

IX Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

Derechos Humanos en pugna: verdad y libertad en el proceso penal.

Florencia María Martini.

Cita:

Florencia María Martini (2011). *Derechos Humanos en pugna: verdad y libertad en el proceso penal*. IX Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-034/443>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Derechos Humanos en Pugna:

Verdad y Libertad en el Proceso Penal

Florencia María Martini

Defensora Penal (Poder Judicial de la Provincia del Neuquén); Especialista en Derecho penal y ciencias penales (UNCo); Doctora en Derecho (UNC); miembro del CEAPEDI (Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad)

f.m_martini@hotmail.com

martif@jusneuquen.gov.ar

Resumen:

Verdad y libertad coexisten en el marco de justificación de la prisión preventiva vigente en el proceso penal. El nudo gordiano de este instituto procesal radica en la identidad fáctica de la prisión como cautela y pena. La cautela se presenta como deber ser ideal mientras que el ser empírico del encarcelamiento configura la pena, suerte de castigo sin juicio del derecho penal contemporáneo, campeador de la doctrina de la Seguridad, hija dilecta de la llamada doctrina de Tolerancia Cero. Lo que debe cautelarse mediante la privación de la libertad es la verdad. Esta se presenta como derecho humano de la víctima del delito frente al derecho a la libertad del presunto inocente. Sin embargo la incidencia de las restricciones a la verdad y a la libertad, sobre la existencia concreta del ser humano evidencian una asimetría. El carácter de bien humano primario o secundario será determinante de la legitimidad de la ley procesal. Tal como sostiene Habermas, la legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación permeables a discursos morales. Se debe determinar cuáles son los Derechos Humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden por vía interpretativa, se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una solución justificada.

Palabras clave:

Prisión, Libertad, Verdad, Derechos, Seguridad.

INTRODUCCION

En una sociedad democrática, la libertad personal forma parte del núcleo de derechos fundamentales de todo ciudadano. De ahí que las garantías de su efectividad constituyan exigencias jurídicas propias del Estado de Derecho, e impongan la búsqueda permanente de estructuras organizativas idóneas, para articular los mecanismos que exige una adecuada protección de los derechos

humanos y en particular, el refuerzo de todas las garantías en los diversos sectores de la actividad judicial susceptibles de desembocar en privaciones arbitrarias de la libertad.¹

Y el fenómeno no resulta sorprendente si advertimos que aún el propio sistema de derechos y garantías erigido por el programa del iluminismo

¹ Slonimsqui, Pablo "Sobre el uso irracional de las medidas de coerción procesal: la detención judicial arbitraria", en Revista de Derecho Penal 2001-1, Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales I, 2001 Rubinzal Culzoni Editores, pag.426.

¹ se asentó en la contradicción política del principio de igualdad y distribución desigual de oportunidades, tendiendo a mistificar las desigualdades socioeconómicas entre los hombres como desigualdades naturales.

El principio estructural del proceso (enderezado al descubrimiento de la verdad del suceso) es el de la igualdad de armas, según el cual tanto la acusación como la defensa y el acusado deben contar con igualdad de posibilidades, de tal manera que el acusado no sea perjudicado en relación a la acusación, particularmente en la preparación probatoria² y lógicamente en el juicio oral.

LIMITACIONES A LA LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL: LA COERCION CAUTELAR

Resultan presupuestos inexcusables de toda medida de coerción cautelar, los siguientes:

- a) verosimilitud del derecho (aparición de responsabilidad)
- b) efectiva presencia de riesgo procesal, constituido por la probabilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación.³

La verosimilitud del derecho impone algunos interrogantes: a) ¿quién es el titular del derecho cuya verosimilitud se requiere acreditar?, b) ¿en qué consiste este derecho?

La respuesta remite al análisis de la acción. En el derecho privado el titular es el actor, entendido como parte que introduce una pretensión mediante la acción. Entiendo que, en el derecho penal el titular originario es la víctima, cuya posición actualmente ocupada en el proceso penal no es la misma que tenía con anterioridad a la instauración del sistema de persecución penal pública devenida con la Inquisición. Con la acción pública se expropian todas las facultades de la víctima, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, al transformar el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos. El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de titular de derechos, al desaparecer la noción de daño y la de ofendido. Se menoscaban sus facultades de intervención en el procedimiento penal. El conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y el Estado. El concepto de bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos sin derechos (aún con el proceso de restitución de facultades a la víctima operada en las últimas décadas sigue relegada como tercero en el proceso penal). A pesar de la regulación procesal, considero que el legítimo y originario titular del derecho cuya verosimilitud se debe acreditar es la víctima del hecho en el caso concreto y en segundo lugar, el Ministerio Público Fiscal, como representante legal de los intereses de las víctimas en su conjunto.

Al segundo interrogante, respondo con el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto por el art. 25 de la CADH. La tutela judicial en el proceso penal, en particular en lo que a medidas cautelares respecta, estará condicionada a la acreditación en mayor o menor grado de la existencia del hecho y la participación punible del imputado, que habilitará según sea el grado de conocimiento la respuesta a la víctima mediante el aseguramiento de los fines del proceso: la averiguación de la verdad –fin inmediato- y eventual aplicación de la pena al culpable –fin mediató-.

Verosimilitud del Derecho

El primero de los recaudos que se debe acreditar, la verosimilitud del derecho, es susceptible de graduarse en diferentes niveles de conocimiento –relacionados con la progresividad de la causa-, a fin de fundar válidamente diferentes medidas de coerción, en función de la intensidad de sus efectos sobre los derechos que se afectan.⁴ Así el conocimiento, en grado de posibilidad, determina la admisión del caso y legitima la persecución penal, siendo suficiente el estado de duda en sentido estricto. La probabilidad determina la relevancia del caso penal que legitima la realización de una audiencia oral y pública. La certeza legitima la condena del imputado. En cuanto a la conceptualización de la duda, José Cafferata Nores,⁵ afirma que por duda se entiende genéricamente la imposibilidad de llegar a la certeza (positiva o negativa), pero esta imposibilidad tiene diferentes grados; stricto sensu: habrá dudas cuando coexistan motivos para afirmar y motivos para negar pero equilibrados entre sí. Si los motivos para afirmar prevalecen, habrá probabilidad (positiva), la que si bien se acerca a la certeza positiva, no la alcanza en virtud de la vigencia no superada de los motivos para negar. La verosimilitud del derecho que debe acreditarse para fundar válidamente el encierro procesal es la participación punible del imputado en grado de probabilidad.

Efectiva presencia de riesgo procesal

Funcionan en esta ámbito un conjunto de principios y reglas lógicas, con validez universal, que dan sustento racional a cualquier sistema de medidas de coerción, actuando como líneas directrices que permiten edificar un esquema de represión estatal eficiente y a la par respetuosos de los derechos del imputado, logrando un equilibrio propio del modelo de enjuiciamiento que debe imperar en un Estado de Derecho. Estos postulados funcionan como cortapisas, que limitan y encauzan el poder represivo estatal, protegiendo al imputado contra la aplicación de medidas de coerción que resulten arbitrarias. En tal sentido, las restricciones deben decretarse exclusivamente en los casos en que resulte necesario neutralizar el riesgo procesal que se presente -principio de necesidad-, manteniendo vigencia legítima únicamente mientras subsista dicha necesidad -provisionalidad de las medidas de coerción-⁶, siendo indispensable que dichas medidas tengan idoneidad para anular el peligro procesal del caso, aplicándose en virtud de dicha característica y con esa exclusiva finalidad -principio de idoneidad-. Asimismo, aparece como fundamental el principio de mínima intervención o última ratio, que exige no sólo que la medida coercitiva sea necesaria e idónea para el fin propuesto sino también que resulte la de menor gravedad entre las posibles. Finalmente también lleva decisivo valor el principio de proporcionalidad procesal según el

cual el mal que causa la medida de coerción a imponer debe estar en adecuada relación con el riesgo que se pretende evitar. Es con estos postulados de ingeniería jurídica que se construye un sistema de garantías que protege a los ciudadanos contra el poder del Estado, sumándose a ellos, como regla y guía de interpretación el principio de inocencia, que emerge como pauta esencial de donde derivan el carácter excepcional de las medidas de coerción, el principio favor libertatis para la ponderación de las situaciones de duda, la regla de interpretación restrictiva –como regla general- y la regla de interpretación extensiva y analógica en bonam partem para establecer el alcance de las medidas que restrinjan la libertad o coarten derechos.⁷

A las directrices puntualizadas por Marcelo Solimine debe sumársele aquella señalada por Mónica Pintos,⁸ como criterio que informa todo el derecho de los derechos humanos, denominado, pro homine:⁹ debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Finalmente, existe otro principio limitador de las medidas de coerción procesal: el principio acusatorio.¹⁰

Previo a ingresar en el análisis del principio de proporcionalidad considero oportuno recuperar el abordaje del proceso penal que realiza Alberto Binder, quien distingue diversas estructuras del caso penal, a saber: admisión, relevancia, juzgamiento, impugnación y ejecución.

Desde la óptica de la progresividad en el conocimiento adquirido en la causa, nos interesan las tres primeras.

La estructura de admisión se corresponde a la “posibilidad” de la participación punible del imputado, propia de la investigación preparatoria/instrucción jurisdiccional.

La estructura de relevancia se corresponde a la “probabilidad” de la participación del imputado, que habrá de determinarse en la etapa crítica o intermedia.

La estructura de juzgamiento se desarrolla en la etapa del juicio propiamente dicho, debiéndose determinar con certeza la participación punible del acusado en el hecho que se le endilga para legitimar una condena, o de lo contrario absolverlo, si no logra superarse el grado de probabilidad que determinó la relevancia del caso penal.

En función de esta progresión, resulta lógico admitir que una privación cautelar de la libertad no podría decretarse sin haber alcanzado un conocimiento en grado de probabilidad, con mayor razón operando la presunción de inocencia como una garantía de libertad para el imputado (por oposición a una garantía epistemológica de verdad).

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad como regla derivada de la denominada prohibición de exceso, tiene una incidencia directa en la interpretación de la racionalidad del encarcelamiento preventivo.

La racionalidad se constituye como una relación de medio a fin, por tanto, la racionalidad de la prisión preventiva dependerá del fin que se le asigne a ésta. Respecto del fin del encarcelamiento preventivo, coexisten dos corrientes doctrinarias: sustantivista y procesalista.

La primera le asigna a la medida la finalidad de neutralizar la peligrosidad delictiva en sus versiones de reiteración del delito y alarma social, sirviendo también como medio de intimidación (prevención general negativa).

La segunda le asigna la finalidad de cautelar la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley (neutralizando la peligrosidad procesal).

Para la tesis sustantivista, la proporcionalidad a considerar será entre la prisión preventiva y el fin sustantivo -neutralización delictiva-, y para la tesis procesalista, será entre aquella y el fin de aseguramiento del proceso (neutralizando el peligro de entorpecimiento de la investigación y de fuga).

Tradicionalmente se ha remitido la proporcionalidad a la pena que se espera, en el sentido que no la pueda superar en gravedad, operando en este modo como proporcionalidad sustantiva.

La primera consecuencia de tal afirmación es que la prisión preventiva se legitima hasta el techo que implica la pena misma, o lo que es lo mismo, institucionaliza la prisión preventiva hasta ese límite, constituyéndose en la práctica como regla. A partir de esta práctica e intentando restringirla se elaboró la teoría de la inequivalencia.¹¹

Se debe distinguir dos situaciones derivadas de este tipo de proporcionalidad. Primero: que resulta inaceptable a la luz del principio de inocencia por cuanto admite el carácter de pena anticipada a la prisión preventiva.

Segundo: aún para la tesis sustantivista esta relación sólo podría operar, una vez que se tiene un caso penal relevante susceptible de ingresar en la estructura de juzgamiento, en la etapa propiamente del juicio oral, público y contradictorio (donde el conocimiento del caso es al menos en grado de probabilidad). De otra manera, estaríamos prejuzgando la posibilidad de que sea condenado el imputado, cuando todavía no se trata de una persona que haya de ser juzgada.¹²

El art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.

Del texto emerge en contrario sentido que no pueden ser sometidas a prisión preventiva las personas que no hayan de ser juzgadas. Y ¿cuáles son esas condiciones para que una persona haya de ser juzgada) Justamente la mera posibilidad de comisión de un ilícito que habilita la estructura de admisión del caso penal y la consecuente investigación preparatoria (de la acusación) a partir de la sospecha fundada que aún coexiste con la posibilidad negativa de

comisión del hecho investigado (posibilidad de que no haya el sospechoso participado en el hecho investigado).

La duda en estricto sentido no sostiene la verosimilitud del derecho en el grado que lo exige la prisión preventiva, recordando que, a mayor intensidad de la medida cautelar mayor es el conocimiento que se exige del hecho.

Se ha afirmado que el principio de proporcionalidad, como derivación del principio de prohibición de exceso, contiene tres subprincipios:¹³ el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad propiamente dicha.¹⁴

Idoneidad

Constituye un criterio de carácter empírico que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. La medida debe ser la adecuada para obtener los fines perseguidos.

Necesidad

Este sub-principio tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, la medida de coerción será necesaria cuando no exista, dentro del abanico de posibilidades que ofrece el ordenamiento adjetivo, otra decisión que, resultando menos gravosa para los intereses del imputado, pueda alcanzar los fines del proceso.

Proporcionalidad propiamente dicha

Implica una ponderación entre los intereses afectados y los fines perseguidos. Se evaluará si la injerencia en los intereses individuales guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.

En atención a lo expuesto, no podemos perder de vista que, en el contexto de la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público Fiscal –que se endereza a “preparar la acusación”-, y aún en la instrucción a cargo del Juez, característica del modelo inquisitivo que permanece en numerosos digestos procesales provinciales, no resultaría legítimo aplicar la medida cautelar más gravosa: el encarcelamiento preventivo, por dos razones neurálgicas:

1. No tenemos aún un caso penalmente relevante; no se han recabado elementos que permitan sostener fundadamente la acusación fiscal, con el grado de probabilidad que se exige para acceder a la siguiente etapa del proceso: el juicio propiamente dicho, que por su parte exigirá una resolución fundada que así lo disponga. En este sentido cabe interpretar el art. 9.3 del

PIDCyP: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla”. No existe el grado de conocimiento suficiente para fundar la verosimilitud de la medida cautelar en cuestión, con independencia de la concurrencia de riesgo procesal (son requisitos conjuntos y no alternativos que legitiman la cautela). No resulta, entonces necesario ni idóneo el encarcelamiento preventivo durante esta etapa procesal.

2. Constituyendo la libertad un derecho primario (inherente a la persona humana), su restricción por un tiempo prolongado, resulta desmedida, si atendemos al grado de conocimiento propio de la estructura de admisión del caso penal que conforma la investigación preliminar fiscal (o instrucción jurisdiccional). Sólo resultarán adecuadas injerencias menos intensas de éste derecho en cuanto a su extensión temporal como el arresto o la detención, o bien restricciones a derechos menos trascendentes para la autonomía y dignidad de la persona del imputado (por ejemplo: allanamiento o requisa respecto al derecho a la intimidad). No resulta, entonces proporcional el encarcelamiento preventivo durante esta etapa procesal.

Y aún deviene inadmisibles en la etapa de juzgamiento en función del siguiente razonamiento:

Teniendo en consideración el subprincipio de proporcionalidad propiamente dicho, cuyo contenido ha sido detallado precedentemente, deviene imperioso ponderar, no sólo el derecho a la libertad del imputado en relación al interés estatal en una investigación eficaz, sino también, el derecho a la libertad del imputado respecto del derecho de la víctima a la verdad y castigo del culpable (víctima, que reitero, es el titular primigenio de la acción penal, representado por el Ministerio Fiscal luego de confiscado el conflicto por el Estado).

Cuando se pretende equiparar el derecho de la víctima a la verdad -y castigo a los culpables- contra el derecho a la libertad del imputado, se plantea un debate espurio, pues ambos derechos no son equiparables, no tienen el mismo rango axiológico.

Comprender esta contradicción implica confrontar el concepto de verdad con el concepto de libertad y su relación con la existencia concreta de los seres humanos.

Por un lado la satisfacción del derecho a la verdad de la víctima incide de manera sustancialmente diferente sobre su existencia que, sobre la del imputado la restricción a su libertad. Este último se ve limitado en el ejercicio de todos aquellos derechos que presuponen la libertad ambulatoria (incluso su derecho a la verdad en el proceso, conforme el principio de paridad de armas); su plan de vida se ve coartado. En cambio, la afectación del derecho a la verdad de la víctima no condiciona materialmente el ejercicio de otros derechos, y por tanto, no quebranta materialmente la existencia del individuo, su autonomía, su inviolabilidad como persona y dignidad como ser humano.

En segundo término, la libertad, como bien primario, es absoluta: se la tiene o se la pierde con certeza (una apuesta a todo o nada) en cambio el acceso a la verdad real no goza de la misma taxatividad; se accede a ella gradualmente: la probabilidad constituye el límite; la incertidumbre no logra desvanecerse totalmente en ningún momento del proceso (en caso de absolución lo cierto es que no pudo destruirse la presunción de inocencia y aún en la condena, no

podemos afirmar que se haya descubierto la verdad “nouménica” del suceso acaecido). En el proceso de su descubrimiento o revelación, participan una serie de subjetividades (la de testigos, peritos, jueces, fiscales, defensores, e incluso el propio agente que confecciona un acta de procedimiento, inspección ocular, secuestro, croquis ilustrativo, testimonial, etc.)¹⁵ a las que se suman una serie de limitaciones, (reglas procesales) que encauzan la actividad probatoria, circunscribiendo desde el inicio el acceso a la verdad real-histórica del suceso investigado. A lo sumo la víctima -o el fiscal como representante del conjunto de las víctimas-, tiene derecho a una verdad formal / forense¹⁶ a la que sí podrían acceder con certidumbre (aún cuando lejos se hallen de la verdad real del suceso histórico).

Lo absoluto de la pérdida de la libertad del imputado, se conecta con el carácter irreversible e incompensable del daño que importa para la persona afectada, y de algún modo explica la ausencia del recaudo de contracautela en el ámbito penal.

No es posible valorar el daño eventual (material y moral) ante una medida adoptada respecto de una persona que finalmente resulta absuelta en juicio.¹⁷ Y talvez, esa circunstancia constituya la razón por la cual la jurisprudencia se muestra renuente a reconocer el derecho a la indemnización del imputado absuelto que fue privado cautelarmente de su libertad. Si al Estado se le impusiera el requisito de la contracautela, responsabilizando solidariamente a los operadores judiciales (de su propio peculio) que soliciten la medida, y los fondos depositados a tal fin se convirtieran automáticamente –con la sentencia absolutoria- en indemnización al imputado, seguramente no se aplicaría masiva y ligeramente como se lo hace en la actualidad.

Se puede objetar que la contracautela es propia del fuero civil en razón del carácter económico de la materia, pero, cuánto más será necesario contracautelar los asuntos en los que se vea involucrada la misma libertad del ser humano, como unidad psicosomática temporal y coexistencial sustentada en su libertad. En tal sentido, toda agresión contra la libertad se traduce en un radical daño al proyecto de vida,¹⁸ desde que frustra o menoscaba la libre elección de la persona, lo que la persona se propuso ser y hacer en su vida¹⁹.

La reticencia al derecho indemnizatorio del imputado privado de libertad preventivamente, no hace más que exhibir los resabios inquisitivos del instituto. No se indemniza porque con los elementos colectados al momento de dictar tan gravosa medida el sospechado resultaba razonablemente peligroso “para el proceso” en esa etapa provisoria.²⁰ Que luego no haya podido confirmarse tal sospecha de autoría con la certeza que requiere la etapa del juicio propiamente dicho, constituye una circunstancia irrelevante. Se la adopta por las dudas; persiste la idea de defensa social; se defiende provisoriamente a la sociedad del presunto delincuente y simultáneamente se apaciguan los ánimos vindicativos de las víctimas y se satisface la demanda mediática de seguridad.²¹ En síntesis, se reduce al imputado a mero instrumento al servicio de intereses estatales y objetivos sociales.

Con la inquisición se expropiaron las facultades y derechos de la víctima como protagonista del conflicto, y con ello también la obligación de responder ante el eventual daño frente a la contraparte: el imputado; pero la realidad judicial, nos indica que el Estado es eficiente sólo a la hora de cautelar el proceso a costa

de la libertad de un presunto inocente, y absolutamente ineficaz al momento de responder por dicha privación del inocente declarado (sobreseído o absuelto).

DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS MORALES: CARLOS SANTIAGO NINO

Para Nino,²² una teoría de los derechos individuales debe estar constituida por principios acerca del bien de los individuos y acerca de la distribución de ese bien. Un rasgo distintivo de los Derechos Humanos es que versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares; la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres. Los principios fundamentales de los que los Derechos Humanos derivan, son categóricos en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de ellos a la posesión de una u otra características. Son erga omnes, se aplican a todos y a todo. Nino propone tres principios de cuya combinación derivan los Derechos Humanos fundamentales: 1) autonomía de la persona –que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales; 2) inviolabilidad de la persona –que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos- y 3) dignidad de la persona –que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el derecho a la libertad colisiona con otro derecho? En principio, prevalece el derecho de mayor jerarquía, la que se determina a partir del principio de autonomía. Pero esta solución tiene una dificultad: implica infringir el principio de inviolabilidad de la persona humana al sacrificar sus derechos como un mero medio para preservar derechos más importantes de otros. De cualquier modo está solución tiene un ámbito de aplicabilidad en el que no entra en colisión con tal principio: no todos los derechos protegen intereses de tal modo inherentes a la persona humana que su frustración implique sacrificar a su titular. Hay derechos que versan sobre bienes que no son indispensables para la elección y materialización de planes de vida (léase: tutela judicial efectiva en relación a la libertad). En estos casos la privación del bien no viola el principio de inviolabilidad de la persona porque no menoscaba su autonomía.

El autor sostiene que se puede hacer una distinción entre bienes primarios y secundarios según sean o no necesarios para la elección y materialización de planes de vida, de modo que sólo los primarios quedan excluidos de toda compensación interpersonal: solo cuando los bienes en juego son de igual jerarquía y en consecuencia el principio de inviolabilidad de la persona se vuelve inoperante, debe adoptarse una solución utilitarista que, sobre la base del valor intrínseco de la autonomía personal, dé preferencia a los intereses más importantes de más gente, en estos casos de conflictos irresolubles de derechos sobre bienes primarios. Este es el cauce para la persecución del bien común y otros objetivos colectivos.

La existencia de un sistema jurídico se justifica en tanto y en cuanto él es un medio necesario para preservar y promover los Derechos Humanos. Cuando el derecho es justo, la obligación moral de obedecerlo coincide con las obligaciones morales que los individuos tendrían, lo mismo que si ese derecho fuera distinto o no existiera. La democracia, como sucedáneo del discurso

moral, es un modo imperfecto, y sus conclusiones son sólo aproximaciones a las que se podría obtener a través de ese discurso. Por tanto, aún cuando existe una presunción a favor de la justificabilidad de las decisiones democráticas, se trata de una decisión revocable a la luz de las conclusiones a las que pueda llegarse en el marco de ese discurso.

En este sentido también se pronuncia Habermas²³ cuando sostiene que los ciudadanos son políticamente autónomos sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios. Las delimitaciones justas son más bien el resultado de una autolegislación ejercida colectivamente. La llave que garantiza las libertades iguales es el uso público de la razón institucionalizado jurídicamente en un proceso democrático.

COLOFON

La verdad confrontada con la libertad en el proceso penal, se manifiesta de dos modos diversos que determinan soluciones radicalmente diferentes. Por un lado el interés estatal en el descubrimiento de la verdad (y por tanto, la incolumidad de la investigación) y por el otro el derecho de la víctima del suceso a conocer la verdad y a una tutela judicial efectiva.

En relación a la primera manifestación de la confrontación apuntada, la teoría de la Ponderación, expresada en la tensión entre el interés estatal/objetivo social y el derecho a la libertad del perseguido penalmente, sólo tiene cabida frente a una colisión de principios fundamentales,²⁴ y no es este el caso.

El problema radica en que interés-colectivo y objetivo-social²⁵ son expresados por el aparato del Estado en el marco de una democracia competitiva, provocándose una disociación entre aquellos y las condiciones para el pleno desarrollo de las potencialidades del sujeto en una sociedad justa.

A su vez, el Estado como ficción legal carente de personalidad moral, no tiene derechos –en el sentido liberal del término- y menos aún, “derecho” a suprimir la operatividad/ejercicio efectivo del derecho humano a la libertad mediante el encarcelamiento preventivo (ni cualquier otro mecanismo equivalente). En el mismo sentido, resulta erróneo alegar el derecho de la sociedad a defenderse del delito o del delincuente.

El derecho del Estado o de la Sociedad tendría sentido en un estado ético en el que no existe la libertad individual sino inscrita en el marco de lo colectivo. Es en este marco (de un Estado que confisca la libertad del sujeto) en el que se inscriben los derechos humanos como límites al poder estatal. En el contexto de un Estado que no contiene lo individual y lo colectivo en una instancia superadora y que, por el contrario, atomiza los sujetos y se alza frente a éstos como un poder que se autonomiza de la voluntad general, se fuerza a los sujetos a “atrincherarse” en los derechos (Dworkin²⁶).

El sacrificio de lo subjetivo a favor de lo público procede de una visión de lo político como instancias o estratos inconexos o antagónicos.²⁷ Dominio político concebido como una competencia entre intereses divergentes y a los ciudadanos como agentes autointeresados o consumidores pasivos de mercancías electorales.²⁸

Pero aún en la lógica del derecho y la justicia del Estado liberal (formal) contemporáneo, los derechos de la víctima, a conocer la verdad y al castigo del culpable, no se encuentran jerárquicamente equiparados con el derecho primario a la libertad del presunto inocente. No se trata de derechos concurrentes, y por tal motivo, el derecho de la víctima se encuentra delimitado por el derecho del imputado.

Ambos derechos emanan de normas válidas previstas por un ordenamiento supra nacional de jerarquía constitucional, sin embargo los derechos que consagran, no pertenecen a la misma categoría. El derecho a la libertad del imputado constituye un derecho primario (fundamental), “un medio para todo propósito” (Rawls²⁹) y no sucede lo mismo con el derecho de la víctima. Por tanto, el ámbito de aplicación del derecho de la víctima -su operatividad- se encuentra reducido frente al derecho del imputado. Resulta inaplicable toda medida que, en función del derecho de la víctima, pretenda sacrificar el ámbito de aplicación del derecho a la libertad del imputado.

La prisión preventiva quebranta la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de la persona en los términos afirmados por Nino, pero estos principios violentados se refieren al sujeto kantiano despojado de toda individualidad: puro ser inteligible como humanidad racional, esencia de la especie. Sin embargo, lo que está en juego en la prisión preventiva es la individuación del sujeto, que como tal se constituye con lo social, y su proyecto de vida es un proyecto que se realiza con los otros, un ser cuyas necesidades son consideradas y reconocidas por sus pares, constituido por relaciones de reciprocidad simétrica, en el vínculo con los demás (como libre e igual).

La prisión preventiva deviene instrumento de dominación, objeto de la “intolerancia selectiva”³⁰ ejercida por la mano invisible del Estado³¹. Degrada al sujeto a mero instrumento para la satisfacción de las necesidades vindicativas de una persona o grupo (en lo inmediato) y para la satisfacción de las necesidades del proceso (en lo mediato). De este modo niega el valor de la libertad, reconocido en el pasado real de la humanidad, es decir, de todas las historias humanas y en el presente real, y en el futuro del presente de nuestra propia historia (occidental y moderna)³².

Una sociedad caracterizada por la explotación, la represión y la violencia - donde lejos de instalarse en la agenda pública las cuestiones del poder y la exclusión para someterlas a debate, se las legitima, eliminando en este proceso al adversario-, no tolera un discurso práctico entre libres e iguales, que permita evaluar la validez de las normas existentes y garantice, bajo los presupuestos de la acción comunicativa, la rectitud de los acuerdos normativos. A los “peligrosos” se les ha confiscado la voz.

Para comprender la supervivencia del encarcelamiento preventivo, es necesario explorar su funcionalidad dentro del aparato de las políticas públicas del Estado, y desnudar el discurso “no dicho” que “corre obstinadamente bajo de él (el discurso manifiesto del Derecho Penal), pero al que recubre y hace callar”.³³ Ciertamente, los niveles de selectividad estructural del sistema punitivo se han elevado con el eficientismo como síntoma y parte integrante de la crisis social y política y de los procesos de comunicación social que la acompañan.

El derecho penal eficientista llena las cárceles, sobre todo, de sujetos socialmente débiles.

“La utopía concreta de la alianza de las víctimas de la modernidad y de una reformulación del pacto social que garantice la inclusión de los excluidos, indica el recorrido para un proceso político [...] que conduce a formas más altas de “desarrollo humano”³⁴, en las cuales la relación entre necesidades, capacidades y derechos fundamentales alcanzarán un nivel superior...”³⁵

La privación de la libertad de un presunto inocente, aún para quienes enarbolan el derecho a la verdad, constituye una ostentación obscena de ejercicio de poder que se realiza más allá del marco jurídico prescripto.

¹ Superado el momento negativo de la crítica al viejo orden sociopolítico como así el espíritu optimista del nuevo orden, el proceso que se extiende desde el siglo XVI al siglo XVIII donde se desarrolla la acumulación originaria que determinará la Revolución Industrial, representa la conquista del poder político por la clase burguesa. Las relaciones de los hombres se organizan en torno a la idea del “contrato” y la mejor síntesis de esa organización está constituida por la propiedad. La preocupación central de la clase dominante será disciplinar a las masas para que no sean potenciales atentadoras contra la propiedad, garantizando que en la sociedad civil se realicen las esferas de libertad y autonomía necesarias para la libre regulación del mercado.

La acción criminal será políticamente considerada como propia de los excluidos de la propiedad y por tanto, como atentado al orden y a la paz de los poseedores. (Máximo Pavarini, “Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico”, 1983, Siglo Veintiuno Editores, p.27 y ss.

² Resulta relevante la valoración de la prueba obtenida y producida fuera del juicio oral, especialmente cuando las pruebas han sido aportadas por la policía sin control de la defensa. Por otra parte, la privación de la libertad durante el proceso impide la organización eficaz de la defensa por parte del imputado, circunstancia que ha sido apuntada por Luigi Ferrajoli, en Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p.604.

³ Aunque las tendencias más recientes sólo admiten un único supuesto legítimo de peligro procesal, el peligro de fuga. Ello en virtud de que los tratados internacionales determinan que el encarcelamiento preventivo sólo puede ser justificado para asegurar la comparencia del imputado al proceso (CADH, 7.5 y PIDCP, 9.3). En este sentido se pronuncia San Martín - conferencia sobre detención preventiva- y Alberto Binder –Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-Hoc, p.199- quien considera que el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado.

⁴ El arresto requiere tan sólo la existencia de suficientes indicios de cargo, mientras que la detención requiere motivo bastante para sospechar de la participación punible del encartado en el hecho que se investiga y la prisión preventiva requiere acreditar la materialidad objetiva del hecho con certeza y la participación punible en grado de probabilidad.

⁵ José Cafferata Nores, “Garantías y Sistema Constitucional”, Revista de Derecho Penal, 2001-1, pag. 128, Rubinzal Culzoni Editores.

⁶ La provisionalidad de las medidas de coerción se encuentran relacionadas con el derecho a la duración razonable del proceso penal, reglamentado mediante ley 24390. La normativa prevé el supuesto de cesación de la prisión preventiva por imperio legal, con independencia de que subsista el riesgo procesal. Se ha cuestionado con acierto, que el límite temporal reglado por la ley, finalmente legitima el encierro hasta tal límite; lejos de operar como máximo extraordinario, lo “normaliza”.

⁷ Marcelo Solimine, “Principios generales de las medidas de coerción: enunciación universal y aplicación en los códigos nacional y bonaerense”, en LL 1998-E-1213, sec. doctrina.-

⁸ Temas de Derechos Humanos, Editores del Puerto, 1997, p.81.-

⁹ En su función de norma de reenvío obliga aplicar siempre la disposición más favorable a la persona, ya sea internacional o local; expresada en el art. 29 de la CADH y el art. 5 del PIDCP; interpretada por Zaffaroni como aplicación del principio de buena fe.

¹⁰ En el marco de un sistema acusatorio material, el principio acusatorio significa que el órgano (estatal) habilitado para tomar la decisión de controversias de carácter penal no puede intervenir en el caso a menos que exista un pedido concreto de un particular, cuya actuación se desempeña fuera de la de cualquier órgano público o dependiente del Estado. Tanto en un

sistema de acción privada como en un sistema de acción popular el órgano llamado a cumplir funciones decisorias necesita de la intervención de un particular que cumpla las funciones de acusador, solicite su pronunciamiento y, a la vez, defina el objeto de discusión. (Bovino, A. Ob cit. p.11)

¹¹ En este sentido, Natalia Sergi, desarrolla su teoría de la inequivalencia en “Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo”, Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Baigún, David et al., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

¹² La privación de la libertad como medida cautelar tuvo sentido mientras pretendió asegurar la presencia del imputado hasta la eventual imposición de la pena, cuando ésta, en función de la gravedad de la imputación, resultaría cualitativamente más gravosa que la privación cautelar de la libertad (pena capital o aflictiva corporal). Con la humanización de las penas emergente del ideario iluminista, desaparecen las penas capitales, las aflictivas positivas (las que lesionaban la integridad personal y causaban al cuerpo un dolor directo) y el destierro (aflictiva negativa). El derecho penal se constituye en torno a la pena de prisión, razón por la cual la prisión preventiva se identifica fácticamente con la pena que cautela, y como tal comporta la sanción penal sin juicio previo, violentando el principio de racionalidad del medio en relación al fin cautelado (sobre la clasificación de las penas véase, Carrara, Francesco, “Programa de Derecho Criminal Parte General”, Tomo II, p.97 y ss. Ediciones Depalma, 1996).

¹³ Bruzzone enumera estos principios conjuntamente con el de *nulla coactio sine lege* (la medida tiene que estar prevista en la ley) y el de *órgano competente* –al que también se ha denominado principio de judicialidad del encarcelamiento cautelar- (“La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en La Justicia Penal Hoy, AAVV Fabian J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000, p.189-211).

¹⁴ Conforme la clasificación que realiza González Cuellar Serrano, Nicolás en “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal” Colex, Madrid, 1990, p.154 y ss. En sentido similar, se expresa Robert Alexis (“Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 28, Bogota, 2003) en el que identifica el principio de proporcionalidad con la tesis de la optimización, que *opera sólo en caso de colisión de principios fundamentales* y analiza los márgenes de acción epistémicos. Estos se originan a partir de los límites de la capacidad para conocer los límites de la Constitución. Existen tres márgenes de acción epistémicos: para la fijación de fines (regido por el principio de necesidad); para la fijación de medios (regido por principio de idoneidad) y para la ponderación (regido por el principio de proporcionalidad propiamente dicho). Los dos primeros subprincipios exigen la máxima realización posible de los principios relevantes en cada caso, *en relación a las posibilidades fácticas*; el último, en cambio, exige la máxima realización posible de los principios relevantes en cada caso *en relación a las posibilidades jurídicas* (Teoría de los principios como mandatos de optimización). La ponderación resulta indispensable cuando un principio sólo puede realizarse a costa del otro y supone el nexo entre la intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican.

¹⁵ Que además no se encuentran afectados en su existencia, del modo que el imputado.

¹⁶ Francesco Carrara, en su “Programa de Derecho Criminal” (volumen 2), realiza un paralelo similar entre condena del inocente y castigo al culpable. Afirma: “Si se viola el derecho en perjuicio del acusado, se ocasiona un mal cierto y positivo que es la condena del inocente, mientras que si al preferir la absolución en caso de duda se viola (respecto de una verdad desconocida) el derecho de la sociedad al castigo del culpable, no se produce sino un mero peligro; de modo que la diferencia entre una y otra consecuencia, es precisamente la misma que hay entre afrontar un mal y afrontar un peligro.

¹⁷ “Quien ingresa a la prisión, deja de ser hombre. Es convertido en una categoría legal. Un dependiente que pasa a servir a la imposición penal (...) es que el Estado más que de su libertad ambulatoria se apropia de su vida” (Elias Neuman: “No a la prisión”, en Lecciones y Ensayos nº 66, Bs.As. 1996, p.46).

¹⁸ Jorge Mosset Iturraspe destaca que el “daño al proyecto de vida”, como radical expresión del genérico “daño a la persona” nace al conjuro del Código Civil peruano de 1984 y de allí se extiende a toda América (“El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 23)

¹⁹ Carlos Fernández Sessarego sostiene que: “El ser humano en tanto libre coexistencial y temporal proyecta constantemente. Es por ello, un ser proyectivo. El proyecto se erige sobre la base de una decisión libre, con miras al tiempo futuro, contando con los demás para realizarlo dentro de su vida.” (“Fundamentos de los derechos humanos en el umbral del Siglo XXI:

personalismo, tridimensionalismo y proyecto de vida”, en Portal de Información y Opinión Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú).

²⁰ Nos recuerda el maestro Francesco Carrara que el art. 46 del Código Leopoldino de Toscana del 30/11/1786 regulaba la formación de una caja de multas destinada a indemnizar a los imputados encarcelados preventivamente luego absueltos, el mismo rezaba: “así como es deber esencial del gobierno prevenir los delitos, perseguirlos y castigarlos, también lo es pensar en indemnizar, no sólo a los damnificados de los delitos de los reos, sino asimismo a aquellos individuos que por las circunstancias de los casos o por ciertas casualidades fatales, se han encontrado, sin dolo o culpa alguna, sometidos a ser procesados criminalmente, y muchas veces detenidos en la cárcel con perjuicio de su decoro e interés y del de su familia, y a quienes después se les reconoce como inocentes y se les absuelve como tales. Por ello [...] mandamos que se forme una caja aparte, a la cual deben afluir todas las multas...esta caja deberá indemnizar a todos aquellos que solamente por ciertos casos fatales y desgraciados han sido procesados, encarcelados y luego hallados inocentes y absueltos como tales.”

²¹ Desde el punto de vista jurídico, pero asimismo desde el psicológico, “seguros” podrían y deberían estar, sobre todo, los sujetos portadores de derechos fundamentales universales; “seguros” en relación con el disfrute y la protección efectiva de aquellos derechos. En la opinión pública y en los medios de comunicación de masas estos delitos se caracterizan por una regular repartición de papeles de la víctima y del agresor, respectivamente en los grupos sociales garantizados y “respetables” y en aquellos marginales y peligrosos (extranjeros, jóvenes, tóxico-dependientes, pobres, sin familia, sin trabajo o sin calificación profesional) Alessandro Baratta, “Criminología y Sistema Penal”, compilación in memoriam, Editorial IbdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p.157

²² Nino, Carlos Santiago “Ética y derecho humanos, Un ensayo de fundamentación”, 2ª Edic. ampl.y revis., Astrea, Buenos Aires, 1989.

²³ Habermas, Jürgen “Escritos sobre moralidad y eticidad”, Ediciones Paidós, Pensamiento contemporáneo 17, Barcelona, 1991.

²⁴ “Los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo (...) son principios materiales siempre aplicables en los casos en los que sean relevantes” (Robert Alexy, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nº 28, 2003, p. 26 y 36; sobre la relevancia de los principios y la ponderación en el marco del principio de proporcionalidad ver nota al pie nº 50).

²⁵ En oposición a la concepción de la democracia deliberativa que rescata la idea de que el fin de la política debiera ser la búsqueda del bien común cuyo contenido y formas de instrumentación pueden ser consensuados entre todos, a través de una deliberación pública que refleje, no la voluntad de todos, sino la voluntad general. (esta oposición es remarcada por Graciela Vidiella “Estabilidad y Razón Pública en Liberalismo Político”, en Rawls post Rawls, Claudio Amor (compilador), Universidad Nacional de Quilmes Editorial, Buenos Aires, 216, pag. 114).

²⁶ Dworkin, Ronald “Los Derechos en Serio”, Editorial Ariel Derecho, 5ª edición, Barcelona, España, 2002.

²⁷ López Osorno, Juan en “El sistema de la Eticidad” de Hegel, estudio preliminar, p.20.

²⁸ La participación en la cosa pública se limita al momento del voto cuando, al votar por la propuesta que más se adecúa a sus preferencias, legitiman el poder político. (concepción shumpeteriana citada por Graciela Vidilla, ob. cit, p.113.)

²⁹ Rawls, John “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, quinta reimpresión de la segunda edición en español, 2004.

³⁰ “El concepto de “tolerancia cero” no importa la rigurosa aplicación de todas las leyes, que sería imposible –por no decir intolerable- sino más bien una imposición extremadamente discriminatoria contra determinados grupos de personas en ciertas zonas simbólicas. ¿Dónde está la tolerancia cero de los delitos administrativos, el fraude comercial, la contaminación ilegal, y las infracciones contra la salud y la seguridad? En realidad, sería más exacto describir las formas realizadas en nombre de la “tolerancia cero” como estrategias de “intolerancia selectiva” (Adam Crawford, “Crime Prevention and Community safety: politics, policies and practises”, Londres, 1998, pag. 155.)

³¹ “La nueva doxa punitiva pone de relieve los lazos orgánicos, tanto ideológicos como prácticos, entre el debilitamiento y retroceso del sector social del estado y el despliegue de su brazo penal (...) La regulación de la pobreza permanente mediante el trabajo asalariado es sucedida por su regulación por las fuerzas del orden y los tribunales (...) La utopía neoliberal trae en su huella, para los más indigentes, pero también para todos aquellos que tarde o temprano están condenados a quedar excluidos del sector del empleo protegido, no un

aumento de libertad, sino su reducción y hasta su supresión, al término de una regresión hacia un paternalismo represivo de otra época, la del capitalismo salvaje, pero con el añadido, esta vez, de un Estado punitivo omnisciente y omnipotente. La mano invisible cara a Adam Smith, está sin duda de vuelta, pero esta vez calza un guante de hierro” Loic Wacquant, “Las cárceles de la miseria”, Ed. Manantial, 1ra edición, 2da. Reimpresión, 2004, pag. 25, 131 y 150

³² Agnes Heller, (“Más allá de la Justicia”, Editorial Crítica, Barcelona, 1990, pag. 192)

³³ Sebastián Van Der Dooren, quien cita entrecomillados de Foucault, “La arqueología del Saber”.-

³⁴ En el sentido adoptado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano; las tres dimensiones elementales de “desarrollo humano” son la salud (expectativa de vida), la instrucción y el acceso a los recursos materiales que garantizan un standard aceptable de vida.

³⁵ Baratta, Alesandro “Criminología y Sistema Penal”, en Memoria Criminológica 1, 2004, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, p.178.