de la privación de libertad²⁸, al cual se puede agregar algunas sanciones que, por su gravedad, resultan afines, Derecho referido a aquellos bienes jurídicos centrales que siempre han dominado la creación y la escena del Derecho penal –me refiero a la protección básica de las instituciones estatales y a los bienes jurídicos individuales y tangibles como vida, integridad física, patrimonio, y, quizás, sólo quizás, a algunos colectivos tradicionales–, Derecho al que se debe rodear de todas las garantías y seguridades individuales liberales, ya tradicionales en el Derecho penal y en el Derecho de los derechos humanos, precisamente porque su consecuencia puede ser la privación de libertad locomotiva. Y estimo que, para todos los bienes jurídicos institucionales, tales como la salud pública o general, la responsabilidad por la elaboración y consumo masivo de productos, el medio ambiente, las sustancias controladas o drogas, el llamado Derecho penal fiscal, bastaría con un Derecho administrativo sancionador, que se ocupe de reglamentar estrechamente el poder de policía del Estado y lo regule para tornarlo eficiente, sin acudir a sufrimientos tan graves –y, a la vez, tan ineficientes– como la privación de libertad.

Por supuesto, para regresar al tema de hoy: la privación de libertad durante el procedimiento, esto es, el encarcelamiento preventivo, debe ser un punto especial regulado por aquel Derecho de la privación de libertad, incluso con mayores garantías que las que hoy posee legislativamente. Se me ocurre –para citar ejemplos– que una privación de libertad prolongada en el tiempo, a más de fundarse en la seguridad del procedimiento penal debe exigir, también, un presupuesto cognoscitivo tal que, prácticamente, se equipare al de la condena –peligro de fuga o de entorpecimiento rayanos en la certeza– y que la ley debe prever, para la realización de actos particulares –por ejemplo: un allanamiento, un debate, etc.–, privaciones momentáneas de libertad mucho menos extensas, en relación proporcional con las necesidades del acto a realizar. Estimo, también, que los jueces deberían fijar, en las autorizaciones de este tipo, el tiempo máximo por el cual rige la autorización, dentro de cierto extremo fijado por la ley, límite cuyo traspaso torna ilegítima la injerencia. Por lo demás, resultaría útil que estas decisiones sean tomadas después de un debate oral incidental frente al tribunal autorizante –quizás integrado por varios jueces según la duración de la autorización–, debate en el cual quien requiere la medida y quien la resiste tengan la posibilidad de fundar su posición.

²⁸ Suprimo la pena de muerte por obsoleta, pero, si alguien lo desea, puede incluirla; quizás valga la pena, a raíz de acontecimientos recientes.