

LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA ÓPTICA DE LA JUSTIFICACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES

*DIEGO DEI VECCHI**

Resumen. El autor pone de relieve algunas tensiones que surgen dentro de la llamada “concepción cautelar” de la prisión preventiva, ampliamente receptada dentro de los ordenamientos jurídico-procesales occidentales, analizándola a la luz de las decisiones judiciales que disponen la aplicación de la medida. Se muestra, de conformidad con la postura de ciertos juristas, que la premisa normativa de dichas decisiones, justificada de acuerdo con esa concepción, remite en última instancia a una polémica configuración, tanto del contenido cuanto de la ponderación de los principios constitucionales relevantes. Se argumenta que las premisas así fundadas carecen de justificación concluyente. Dada la amplia aceptación y aplicación de normas así “justificadas”, se pasa luego al análisis de la justificación de la premisa fáctica, formulada de acuerdo con la concepción cautelar. Se analiza el modo en que usualmente se dan por justificadas las premisas fácticas en que se afirma, contemporáneamente, que un imputado determinado es peligroso para los fines del proceso penal seguido en su contra, y que encarcelarlo es indispensable para neutralizar ese peligro. Se argumenta, en definitiva, que la pretendida verificación de esos supuestos de hecho socava las bases de la concepción cautelar misma, desde que los argumentos utilizados para justificar externamente la premisa fáctica entrañan una inconsistencia con sus propios presupuestos.

Palabras clave: encarcelamiento, cautelar, justificación, prueba, principios.

* Doctorando en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica, Istituto Giovanni Tarello, Università degli Studi di Genova. Correo electrónico: deivecchidm@gmail.com.

PRETRIAL DETENTION FROM THE POINT OF VIEW OF JUSTIFICATION OF JUDICIAL DECISIONS

Abstract. The author highlights some of the tensions that arise within the so-called “procedural conception” of pre-trial detention. It is widely accepted within the western legal and procedural systems analysed into the judicial decisions that determine the measure’s applications. According to certain jurists’ positions, the normative premise of such decisions is justified, based on the conception lately referred to a controversial configuration of both the content and the weight of the relevant constitutional principles. It is argued that the premises thus founded lack conclusive justification. Given the wide acceptance and application of “justified” rules, the justification of the factual premise is explained, formulated according to the procedural conception. Therefore, factual premise is justified, in which it states that the particular accused is dangerous for the final criminal process followed against him, and that imprisonment is necessary to neutralize such danger. As a result, it is argued that the factual assumptions undermines the procedural conception of pre-trial detention, since the arguments used to justify the factual premise are inconsistent with its own pre-suppositions.

Keywords: pre-trial, detention, justification, proof, principles.

A PRISÃO PREVENTIVA DO PONTO DE VISTA DA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Resumo. O autor destaca algumas tensões que surgem dentro da chamada “concepção cautelar” da prisão preventiva, amplamente aceita nos ordenamentos jurídico-processuais ocidentais, analisando-a à luz de decisões judiciais que decretam a medida. Mostra-se, de acordo com a postura de certos juristas, que a premissa normativa de tais decisões baseada nesa concepção remete, em última instância, a uma configuração controversa tanto do conteúdo quanto da ponderação dos princípios constitucionais relevantes. Argumenta-se que as premissas assim fundamentadas carecem de justificação conclusiva. Dada a ampla aceitação e aplicação das normas assim “justificadas”, passa-se à análise da justificação da premissa fática formulada de acordo com a concepção cautelar. Analisa-se o

modo em que usualmente se dão por justificadas as premissas fáticas com que se afirma, ao mesmo tempo, que um determinado imputado é perigoso para os fins do processo penal no qual é réu, e que encarcerá-lo é indispensável para neutralizar esse perigo. Argumenta-se, em conclusão, que a pretendida verificação desses supostos de fato mina as bases da concepção cautelar mesma, uma vez que os argumentos utilizados para a justificação externa da premissa fática implicam uma inconsistência com seus próprios pressupostos.

Palavras-chave: prisão, preventiva, justificação, prova, princípios.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

El encarcelamiento de personas durante el proceso penal ha sido históricamente, y es aún hoy, uno de los institutos jurídicos más polémicos en todo ordenamiento. Esto así, dado que la prisión es la pena más grave pena admitida por la mayoría de los ordenamientos occidentales, y al tiempo que se garantiza el trato como inocente a todo individuo no condenado, el encarcelar a los imputados durante el proceso sosteniendo contemporáneamente que se los está tratando como inocentes es, cuanto menos, osado.

Esta osadía ha buscado racionalizarse, desde el iluminismo a nuestros días, por medio de la que se conoce como “concepción cautelar” de la prisión preventiva: una construcción de raigambre dogmática, según la cual el encarcelamiento de un individuo en las condiciones mencionadas es legítimo (materialmente válido) frente a la presunción de inocencia y la garantía de libertad ambulatoria si, y solo si, la razón por la que se dispone esa medida es la necesidad absoluta de neutralizar un peligro procesal predicable del individuo cuyo encarcelamiento se dispone, y si ese peligro y esa necesidad son verificados en cada caso concreto. Por su parte, y en términos meramente introductorios, la peligrosidad procesal consiste en un riesgo que amenaza la consecución de los fines del proceso penal (en términos generales, descubrimiento de la verdad y actuación de la ley penal sustantiva).

Este trabajo se propone dos objetivos, uno de carácter general y uno de carácter específico. El objetivo general es el de ofrecer una explicación global del instituto de la prisión preventiva en su concepción cautelar, abordando, conjunta y sistemáticamente, los problemas que tradicionalmente se han señalado a su respecto, poniendo el foco

de atención en el momento decisorio del encarcelamiento. El objetivo más específico es el de mostrar que la concepción cautelar de la prisión preventiva (además de otros problemas que varios autores han señalado históricamente), presenta una inconsistencia interna que se manifiesta al momento de su aplicación. Esta inconsistencia reside en que según esa concepción, la prisión preventiva solo es legítima *si se prueba* en cada caso concreto la peligrosidad procesal (*periculum libertatis*), al tiempo que dicho supuesto de hecho, por razones conceptuales, no puede ser estrictamente *probado*, al menos no del modo en que actualmente se lo configura en la práctica de numerosos ordenamientos.

La presentación seguirá un orden acorde a estos dos objetivos. Se delinearán como punto de partida, brevemente, un modelo de justificación de decisiones judiciales, subrayando la distinción entre premisa normativa y premisa fáctica. En segundo lugar, se ofrecerá una caracterización más detallada de la concepción cautelar de la prisión preventiva, a los fines de delinear la premisa normativa que concuerda con esa concepción. Se abordarán a continuación los problemas justificativos relacionados con esa premisa normativa, resaltando algunos argumentos críticos, al día de la fecha, bastante difundidos. Finalmente, se tratarán las cuestiones relativas a la premisa fáctica, determinada sobre la base de la premisa normativa antes mencionada, mostrando la inconsistencia aludida entre las exigencias probatorias de la concepción cautelar y el modo en que se configura en la práctica la noción de peligrosidad procesal.

§ 2. **LA JUSTIFICACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES: UN MARCO TEÓRICO**

Es usual entre los teóricos presentar un modelo de justificación de decisiones judiciales, a partir de ciertas distinciones que buscan poner de manifiesto los tipos de argumentación apropiada para cada uno de los enunciados en que la decisión, como estructura argumental, puede ser fragmentada¹. Desde hace tiempo suele distinguirse a estos efectos entre justificación interna y justificación externa. La primera responde al modelo silogístico-deductivo, donde de la conjunción entre una premisa normativa (expresiva de una norma de carác-

¹ Por todos, WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho*, p. 46. Obsérvese bien, se trata de abordar a la decisión judicial en términos de *procedimiento argumentativo*, no como acto mental del decisor.

ter general y abstracto) y una premisa fáctica que asevera que cierto hecho se ha verificado, se sigue una conclusión en términos de norma individual (la decisión norma, por contraposición a la decisión proceso que la justifica).

Sin embargo, la noción silogística de decisión judicial pierde de vista las cuestiones concernientes a la justificación independiente de cada una de las premisas, relación con las cuales los procedimientos argumentales adecuados son profundamente diversos. Estos procedimientos, en su conjunto, constituyen lo que se conoce genéricamente como justificación externa. Para comprender cabalmente las diferencias entre ellos, es conveniente introducir desde ya la distinción entre razones explicativas y razones normativas, así como la consiguiente delimitación entre explicación y justificación. Así, “la explicación, en tanto acto verbal definido por un interés descriptivo, tiene la dirección de ajuste palabra-mundo que caracteriza a todo acto aseverativo. Los enunciados que constituyen su manifestación externa se definen por pretender adecuación con la realidad. En contraste, la justificación tiene una dirección de ajuste mundo-palabra, común a los actos directivos en general. Esto es, se caracteriza por la pretensión de adecuar la realidad a lo que se enuncia”². Desde los trabajos de DAVID HUME, por lo demás, se acepta de modo más o menos generalizado que no es lógicamente admisible inferir conclusiones normativas (acerca de lo que uno debe hacer) a partir de premisas meramente fácticas (acerca de cómo las cosas son).

De modo que la justificación externa de la premisa mayor, normativa, asumiendo que las normas no son ni verdaderas ni falsas y que no pueden inferirse de proposiciones fácticas, requiere de una argumentación tendiente a sustentar la validez de la norma pertinente dentro de un determinado sistema normativo, lo cual solo puede hacerse recurriendo a razones normativas o justificativas. La justificación externa de la premisa fáctica, por el contrario, por cuanto consiste en fundamentar un enunciado fáctico expresivo de una proposición verdadera o falsa, requiere sustentar su verdad. Esto solo puede hacerse mediante razones explicativas, y más específicamente razones epistémicas (pruebas). En términos generales, asumiendo una posición racionalista acerca de la prueba y su valoración, debe mostrarse que hay pruebas suficientes para aceptar al enunciado como verda-

² REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, p. 80.

dero³. Sin embargo, la justificación de la premisa fáctica exige además otra operación, que es conceptualmente previa. Esa operación consiste en la calificación de un evento, o de un enunciado acerca de un evento, como instancia del supuesto de hecho de la norma general y abstracta que compone la premisa mayor (normativa). En breve, requiere que el enunciado fáctico más primitivo sea formulado o traducido en lenguaje jurídico. Veamos entonces cómo responde la concepción cautelar de la prisión preventiva frente a este marco teórico.

§ 3. **LA PREMISA NORMATIVA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA CONCEPCIÓN CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El origen de la concepción cautelar de la prisión preventiva ha de buscarse entre los eslabones de la cadena de sucesos constitutivos de lo que se ha denominado “historia oficial” de los derechos humanos: “proceso que conduce a la llamada ‘fase declarativa’ o de ‘positivización’ de ese ideal de justicia”⁴. Entre otros postulados hoy considerados fundamentales, quedaba cristalizada como producto de ese proceso la desde entonces en apariencia indiscutible presunción de inocencia⁵. Históricamente de ella se derivaron, al menos, dos reglas relativamente independientes: la regla de trato de todo imputado como inocente y la regla de juicio según la cual, por una parte, corresponde al acusador probar los cargos y, por la otra, en caso de duda ha de absolverse al imputado (*in dubio pro reo*).

Si bien esto permitiría pensar que la prisión (pena más grave admitida en la mayoría de los ordenamientos) quedaba proscripta antes de condena, es sabido que, ya desde entonces, nunca fue entendido así por la mayoría de los legisladores, jueces o juristas. De hecho, el entendimiento de la prisión preventiva como medida cautelar legítima, nacía precisamente entre los ilustrados, que en ningún momento se habrían propuesto abolir al instituto⁶. Sus argumentos se enri-

³ Por todos, FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*.

⁴ DE LORA, *Memoria y frontera el desafío de los derechos humanos*, p. 31 y 32.

⁵ Sin ánimo de exhaustividad, véanse los arts. XXVI, primera parte DADDH; 8.2 CADH; 14.2 PIDCP; 11.1 DUDH; 6 parte 2, CeDH; 48.1, CDFU; 108.1 CE.

⁶ Esto es evidente, por ejemplo, en las afirmaciones de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, p. 60, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, p. 161 y 162, § 897, e “Inmoralità del carcere preventivo”, en *Programma del corso di diritto criminale*, p. 401 a 405.

quecerían durante los siglos posteriores a partir de dos fenómenos; por una parte, la codificación y constitucionalización generalizada de los derechos fundamentales; por la otra, la sofisticación del discurso acerca de la prisión preventiva, por recurso a conceptos propios de las medidas cautelares del proceso civil. Esto conducía a que la prisión preventiva quede configurada como una medida cautelar más, teniendo, por tanto, los caracteres de instrumentalidad y de excepcionalidad.

Conforme al primero de esos caracteres, se trata de una medida que no es un fin en sí misma sino un medio al servicio de los fines del proceso. De conformidad al segundo, se trata de un medio condicionado de modo insoslayable a la verificación de la indispensabilidad de la medida para la tutela de los fines procesales en cada caso concreto⁷. Esta concepción se dice “capta perfectamente la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo asignándole solo la misión de custodiar los fines del proceso, para que este pueda cumplir su función instrumental de ‘afianzar la justicia’”⁸.

a) *LA FORMULACIÓN DE LA PREMISA NORMATIVA DE CONFORMIDAD A LA CONCEPCIÓN CAUTELAR.* La premisa normativa de la prisión preventiva concebida como medida estrictamente cautelar, queda compuesta como condicionando el encarcelamiento a tres condiciones “fácticas” que deben confirmarse conjuntamente:

1) El denominado *fumus commissi delicti*: presencia de un determinado caudal probatorio en favor de la hipótesis acusatoria.

2) El factor identificado como *periculum libertatis* o peligrosidad procesal: el pronóstico de frustración de los fines del proceso como contrafáctico del estado de libertad del acusado.

3) El hecho de ser la prisión preventiva condición necesaria de la neutralización de dicho peligro procesal, esto es su carácter indispensable.

Esta premisa puede predicarse como exigencia de legitimidad extensible a numerosos ordenamientos jurídico-procesales⁹. Y esto

⁷ Por todos, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, y *Principii di diritto processuale civile*.

⁸ CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, p. 12.

⁹ CORTE IDH, 21/11/07, “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”; íd., 1/2/06, “López Álvarez vs. Honduras”, son claros ejemplos de decisorios que imponen la concepción cautelar. En Europa, pueden verse en esta orientación TEDH,

tiene, al menos, dos consecuencias relevantes; una, la justificación de la premisa normativa, su validez material, queda supeditada a las razones sobre las que se base la concepción cautelar como tesis dogmática (depende de la justificación de esa concepción misma) y otra, a fin de que la norma sea justificadamente aplicada, se torna imperiosa la comprobación de la subsistencia de cada uno de los supuestos de hecho condicionantes que forman la premisa fáctica. Esto último se sigue del compromiso de jurisdiccionalidad correlativo a la prohibición de arbitrariedad¹⁰.

b) *LA JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA NORMATIVA DE CONFORMIDAD CON LA CONCEPCIÓN CAUTELAR.* La justificación de la premisa normativa, de conformidad a la concepción cautelar, puede ser reconstruida a partir de dos asunciones; a saber: la asunción de compatibilidad y la asunción de exigibilidad. Ellas muestran que el objetivo de tutela de los fines del proceso cumple, o pretende cumplir, en la concepción cautelar dos roles diversos, uno explicativo frente a uno justificativo.

1) *La asunción de compatibilidad.* Para los defensores de la concepción cautelar, en primer término, el objetivo de tutela de los fines del proceso cumple un rol explicativo-descriptivo. La diversidad de fines con que se dispone un encarcelamiento (pena o tutela de los fines del proceso, respectivamente), determina que haya dos fenómenos de prisión diversos. Como consecuencia de la distinción, la prisión preventiva no queda abarcada por el umbral de prohibición de la presunción de inocencia, de modo que entre ellas son, compatibles.

Frente a esto muchos autores, tendencialmente abolicionistas, han venido objetando externamente la mentada asunción de compatibilidad, sosteniendo que la prisión preventiva es ilegítima, dado que no es posible distinguirla conceptualmente de la prisión como pena, y por tanto evitar la antinomia frente a la presunción de inocencia. De allí que se hable de “fraude de etiquetas”¹¹ o que se enfatice en que el encarcelamiento “tiene siempre naturaleza de pena”¹². Los fundamentos en que se sustenta esta afirmación se reducen a las idénticas

10/11/69, “Stögmüller vs. Austria”; íd., 26/6/91, “Letellier vs. Francia”; íd., 27/8/92, “Tomasi vs. Francia”; íd. 12/12/91, “Toth vs. Austria”, íd., 8/11/07, “Vafiadis vs. Grecia y Lelièvre vs. Bélgica”.

¹⁰ Art. 18, Const. nacional; art. 7º, inc. 3, CADH; art. 9º, inc. 1, PIDCP. Ver, Corte IDH, informe 2/97, párr. 19; TEDH, 26/1/93, “W. vs. Suiza”, párr. 12.

¹¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 556.

¹² VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, p. 59. También KEES, *La peligrosidad en las medidas personales de coerción*, “Pensamiento Pe-

consecuencias que el encarcelamiento tiene para la persona encerrada, sea cual fuere el fin institucional en cada caso¹³.

Sin embargo, estas afirmaciones parecen en buena medida basarse en la confusión entre los planos explicativo y justificativo. Ciertamente, muchas veces (quizá siempre), esos planos estén entrelazados en alguna medida, y parecen estarlo de modo estrecho en lo que a la concepción cautelar de la prisión preventiva concierne. No obstante, ello no desacredita sin más la distinción: que se trate de dos fenómenos distintos depende, en este caso, de que de hecho la finalidad de uno (la prisión preventiva) sea tutelar los fines del proceso, mientras que la del otro (la prisión punitiva) sea penar (sea lo que esto fuere, y sean cuales fueren, a su vez, los fines de la pena, lo cual es motivo de discusión en el derecho penal sustantivo). Esta clase de distinciones (las basadas en los aspectos teleológicos de instituciones con implicancias fácticas aparentemente idénticas) son, por lo demás, usuales entre juristas e incluso, podría decirse, fundamentales para la cabal comprensión de ciertos conceptos; solo así puede diferenciarse, por ejemplo, a la (pretendidamente punitiva) multa de la (pretendidamente no punitiva) reparación civil, o incluso del (pretendidamente no punitivo) pago de impuestos, y formular para cada uno de ellos una justificación independiente¹⁴. Más aún, la distinción conceptual es esencial si se pretende analizar independientemente la justificación de la institución distinta.

2) *La asunción de exigibilidad*. En efecto, desde que “ausencia de prohibición” no equivale a “permisión” y mucho menos a “exigencia”, o al menos no en lo que a la afectación de derechos fundamentales como la libertad ambulatoria respecta, pues la apuesta de la concepción cautelar resulta considerablemente más ambiciosa. Desde sus filas, si los fines del proceso están en peligro, el encarcelamiento no solo no estaría prohibido, sino que sería además una verdadera exigencia del ordenamiento jurídico. De modo que el fin específico de tutela de los fines cautelares no solo es conceptualmente relevante, sino que lo es también en términos normativos.

Este argumento puede reconstruirse como sustentándose en dos pilares: la suposición de tratarse de una cuestión de principios, de

nal”, 2006; BOVINO, *Justicia penal y derechos humanos*, p. 98; OROPEZA BARBOSA, *Prisión preventiva vs. presunción de inocencia*, “Iter Criminis”, nº 14, 2007.

¹³ Véase CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*.

¹⁴ FLETCHER, *Gramática del derecho penal*, p. 306.

modo que el deber de tutela de los fines del proceso está impuesto por algún postulado que, al igual que la presunción de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria, tiene jerarquía suprallegal¹⁵, y la suposición de prevalencia, de acuerdo con la cual, al menos en algún caso o clase de casos, el derecho a la libertad queda desplazado ante la necesidad de tutelar los fines del proceso. Precisamente, según la concepción cautelar ello sucede en todo caso en que el peligro procesal sea de tal magnitud que el encarcelamiento resulte indispensable.

Esto último, suele decirse entre los paladines de la concepción cautelar, es lo que impone el afianzamiento mismo de la justicia, que las constituciones suelen tener como norte: “Si el imputado, aprovechando su libertad, pudiera impedir la condena (falseando las pruebas o no compareciendo al proceso) o eludir el cumplimiento de la pena (fugando), la ‘justicia’, lejos de ser afianzada, sería burlada”¹⁶. Y es aquí donde las críticas radicales dirigidas por la objeción externa cobran fuerza, dado que lo que guía a esas críticas es lisa y llanamente el dotar al afianzamiento de justicia de un contenido sin más inverso: “el uso efectivo de la cárcel para quienes no han sido condenados, lejos de afianzar la justicia, la quebranta mortalmente, pues pretende asegurar finalidades procesales a través de la violación de normas jurídicas de mayor jerarquía”¹⁷.

En este punto, la cuestión queda en buena medida indeterminada, dado que remite a lo más profundo de nuestras convicciones morales y explícita un desacuerdo aparentemente irreconciliable. Como DWORKIN o FERRAJOLI han sostenido que las consideraciones acerca del encarcelamiento de no condenados conducen a reflexiones en que entran directamente en acción los postulados más fundamentales del razonamiento práctico, no siendo ahora relevante que para uno ellos ese plano sea interno al derecho mientras que, para el otro, sea un legitimador externo¹⁸. Así, a menos que se afirme que existen razones

¹⁵ El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, es explícito en este aspecto, en TS Córdoba, 25/8/97, “Carranza”, n° 33; íd., 11/12/97, “Aguirre Domínguez”, n° 76; íd., 9/9/99, “Querella Caruso c/ Remonda”, n° 108; íd., 8/6/00, “Sánchez”, n° 45; íd., 19/5/08, “Bustos Fierro, Hugo C.”, n° 110, entre otros.

¹⁶ CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, p. 5.

¹⁷ VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, p. 100. También FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 555; BOVINO, *Justicia penal y derechos humanos*, p. 99; MAIER, *Derecho procesal penal*, vol. 3, p. 418.

¹⁸ Así, “la controversia ha de ser acuñada en términos filosóficos: el uso de confesiones obtenidas sin asesoramiento jurídico o la detención preventiva, ¿con-

morales sustantivas, y que logren ser “probadas”, y a menos que esas “pruebas” sean aceptadas como concluyentes por el resto, habrá que resignarse a dejar el problema como irresuelto en un sentido relevante¹⁹.

Ahora bien, dado que, justa o no, la concepción cautelar es cotidianamente afianzada por legisladores, jueces y juristas, contando entonces con una legitimación democrática, contramayoritaria y doctrinal, pues parece sensato adoptarla como hipótesis de trabajo, a los fines de analizar todas sus implicancias. En lo que queda, es precisamente esto lo que se hará a los fines de dilucidar las cuestiones probatorias que se presentan al momento de ordenar la prisión preventiva a la luz de los postulados de la concepción cautelar.

§ 4. **LA PREMISA FÁCTICA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA CONCEPCIÓN CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El *fumus commissi delicti*, entendido como presencia de un cierto caudal probatorio que dé sustento en alguna medida a la hipótesis acusatoria, al menos en principio, no difiere cualitativamente de la prueba sobre la que habrá de fundarse la sentencia de condena, la absolución o el sobreseimiento. Lo que cambiaría es, para decirlo quizá demasiado rápidamente, el estándar de prueba, el criterio de suficiencia²⁰. La gran mayoría de los trabajos académicos dedicados al encarcelamiento preventivo, así como también la mayoría de las decisiones judiciales que lo aplican, han estado más preocupados por la justificación de este supuesto de hecho que por los relativos a la peligrosidad procesal e indispensabilidad. Este trabajo adopta la orientación inversa, dado que si se asume seriamente que la prisión

tradicen los principios morales que están en la base de las doctrinas establecidas? Yo creo que sí, pero todavía falta que la jurisprudencia tienda los puentes entre la teoría jurídica y la teoría moral que fundamenta esa afirmación” (DWORKIN, *Los Derechos en serio*, p. 59). “Este interrogante debe ser afrontado sobre todo desde el punto de vista externo, prescindiendo de lo que dice la Constitución, para de este modo no sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable” (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 556).

¹⁹ Véase COMANDUCCI, *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, “Doxa”, n° 21, vol. II, 1998, p. 103.

²⁰ Cfr. FERRUA, “Il giudizio penale”, en FERRUA - GRIFANTINI - ILLUMINATI - ORLANDI, *La prova nel dibattito penale*, p. 317 a 410; especialmente p. 344.

preventiva es válida si, y solo si, condicionada por la concreta necesidad de neutralizar alguno de los peligros relevantes y que lo es precisamente por ello, entonces, la confirmación de dicha circunstancia pareciera tener una importancia fundamental, prioritaria, respecto a la restante.

Poniendo así el foco de atención entonces sobre este punto, vale recordar que justificar una premisa fáctica exige dos operaciones relativamente independientes. Primero, tener por probado un enunciado acerca de un hecho y, segundo, determinar si ese enunciado (o más precisamente el hecho al que refiere) es una instancia particular del enunciado fáctico genérico de la norma pertinente, si puede ser traducido en lenguaje jurídico. La pregunta fundamental que en este último aspecto surge frente a nuestros intereses es entonces: ¿qué hechos han de ocurrir para poder ser traducidos como peligro procesal tal que el encarcelamiento es indispensable? Solo una vez que se sepa de qué hechos se trata, podría decirse, por un lado, si se subsumen en la norma y, por el otro, si están o no probados.

a) *EL “PERICULUM LIBERTATIS” Y EL RAZONAMIENTO CALIFICATORIO.* Suele subrayarse que las operaciones calificatorias de hechos dentro de categorías conceptuales son constantes en nuestra vida cotidiana: los hechos externos (brutos) solo asumen cierto valor luego de ser interpretados como instancias de clases de hechos contenidas en una especie de patrimonio cultural, que proporciona criterios interpretativos, y que algunos llaman “trasfondo”²¹. En el derecho, sin embargo, los hechos no siempre son calificados sobre la base de esos mismos criterios generales ordinarios, o no solamente.

En lo que aquí interesa han de dilucidarse los hechos cuya ocurrencia es traducible en términos de “peligrosidad procesal e indispensabilidad”. Recurriendo al lenguaje ordinario, podría decirse, ello consiste en un estado de cosas tal que permita afirmar que es posible que la persona en cuestión ejecutará en el futuro una acción de aquellas que quieren evitarse. De hecho, en el lenguaje ordinario, “peligro” significa “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Y contingencia significa “posibilidad de que algo suceda o no suceda”²².

Sin embargo, de las exigencias impuestas por la concepción cautelar se desprende que no se trata de una mera posibilidad. Por el

²¹ SEARLE, *The construction of social reality*, p. 129.

²² Según la definición del *Diccionario de la lengua española*.

contrario, según quienes defienden esa posición se requiere de razones que muestren al evento a neutralizarse como probable, y no meramente posible, en el sentido de que la opción de ocurrencia del suceso supere (en la medida que fuere) a la de no acaecimiento²³, enfatizándose más bien en el carácter inminente del mal contingente. En consecuencia, el enunciado fáctico sobre el que este trabajo discurre, consiste en una aseveración sobre el futuro, un enunciado fáctico probabilístico.

Obsérvese que no se trata, solamente, de un enunciado probabilístico en el sentido de “grado de apoyo inductivo” es decir, de “más probablemente verdadero que no de acuerdo a la mayor o menor cantidad de prueba en su favor”. Esta última noción de probabilidad afecta a todo enunciado fáctico desde que, como ha sido ya muchas veces repetido, la prueba solo es aproximativa. Aquí se trata además, y sobre todo, de una hipótesis probabilística. En este orden de ideas, los enunciados fácticos, siempre probables en ese sentido probatorio, pueden a su vez ser afirmados como ciertos o como eventos probables. Ambos son enunciados probables en términos probatorios (más o menos probables de acuerdo a la fortaleza de los elementos epistémicos); solo el segundo es probable en el sentido que ahora interesa, como probabilidad ínsita en el concepto de *periculum libertatis*²⁴.

La necesidad de probar y justificar, enunciados probabilísticos análogos al que aquí interesa se ha planteado, al menos, en los ámbitos del derecho administrativo y penal sustantivo. Se ha dicho al respecto que tomar decisiones sobre la base de prognosis de sucesos exige determinar primero, como cuestiones interpretativas previas, sobre la base de qué clase de daños o infortunios posibles ha de considerarse que algo es peligroso y qué grado de probabilidad de que el evento dañoso se produzca es suficiente para considerar que hay peligro²⁵. Estas cuestiones conciernen al entendimiento de las

²³ Por todos, NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 338; DE CARO, “Presupposti e criteri applicativi”, en SPANGHER - SCALFATI, *Trattato di procedura penale*, vol. II, p. 5 a 96, especialmente 72; DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, p. 39; CAFFERATTA NORES, *La excarcelación*, p. 78; VANNOSTRAND - KEEBLER, *Our Journey Toward Pretrial Justice*, “Federal Probation”, nº 71, 2007, p. 24.

²⁴ FERRER BELTRÁN, *La valoración de la prueba*, p. 105.

²⁵ Cfr. PARODI, *Tecnica, regione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, p. 131.

condiciones de aplicación de la norma: qué daños, qué probabilidad y qué medida de ella, configuran o constituyen la noción de “peligro”. Trasladado a nuestro caso, esto es, a los fines de analizar los problemas de justificación del enunciado fáctico acerca de la peligrosidad procesal, resultaría fundamental desde esta óptica determinar previamente qué clases de eventos configuran la noción de *periculum libertatis* y qué noción de probabilidad y qué medida de ella sobre tales eventos es suficiente para considerar que hay una peligrosidad tal que torna indispensable la prisión preventiva.

Ahora bien, ha de destacarse antes que nada, que hay una clara diferencia entre la clase de prognosis que aquí se analiza respecto a la involucrada en el campo del derecho administrativo o en el de los llamados “delitos de peligro” del derecho penal, sea abstracto o concreto. Esa diferencia que, como se mostrará, tiene importantes consecuencias en materia probatoria, radica en el especial tipo de pronóstico que en uno u otro caso se efectúa. En esos campos disciplinarios el peligro relevante es, podría decirse, de primer orden: dada una acción específica ejecutada por el pretendido peligroso se pronostica, sobre la base de ciertos elementos, que es probable (con más o menos abstracción) la producción de tal o cual, resultado dañoso. Por el contrario, la peligrosidad que aquí se analiza, el *periculum libertatis*, es de segundo orden: consiste en pronosticar tanto la producción del evento relevante (la tentativa de ejecución de la acción) cuanto la producción de un resultado concreto a partir de ella (la consumación de la acción en términos de frustración del fin del proceso en la variante que corresponda). La diferencia es la que reside entre los enunciados “haber puesto en peligro a F” y “peligro de que F sea puesto en peligro”.

Por lo tanto, la cuestión relativa a los eventos cuya previsión constituyen el *periculum libertatis* debe desdoblarse, en cada caso, en dos consideraciones; una las acciones cuya tentativa quiere pronosticarse y otra, el éxito de esas acciones, la probabilidad de que se consume el resultado que quiere evitarse. En este sentido, si bien muchas veces tiende a hacerse referencia a la prueba de la peligrosidad procesal sin más, en términos genéricos, lo cierto es que, como es de sobra sabido, dentro de la concepción cautelar suelen distinguirse tres especies de peligro/resultado a evitarse. De modo que las tres especies habrán de ser desdobladas en los dos órdenes de probabilidad relevantes. Ellas son los peligros de fuga (juicio de previsibilidad de una acción del imputado dirigida sustraerse del accionar

de las autoridades y, en segundo término, a la previsibilidad del logro de tal objetivo)²⁶; entorpecimiento de la investigación (influencia negativa que la conducta del imputado *a pie de libero* pueda provocar sobre las pruebas pendientes de producción); peligrosidad social (que puede presentarse de varios modos diversos: como peligro de reiteración delictiva, como peligro de daño a terceros, entre otros)²⁷.

En suma, pueden considerarse delimitadas, al menos a grandes rasgos, las tres clases de daños (potenciales) que configuran la noción de peligrosidad procesal cuya presencia es necesario justificar. Sin embargo, no surge de allí la medida de probabilidad a partir de la cual habrá de considerarse que hay tal peligrosidad, y no surge ni siquiera qué significa que ello sea probable, esto es, cuál es la noción de probabilidad en juego. Y aun cuando la noción de probabilidad y su medida estuvieren claramente definidas, habría que determinar todavía, al menos, en qué medida esa acción probable hace que el encarcelamiento sea indispensable.

Dado que ni juristas ni jueces proporcionan una explicación convincente ni acerca de la peligrosidad procesal ni sobre la absoluta indispensabilidad, se propone aquí recorrer el camino inverso, comenzando por la llegada: dilucidar cómo los decisores dan por probadas esas dos circunstancias, por qué razones, para intentar inferir de allí qué es lo probado.

²⁶ Por todos, CARNELLUTTI, *Principi del processo penale*, p. 77; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, vol. 30, p. 129; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, p. 464; MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 382.

²⁷ El incluir entre los supuestos de hecho de peligrosidad procesal al peligro de entorpecimiento y a la peligrosidad social ha dado lugar a fuertes críticas, que impugnan la legitimidad de las premisas normativas así delineadas por diversas razones que no pueden ser aquí abordadas por razones de extensión. Para las críticas relacionadas con el peligro de entorpecimiento probatorio, AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, p. 377; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, vol. 2, p. 819; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, p. 337; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 199. Para la impugnación de la legitimidad de la premisa normativa en relación con la peligrosidad social, DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, p. 172 y 173; PAULESU, *Le presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, p. 131; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, p. 43; MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 392; PESSOA, *En torno a la libertad durante el proceso penal*, "Revista de Derecho Procesal Penal", 2005, p. 62.

b) *EL “PERICULUM LIBERTATIS” Y LA INFERENCIA PROBATORIA.* Para ello es necesario hacer algunas consideraciones previas en torno al razonamiento probatorio en general. Si bien no es posible por razones de espacio profundizar en estas cuestiones, ha de destacarse que ellas han recibido especial atención en las últimas dos décadas poniendo en contacto a procesalistas, epistemólogos y filósofos de los más variados sitios. En lo que aquí importa, vale decir que buena parte de la discusión gira en torno a los estándares de prueba, esto es, acerca de los criterios de suficiencia probatoria a partir de los cuales, en cada contexto relevante, puedan aceptarse como probados los enunciados sobre hechos de que se trate.

Suele hoy asumirse que esos estándares están ligados a la fortaleza de la inferencia probatoria que los aplica, y en ocasiones se ha recurrido a los fines de analizar tal inferencia al modelo de argumento delineado por STEPHEN TOULMIN en su libro *The uses of argument* (1958)²⁸. Dicho modelo parece especialmente adecuado para los fines aquí propuestos. Para TOULMIN, un argumento cualquiera está dirigido a sustentar una pretensión (*claim*) que, a los efectos de este trabajo, podemos ya identificar con el enunciado fáctico consistente en que “es indispensable encarcelar a un individuo dado que es peligroso cautelarmente”. A menos que la afirmación sea irreflexiva e irresponsable, continúa el autor, se contará normalmente con algunas consideraciones a las que hacer referencia para sostenerlo, es decir, ciertos *datos* (*grounds*)²⁹. Por su parte, a las reglas que enlazan esos a datos con la pretensión se las denominará aquí “sustento” (*warrant*)³⁰ y a las consideraciones que fundamentan esas reglas se las llamará “respaldo o fundamento” (*backing*). El respaldo en favor de las reglas de sustento, que puede o no estar explicitado en los

²⁸ Véanse GONZÁLEZ LAGIER, *Quæstio facti*, p. 55 y ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, p. 208; AGUILÓ REGLA, *Presunciones, verdad y normas procesales*, en “Isegoría”, nº 35, 2006; FERRUA, *Il giudizio penale*, p. 341, nota 75; ATIENZA, *Las razones del derecho*, cap. IV.

²⁹ En la versión italiana de la obra *grounds* se traduce como *dati* (del español, *datos*) y en la española *razones*. Dada la ambigüedad del término “razón”, se ha decidido aquí utilizar el término *dato*.

³⁰ Tanto en la versión italiana cuanto en la española de la obra de TOULMIN, *warrant* se traduce como *garanzia* o *garantía* respectivamente. Se cambia aquí el término por el de *sustento*, dado que el uso del término *garantía*, en nuestro contexto, puede generar algunas confusiones.

argumentos, asumiría características distintivas según el campo de argumentación de que se trate³¹.

Esta estructura permite diferenciar rigurosamente dos clases de argumentos relevantes en la argumentación jurídica en general, pero muy especialmente frente a nuestros intereses: presunciones *hominis* y presunciones *iuris*. En efecto, la diferencia entre una y otra clase de presunciones reside, utilizando la terminología de TOULMIN, en la diversa entidad de la regla de sustento³², pero a su vez, la entidad de esas reglas difiere por la diversa clase de respaldo en que se fundamentan. Al tiempo que en las presunciones *hominis* el respaldo se funda en la observación empírica, en las presunciones *iuris* el respaldo es meramente normativo, de modo que, en rigor de verdad, nada se prueba en estas últimas.

1) La justificación del *periculum libertatis* mediante “presunciones *iuris*”. Las presunciones *iuris* determinan, entonces, que frente a cierto dato, o ciertos datos, resulte obligatorio para el decisor pasar al enunciado fáctico que la pretensión afirma, no por una máxima de experiencia, o no necesariamente, sino por una norma en cierta forma autoritativa que protege en general ciertos valores. Suele aducirse que la norma presuntiva asume dos entidades fundamentalmente diversas según admita o no prueba en contrario. Cuando la norma excluye esta posibilidad constituye aquello que tradicionalmente se ha llamado presunción legal *iuris et de iure* o absoluta. Si la norma prescribe el paso del dato presuntivo al enunciado, a menos que se pruebe la falsedad de este, esto es, a menos que se pruebe que se trata de un caso de excepción, ella constituirá lo que tradicionalmente se ha llamado presunción legal *iuris tantum* o relativa. De tal modo, se dice, este último tipo de presunción legal cumple una función procesal o dialéctica al imponer la carga de la prueba del hecho contrario al presumido, distribuyendo el riesgo de error en perjuicio de aquél a quien la carga de la prueba se impone³³.

Pues bien, muchos ordenamientos que (según las interpretaciones dominantes) conciben a la prisión preventiva como medida cautelar contienen enunciados a que los jueces suelen atribuir una (o varias) presunciones *iuris*, tales que impondrían jurídicamente dar

³¹ TOULMIN, *Gli usi dell'argomentazione*, p. 97.

³² GONZÁLEZ LAGIER, *Quæstio facti*, p. 57.

³³ BAYÓN MOHINO, *Epistemología, moral y prueba de los hechos*, p. 10; AGUILÓ REGLA, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 14.

por probada la peligrosidad procesal o la indispensabilidad, dados determinados datos presuntivos antecedentes. Ejemplos de textos que expresarían presunciones *iuris* dirigidas a dar por acreditados los peligros procesales pueden encontrarse en numerosos códigos de procedimiento. En general, los textos normativos fijan el dato presuntivo en la categoría de delito atribuido en el proceso³⁴, en el monto de la pena amenazada³⁵, en la previsión de inaccesibilidad por el imputado a ciertos beneficios que la ley sustantiva prevé para los casos de condena o bien, en definitiva, en otras características del hecho que motiva el proceso penal³⁶.

Inicialmente la interpretación estándar fue que los textos que expresaban tales normas presuntivas lo hacían a modo de presunciones *iuris et de iure*, absolutas, tornándose entonces irrelevante toda prueba en favor o en contra del enunciado fáctico. De tal modo, si lo que las presunciones *iuris* tendían a dar por probado era tanto la peligrosidad como el carácter necesario de la prisión preventiva, pues los casos que cayeren dentro de la norma presuntiva serían inexcusables.

Este modo de automatizar al encarcelamiento cautelar, en general, viene ya siendo duramente criticado desde hace muchos años en sede doctrinal, alegándose la invalidez de la norma presuntiva así entendida por violatoria del principio de presunción de inocencia³⁷. Y en una orientación similar, durante las últimas décadas, la identificación de normas presuntivas absolutas (*iuris et de iure*) ha sido desacreditada reiteradamente por muchos tribunales, entre ellos la misma CIDH³⁸.

³⁴ El actual art. 19, § 2, CPEUM es un ejemplo paradigmático.

³⁵ Son ejemplos de ello: art. 281, inc. 4, CPPT; art. 299, CPPSC; art. 291, inc. 2, CPPNq; art. 283, CPPLP; art. 293, CPPM; art. 171, inc. 2, CPP CABA.

³⁶ Por ejemplo, art. 281, inc. 1, CPPC; art. 312, inc. 1, CPPN; art. 287, CPPRN; art. 284, CPPBA; art. 307, CPPER. En el mismo sentido: art. 140, CPP Chile; art. 240, CPP Costa Rica; art. 243, CPP Paraguay; art. 310, CPP Colombia; art. 262, CPP Guatemala; art. 174, CPP Nicaragua; art. 179, CPP Honduras; art. 251, inc. 2 y párr. final, Cód. Orgánico Proc. Penal Venezuela; art. 269, inc. 2, CPP Perú. A todos los datos mencionados podría englobárselos dentro del concepto de pronóstico punitivo hipotético que el TSJC ha acuñado.

³⁷ Así, CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, p. 55, nota 94 *in fine*; CAFFERATA NORES - TARDITTI, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, vol. 2; NARDIELLO, *La prisión procesal*, p. 74; VIVAS USSHER, *Manual de derecho procesal penal*, vol. 2; SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*.

³⁸ Corte IDH, 1/2/06, "López Álvarez vs. Honduras", § 68; íd., 30/11/08, "Barri vs. Argentina", § 74. También Corte IDH, Informe 35/07, n° 85, caso 12.553,

Las principales razones aducidas a los fines de rechazar el establecimiento de delitos inexcusables, han girado, en general, en torno a dos tipos de consideraciones; el establecimiento de la norma no responde, al menos en alguna medida, a razones de tipo epistémico (p.ej., dada cierta regularidad estadística observada), y el establecimiento de la norma no puede responder a valoraciones que no sean cautelares, que justifiquen la automaticidad del encarcelamiento, dado que el encarcelamiento perdería su carácter exclusivamente cautelar, violándose la presunción de inocencia³⁹.

De allí que, dejando por un momento de lado el caso mexicano, se haya impuesto la interpretación de tales textos como expresión (pretendidamente legítima) de normas presuntivas *iuris tantum*⁴⁰. Sin embargo, como varios autores han sugerido, pareciera haber todavía una grave inconsistencia frente a este tipo de interpretación, desde que las razones por las cuales se considera que las presunciones legales *iuris et de iure* carecen de justificación son igualmente operativas respecto a las presunciones *iuris tantum*⁴¹. Brevemente, si no hay razones de carácter epistémico subyacentes a la presunción *iuris et de iure*, tampoco los hay para una *iuris tantum* y no hay razones justificativas que tengan que ver exclusivamente con los fines del proceso para invertir la carga de la prueba⁴².

“Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay”. Ver sobre la misma causa, el más reciente informe sobre el fondo, n° 86/09, 6/8/09. TS Córdoba, 11/12/97, “Aguirre Domínguez”, LLC, 1998-356, fue paradigmático en esta orientación. Recientemente la Corte Suprema ha hecho lugar a ciertos recursos, en parte, frente a la falta de determinación de los hechos adecuados para desactivar la presunción. Esta indeterminación haría que en la práctica la presunción opere como *iuris et de iure* (CSJN, 12/8/13, dictámenes de procuración en “Merlini, Ariel O.” y 23/11/13, “Loyo Fraire, Gabriel E.”).

³⁹ Cfr. ULLMAN-MARGALIT, *On Presumption*, “The Journal of Philosophy”, n° 80, 3, 1983, p. 157 y siguientes.

⁴⁰ CAFFERATA NORES - FRASCAROLI, *Dos pájaros de un solo tiro*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005.

⁴¹ BOVINO, *Un voto cínico*, “Nueva Doctrina Penal”, n° 1, 2006; BOVINO, *Contra la inocencia*, “Revista Electrónica de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología”, 2005; SIBILLA - DEI VECCHI - VIVAS USSHER, *Inconstitucionalidad del pronóstico punitivo hipotético como presunción*, “Semanario Jurídico”, n° 1611, 2007; VEZZARO, *La prisión preventiva*, “Pensamiento Penal y Criminológico”, n° 2, 2001; CHIARA DÍAZ, *El proceso penal y la coerción personal*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005.

⁴² Cfr. SIBILLA - DEI VECCHI - VIVAS USSHER, *Inconstitucionalidad del pronóstico punitivo hipotético como presunción*, “Semanario Jurídico”, n° 11, 2006; BIGLI-

En cualquier caso, al margen de esto, el argumento determinante para descartar las presunciones *iuris*, en cualquier versión, como argumentos aptos para dar por acreditada la peligrosidad procesal tal que el encarcelamiento cautelar es indispensable, está en que estas presunciones *iuris* no son prueba en absoluto. En tanto se asuma, a la luz de la concepción cautelar, que justificar el encarcelamiento cautelar requiere insoslayablemente probar esos supuestos de hecho, pues entonces será necesario recurrir a presunciones *hominis*.

2) La justificación del *periculum libertatis* y las “presunciones *hominis*”. Lo que caracteriza a las presunciones *hominis*, se ha dicho, es que la regla de sustento es una máxima de experiencia, esto es, una regla cuyo respaldo está fundado empíricamente, en la observación y razonamiento inductivo⁴³. La discusión acerca de la justificación de la inducción reconduce al problema de la probabilidad y los razonamientos aproximativos, que no pueden ser aquí abordados siquiera mínimamente⁴⁴. Por el momento es suficiente con distinguir entre tipos de respaldo fáctico de aquellos que no lo son.

En este orden de ideas, los argumentos que los jueces suelen considerar apropiados como “plausibles argumentaciones sobre razonables juicios pronósticos” se basan en datos concretos. Estos datos están normalmente identificados, a título meramente ejemplificativo, con monto de pena amenazado; la posibilidad o no de prever una condena de ejecución condicional; la falta de residencia; la falta de asiento de la familia, trabajo o negocios; las facilidades para dejar el país o mantenerse oculto; la previa declaración de rebeldía; el sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior; el comportamiento anterior en otro proceso; la condena impuesta sin que haya transcurrido el término que la ley penal prevé para juzgar la reincidencia; la personalidad; la tendencia a delinquir y a sustraerse al rigor de la ley; ciertos hábitos de vida; ciertas frecuentaciones; los antecedentes penales; la naturaleza de las imputaciones; etcétera.

En ocasiones son los decisores quienes alegan que tales datos son idóneos como indiciarios. En muchas otras oportunidades son los propios textos legales los que sugieren o establecen catálogos de “datos” como los mencionados para ser utilizados o tenidos en cuenta

ANI - BOVINO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, p. 32.

⁴³ Cfr. AGUILÓ REGLA, *Presunciones, verdad y normas procesales*.

⁴⁴ Díez - MOULINES, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, p. 54.

por los juzgadores⁴⁵. Es claro que buena parte de los datos pretendidamente indiciarios coinciden con los que, en otros ordenamientos o bien bajo otras interpretaciones de los mismos enunciados normativos, funcionan como datos presuntivos *iuris*. Pero descartada la posibilidad de entenderlos como tales, su idoneidad inferencial dependerá de que estén efectivamente sustentados por una máxima de experiencia respaldada en observación empírica.

Sin embargo, es fácil advertir en la práctica que tales máximas no se explicitan usualmente en la materia que nos ocupa en las decisiones aplicativas de la prisión preventiva⁴⁶. Dos son las opciones para interpretar tales omisiones. O bien se trata de decisiones arbitrarias⁴⁷, o bien el respaldo se encuentra implícito, haciendo de la inferencia un razonamiento entimemático⁴⁸. Una interpretación caritativa de la práctica cotidiana de encarcelar preventivamente obliga a adoptar este segundo camino, asumiendo por hipótesis que esa práctica no es sistemáticamente arbitraria.

Pues bien, ¿en qué consideraciones empíricas pueden estar respaldadas las supuestas máximas de experiencia que tornan relevantes en sentido probatorio a los datos en cuestión?

a) *Las máximas de experiencia por frecuencia relativa y el "periculum libertatis"*. En el *common law* se ha recurrido a estudios estadísticos que pretenden fundar máximas de experiencia acerca de la peligrosidad procesal en sus tres variantes. Esos estudios, que por razones de extensión no pueden aquí ser tratados en profundidad, consisten en la selección una serie de rasgos atribuibles a los individuos, tomándose una muestra de individuos con esos ras-

⁴⁵ Basten como ejemplos los siguientes: art. 148, CPPBA; art. 281, inc. 2° *in fine*, CPPC; art. 292 *in fine*, CPPCat; art. 319, CPPN; art. 251, Cód. Orgánico Proc. Penal Venezuela; art. 269, CPP Perú; art. 240, CPP Costa Rica; art. 243, CPP Paraguay; art. 312 CPP Colombia; art. 262, CPP Guatemala; art. 174, CPP Nicaragua; art. 334, CPP Bolivia; USA Bail Reform Act de 1984 (Title 18, United States Code, Section 3142); art. 503, inc. 1 § 3, LEP.

⁴⁶ En este sentido, y sobre el mismo asunto, DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, p. 60; BOVINO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*.

⁴⁷ Tal como lo sugiere LÓPEZ GASTÓN, *La hipocresía de exigir fundamentos objetivos para denegar la vía excarcelatoria cuando lo que prima es el criterio subjetivo del magistrado (con motivo del art. 319 C.P.P.N.)*, "Pensamiento Penal", n° 39, 2006.

⁴⁸ PÉREZ BARBERÁ - BOUVIER, *Casación, lógica y valoración de la prueba*, "Pensamiento Penal y Criminológico", n° 9, 2004.

gos dentro de la comunidad, e intentando determinar cuántos dentro del grupo ponen efectivamente en riesgo los fines del proceso. El resultado estadístico le daría de tal modo respaldo probabilístico a la máxima de experiencia según la cual, todos aquellos que poseen el o los rasgos relevantes, probablemente intentarán alterar el proceso penal.

En esta orientación, RONALD ALLEN y LARRY LAUDAN han hecho algunas observaciones, en torno a la justificación de acuerdo con la cual ciertos individuos son socialmente peligrosos a los fines de imponerles la prisión preventiva. En lo que es relevante a nuestros intereses, ellos sostienen que debe denegarse la libertad bajo fianza a todo acusado por delitos violentos o con antecedentes por la comisión de tales delitos (he aquí la propiedad común del conjunto de individuos), ya que las estadísticas (o mejor dicho, el análisis estadístico que ellos llevan a cabo) mostrarían que eso, “*literally prevent the deaths of some 1500 citizens every year*”⁴⁹.

La utilización de datos estadísticos para justificar la aplicación de la prisión preventiva (en el caso, la denegación de la libertad bajo fianza) se ha ensayado también recientemente con relación a los peligros de fuga y de entorpecimiento. En este orden de ideas, se han intentado identificar criterios de predicción de conductas procesales, sobre bases estadísticas, tomando como hipótesis ciertos factores de predicción llamativamente coincidentes con los antes traídos a colación como datos utilizados por decisores o bien sugeridos por la legislación⁵⁰. Para medir la relevancia de esos factores se tomó como determinante que los individuos, de quienes esos factores fueren predicables no se presentasen ante una citación efectuada por el tribunal o se fugasen antes de la realización del juicio; o bien se les revoque la libertad bajo fianza o sean nuevamente arrestados por un crimen presuntamente cometido durante el tiempo de espera por la realización del juicio.

Ambos estudios son objetables y, sobre todo, sus conclusiones. Primero, cabe decir que la adopción del catálogo de factores “posiblemente relevantes” no parece en absoluto inocente. Es significativo que tales factores hayan coincidido con los ya muchos años antes

⁴⁹ ALLEN - LAUDAN, *Deadly Dilemmas III*, “Journal of Criminal Law and Criminology”, nº 101, 2011, p. 18.

⁵⁰ VANNOSTRAND - KEEBLER, *Pretrial Risk Assessment in the Federal Court*, “Federal Probation”, nº 73, 2009, p. 5. También VANNOSTRAND - KEEBLER, *Our journey toward pretrial justice*, “Federal Probation”, nº 71, p. 24.

sugeridos por las disposiciones normativas y efectivamente utilizados en sus decisiones por parte de los funcionarios judiciales. Pero además, nada parece impedir hacer un catálogo por completo diverso y poner a prueba su relevancia estadística. De hecho, cualquiera sea el catálogo, pareciera que siempre arrojará en la práctica resultados estadísticamente interesantes al respecto. Segundo, la magnitud de la muestra es también del todo arbitraria, tanto temporal cuanto espacialmente, ¿por qué no continuar evaluando imputados con esas características por uno, dos, diez o cien años más? Tercero, y quizás esto es lo más determinante, ¿cómo establecer si la pertenencia al grupo de los estadísticamente peligrosos es relevante en el caso en particular? Si se asume que la prisión preventiva está justificada si, y solo si, resulta absolutamente necesaria en cada caso particular, las generalizaciones por (mera) frecuencia estadística no parecen poder considerarse determinantes⁵¹.

b) *El “periculum libertatis”*: entre la prueba y la definición. Al margen de estas escasas, limitadas y cuestionables excepciones que tratan de situar el fundamento fáctico de las reglas mediante las que se justifica la presencia de *periculum libertatis* en consideraciones estadísticas, más generalmente entre nosotros, de lo que se trata al dar por probado al supuesto de hecho en cuestión, es de forzar argumentos basados en ciertas intuiciones comunes.

En efecto, la relevancia inferencial de los datos bajo consideración no parece sino reposar en ciertas asunciones acerca de la racionalidad (de lo que es esperable que los individuos hagan/hagamos en tales o cuales condiciones); asunciones que de alguna manera cimientan las intuiciones comunes que parecen gobernar esta materia, y que en algún caso pueden incluso ser muy fuertes. Pero sea como fuere, lo cierto es que cuáles y cuántos, y en qué combinación esos datos intuitivamente relevantes sean suficientes para encarcelar, queda del todo indeterminado⁵².

⁵¹ Ver, sobre el punto, COHEN, *Twelve Questions about Keynes’s Concept of Weight*, “British Journal for the Philosophy of Science”, nº 37, 1985.

⁵² En la justicia provincial, la Cámara de Acusación de Córdoba, luego de impugnar en varias oportunidades por inconstitucional a todo sustento presuntivo *iuris*, ha ido tratando de construir inferencias pretendidamente probatorias en esta orientación que, estimo, dan cuenta de lo aquí dicho. Véanse, CACus Córdoba, 29/3/11, “Orlando, Fernando D.”; íd. 5/12/06, “Guerrero”; íd., 4/12/06, “Oliveros”; íd., 3/11/06, “Maza”; íd., 1/7/08, “Irusta”; íd., 19/12/08, “Flores”; íd., 27/2/09, “Ferreira”.

Ahora bien, lo importante es comprender que esa indeterminación no es un problema de falta de certeza probatoria. Muy por el contrario, en la medida en que la peligrosidad procesal y la indispensabilidad se configuren del modo mencionado (como peligro de segundo orden), y en la medida en que las inferencias probatorias se cimienten en respaldos identificados con asunciones acerca de lo esperable, en meras especulaciones intuitivas, pues nada se estará probando en rigor de verdad; por más fuertes que sean esas intuiciones. Esto es así, dado que los únicos referentes empíricos de la peligrosidad procesal y de la indispensabilidad serán los “datos” que se estipulen como necesarios y suficientes. Nada ocurre en el mundo más allá del darse los hechos que se enuncian a modo de datos. La relación entre ellos y el (pretendido) supuesto de hecho relevante (el *periculum libertatis* que torna indispensable el encarcelamiento) es de tal modo de carácter insoslayablemente interpretativo, y no probatorio. En estas circunstancias, “cuando la unión entre los hechos probatorios y el hecho a probar viene dado por una teoría o una definición (esto es, cuando el vínculo es conceptual), no nos encontramos en sentido estricto ante un caso de prueba, sino de interpretación o calificación de los hechos”⁵³.

De tal modo, la concepción cautelar de la prisión preventiva queda en jaque al tiempo que fundamenta su legitimidad en la necesidad de prueba del peligro procesal que torna indispensable al encarcelamiento, se concibe a este supuesto de hecho de un modo que, por razones conceptuales, no es susceptible de ser probado. El único modo de sortear este obstáculo, sería ligando esta última noción a la ejecución de acciones procesalmente peligrosas concretadas por parte de ciertas personas, a modo de tipos coercitivos. Es decir, abandonando la noción de peligrosidad procesal como peligro de segundo orden. Se dirá acaso que esto entraña un coste político demasiado alto. Sin embargo, dadas las circunstancias, parece un costo que ciertas asunciones acerca de las garantías procesales, y la coherencia con ellas, exigen enfrentar. Si las garantías así entendidas resultan demasiado exigentes en términos generales o en alguna comunidad en particular, pues es una cuestión que quizá valga la pena discutir. Pero más vale discutirla abierta y directamente que seguir enarbolando la bandera de las garantías y abonando el costo que ellas entrañan con la falsa divisa de la necesidad cautelar.

⁵³ GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti*, p. 61.

Reconocer abiertamente que la prisión preventiva no se condice con las exigencias de la concepción cautelar (sea porque se prevén delitos inexcusables en vistas a finalidades sustantivas preventivo generales o especiales, sea porque se supedita a la estipulación de un supuesto de hecho no susceptible de prueba), mostrará seguramente que en la práctica las garantías procesales no tienen en verdad la entidad que se declara otorgarles. Quizás haya razones de política criminal para reducir la extensión de las garantías, quizá no; quedará en cualquier caso al descubierto que el ordenamiento jurídico es en cierta medida *injusto*. Pero por lo menos no adolecerá de la doble maldad de que, si lo dicho es correcto, adolece actualmente, al menos en lo relativo a la aplicación de la prisión preventiva. Se trata de la doble maldad sobre la que discurrían BULYGIN y ALEXY al discutir algunos puntos de la teoría del derecho del segundo y que, llevado a nuestro problema, se traduce del siguiente modo: decir lo que realmente se hace cuando se dicta la prisión preventiva mostrará seguramente que el ordenamiento jurídico-procesal es injusto, pero por lo menos dejará de tratarse de un ordenamiento, que además de injusto, es al mismo tiempo hipócrita⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, JOSEP, *Presunciones, verdad y normas procesales*, “Isegoría”, nº 35, 2006.
- ALEXY, ROBERT, “¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin”, en FERRER BELTRÁN, JORDI - MORESO, JOSÉ J. - PAPAYANNIS, DIEGO M. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- ALLEN, RONALD J. - LAUDAN, LARRY, *Deadly Dilemmas III: Some kind words for preventive detention*, “Journal of Criminal Law and Criminology”, 101, 2011, p. 18.
- AMATO, GIULIANO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, cap. IV.
- BAYÓN MOHINO, JUAN C., *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, “Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo Girona”, 2010, vol. 2, nº 4, <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252>
- BECCARIA, CESARE, *Dei delitti e delle pene*, Verona, Demetria, 1996.

⁵⁴ BULYGIN, “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo”; ALEXY, “¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin”, ambos en FERRER BELTRÁN MORESO - PAPAYANNIS, *Neutralidad y teoría del derecho*, p. 61 a 74 y p. 75 a 92, respectivamente.

- BIGLIANI, PAOLA - BOVINO, ALBERTO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto - Defensoría General de la Nación, 2008.
- BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- BOVINO, ALBERTO, *Contra la inocencia*, “Revista Electrónica de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología”, 2005.
- *Un voto cínico: a propósito del voto de Riggi en el caso Chabán*, “Nueva Doctrina Penal”, 1, 2006.
- *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- BULYGIN, EUGENIO, “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo”, en FERRER BELTRÁN, JORDI - MORESO, JOSÉ J. - PAPAYANNIS, DIEGO M., *Neutralidad y teoría del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La excarcelación*, Buenos Aires, Depalma, 1988.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - FRASCAROLI, MARÍA S., *Dos pájaros de un solo tiro*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005, p. 35 a 41.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - TARDITI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, vol. 2, Córdoba, Mediterránea, 2003.
- CALAMANDREI, PIERO, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960.
- CARRARA, FRANCESCO, “Inmoralità del carcere preventivo”, en *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- CHIARA DÍAZ, CARLOS, *El proceso penal y la coerción personal*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1953.
- *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Eugenio Jovene, 1965.
- COHEN, JONATHAN L., *Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight*, “British Journal for the Philosophy of Science”, nº 37, 1985.
- COMANDUCCI, PAOLO, *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 21, vol. II, 1998, p. 103.
- DE CARO, AGOSTINO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli - Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- “Presupposti e criteri applicativi”, en SPANGHER, GIORGIO - SCALFATI, ADOLFO, *Trattato di procedura penale: Prove e misure cautelari*, Torino, UTET Giuridica, 2008.
- DE LORA, PABLO, *Memoria y frontera el desafío de los derechos humanos*, Madrid, Alianza, 2008.
- DE LUCA, GIUSEPPE, *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*, Padova, CEDAM, 1953.
- DÍEZ, JOSÉ A. - MOULINES, C. ULISES, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, Barcelona, Ariel, 1999.
- DWORKIN, RONALD M., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005.
- FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, JORDI - MORESO, JOSÉ J. - PAPAYANNIS, DIEGO M., *Neutralidad y teoría del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- FERRUA, PAOLO, “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en FERRUA, PAOLO, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- FLETCHER, GEORGE P., *Gramática del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Quæstio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima - Bogotá, Palestra - Temis, 2005.
- GREVI, VITTORIO, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976.
- ILLUMINATI, GIULIO, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979.
- KEES, JUAN M., *La peligrosidad en las medidas personales de coerción*, “Pensamiento Penal”, 2006.
- MAIER, JULIO B., *Derecho procesal penal: actos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- MANZINI, VINCENZO, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, UTET, 1949.
- NARDIELLO, GABRIEL, *La prisión procesal*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2007.
- NÚÑEZ, RICARDO, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Lerner, 2007.
- OROPEZA BARBOSA, ANA L., *Prisión preventiva vs. Presunción de inocencia*, “Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales”, 14, 2007.
- PARODI, GIANPAOLO, *Tecnica, regione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990.
- PAULESU, PIER P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, vol. 30, Torino, Giappichelli, 2009.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL - BOUVIER, HERNÁN, *Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumetación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios*, “Pensamiento Penal y Criminológico: Revista de Derecho Penal Integrado”, 9, 2004.
- PESSOA, NELSON R., *En torno a la libertad durante el proceso penal*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005, p. 62.
- REDONDO, MARÍA C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *Derecho procesal penal*, vol. 2, Lima, Grijley, 1999.
- SEARLE, JOHN R., *The construction of social reality*, New York, The Free Press, 1995.
- SIBILLA, IGNACIO - DEI VECCHI, DIEGO - VIVAS USSHER, GUSTAVO, *Inconstitucionalidad del pronóstico punitivo hipotético como presunción*, “Semanao Jurídico”, 1611, 2007.

- SOLIMINE, MARCELO A., *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- SPANGHER, GIORGIO - SCALFATI, ADOLFO, *Trattato di procedura penale: prove e misuri cautelari*, Torino, Utet Giuridica, 2008.
- TARUFFO, MICHELE, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009.
- TOULMIN, STEPHEN, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, Rosenberg and Sellier, 1975.
- ULLMAN-MARGALIT, EDNA, *On Presumption*, "The Journal of Philosophy", vol. 80, nº 3, 1983, p. 143-167.
- VANNOSTRAND, MARIE - KEEBLER, GENA, *Our Journey Toward Pretrial Justice*, "Federal Probation", vol. 71, nº2, 2007, p. 24
- *Pretrial Risk Assessment in the Federal Court*, "Federal Probation", vol. 73, nº 2, 2009, p. 5.
- VEZZARO, DARÍO, *La prisión preventiva: ¿Es conforme a la Constitución nacional la regulación actual de la prisión preventiva?*, "Pensamiento Penal y Criminológico", nº 2, Córdoba, Mediterránea, 2001.
- VITALE, GUSTAVO, *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- VIVAS USSHER, GUSTAVO, *Manual de derecho procesal penal*, vol. 2, Córdoba, Alveroni, 1999.
- WRÓBLEWSKI, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2008.