

# La medida cautelar restrictiva de la libertad en el derecho internacional de los derechos humanos

*Juan Ignacio Pérez Curcio*

## I.- INTRODUCCIÓN

Estoy convencido que no hay una discusión más importante en la filosofía política actual que aquella referida al uso legítimo del poder coercitivo del Estado. De allí el valor que adquieren preguntas como las referidas a por qué obedecer a la autoridad política si uno disiente con ella; por qué pagar impuestos que se destinan a financiar una guerra; o cuándo se justifican la desobediencia civil o la objeción de conciencia (acciones que, cabe notar, reconocen la validez general del derecho penal).

Asumiendo la centralidad de la reflexión sobre la coerción estatal legítima, diría que si el uso de la coerción estatal resulta difícil de justificar, en general, dicha justificación se torna más difícil aun cuando nos referimos a la coerción penal.

Una vez que definimos el castigo como un sufrimiento impuesto de modo intencional, a raíz de la acción indebida cometida por algún individuo (ver, por ejemplo, Hart 1968), o cuando aceptamos, al menos, que el daño impuesto es un elemento esencial del castigo (Bedau, 1991), entonces puede comprenderse mejor por qué es tan difícil justificar esta extendida práctica.

Tal y como lo ha manifestado Nicola Lacey, el castigo “coloca la carga de la justificación sobre el Estado” porque es una práctica que es “costosa tanto en términos humanos como financieros, además de una práctica cuyas ventajas prácticas y morales son usualmente inciertas”<sup>2</sup>.

Así, los problemas generales que encontramos para justificar el uso de la coerción estatal se agravan cuando nos ocupamos de la coerción penal y –éste es el punto- se tornan de muy difícil resolución cuando lo que queremos es justificar dicha práctica de coerción penal en situaciones de

<sup>1</sup> Profesor de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica Argentina

Master en Derecho Internacional por la Pontificia Universidad Lateranense, Roma, Italia.

Especialista en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica.

<sup>2</sup> Lacey, N; Zedner, L. (1995), “Discourses of Community in Criminal Justice,” *Journal of Law and Society*, vol. 22, n. 3, 301-325.

profunda injusticia social<sup>3</sup>. En este estadio, dicha justificación pierde sustento, por una diversidad de razones que analizaré más abajo, pero aquí –tempranamente- quisiera referirme a un problema particular.

En contextos de grave desigualdad social, injustificada y sistemática, existe un riesgo serio de que los medios coercitivos del Estado sean utilizados a los fines de preservar las desigualdades que les dan marco. El debate que requiere esta afirmación es, en parte, empírico.

En dicho marco, entonces, la ya compleja tarea de la justificación de la coerción (penal en este caso), se torna especialmente ardua. Las posibilidades de que, en contextos de extrema e injusta desigualdad, se pueda llevar adelante un juicio justo son, esperablemente, muy bajas. Por el contrario, las chances de que en dichas condiciones se termine tratando de modo parcial la suerte de los más desaventajados son (como la evidencia empírica nos lo ratifica cotidianamente) excesivamente altas. Es el Estado, entonces, el que debe demostrarle a los miembros de los sectores peor situados –y a todos los demás que no se encuentran comprometidos con el mantenimiento de una sociedad indecente- que tienen razones para confiar en él –razones para confiar en que el Estado los va a tratar como iguales, proporcionándoles el debido trato que les ha denegado una y otra vez, en cada ocasión, de modo sistemático, desde hace años.

Para concluir este marco introductorio, entiendo que es bueno recordar que todo el discurso justificatorio en torno al derecho penal se encuentra montado sobre la idea de la *ultima ratio*- es decir, sobre una versión de esa presunción negativa- que dice que el derecho penal no debe ser utilizado nunca, salvo en casos absolutamente extremos.

Lo que ocurre es que, con el correr de los años, las autoridades estatales tanto como los doctrinarios han comenzado a distender sus preocupaciones al respecto, para aceptar la aplicación del derecho penal (contra lo establecido por el principio citado), indiscriminadamente, en cualquier caso, y con absoluta ligereza. Se nos dice entonces que las herramientas penales deben activarse sólo frente a los casos extremos, mientras que a partir de tales dichos, y en la práctica, se actúa como si el

---

<sup>3</sup> Desde hace un tiempo, también, han aparecido conocidos intentos destinados a mostrar las continuidades existentes entre los principios que rigen la justicia distributiva, y los que rigen la justicia retributiva y así, la relevancia de las consideraciones de justicia social a la hora de pensar sobre la responsabilidad penal (Rawls 1955, 1971; Sadurski 1985, 1989).

derecho penal ya hubiera quedado justificado, por lo cual el único razonamiento que resta es el que define qué pena específica va a aplicarse, en el caso concreto<sup>4</sup>.

Contra esta descuidada actitud, lo que sugerimos es volver a una versión fuerte de aquella presunción negativa respecto de la justificación del accionar estatal, hasta tanto el cambio de actitud estatal sea manifiesto para todos. Es decir, si el Estado quiere recuperar su autoridad coercitiva penal, debe resultar claro para cualquiera que él está dirigiendo todas sus energías a poner fin a las injusticias que hasta hoy ha auspiciado, a través de sus acciones y omisiones. En condiciones de injustas desigualdades, sostenidas en el tiempo, es el Estado el que debe dar razones y garantías –a todos, y en particular a los que más y más habitualmente maltrata- de que está dispuesto a actuar de modo imparcial y respetuoso de los derechos de los más desaventajados, luego de dar cotidiana muestra de lo contrario, durante años, y frente a cada oportunidad en la que fue llamado a intervenir.

## II. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Desde la óptica del sistema interamericano, la cuestión está claramente delimitada: cuando un Estado acepta la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana”), asume que ella está facultada para decidir sobre los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)<sup>5</sup>. Además, el someterse a la competencia de la Corte Interamericana implica aceptar que ella pueda tomar ciertas medidas provisionales en casos graves y urgentes<sup>6</sup>, y que en sus decisiones finales condenatorias disponga que se garantice el derecho vulnerado, que se repare la violación y que se pague una indemnización<sup>7</sup>. Es decir, que el principio general indica que existirá obligación de los Estados de reparar las violaciones que cometan, tal como lo establezca el Tribunal Internacional.

Es importante destacar en este sentido, que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son concebidos como subsidiarios y que sus atribuciones no constituyen una

<sup>4</sup> De modo más radical, parte de lo más importante de la doctrina penal de nuestro tiempo (Ferrajoli, Zaffaroni, sólo por mencionar algunos) defienden posturas cercanas al denominado “minimalismo penal,” que tomar más en serio el compromiso con la ultima ratio.

<sup>5</sup> Convención IDH, art. 62, párrs. 1 y 3.

<sup>6</sup> Convención IDH, art. 63, párr. 2.

<sup>7</sup> Convención IDH, art. 63, párr. 1.

nueva instancia para revisar lo decidido en el orden interno. A esto último hace referencia precisamente lo que la doctrina denomina como “*fórmula de la cuarta instancia*”, según la cual no es competencia de los órganos internacionales de derechos humanos revisar los posibles errores de hecho y prueba o de derecho de una decisión jurisdiccional doméstica, ni pronunciarse sobre la validez de las leyes internas conforme a la Constitución del propio Estado. Sólo está al alcance de los órganos internacionales establecer si el accionar del Estado ha sido compatible con los derechos establecidos en los correspondientes instrumentos internacionales y, eventualmente, revisar si los procedimientos judiciales llevados a cabo se compadecen con la idea de proceso equitativo o debido proceso<sup>8</sup>. En algunos casos, el Tribunal Internacional podrá juzgar la compatibilidad de una ley interna con la normativa supranacional<sup>9</sup>.

Formuladas estas previas consideraciones, fue así como el Alto Tribunal ha ido reconociendo paulatinamente la operatividad de las cláusulas de la CADH, quedando esta circunstancia plasmada el 7 de junio de 1992 en la sentencia “*Ekmedjan c/Sofovich*”<sup>10</sup> relativo al derecho a réplica previsto en el art. 14 de la Convención y no reglamentado internamente. En dicha oportunidad, sostuvo la Corte Suprema que “... *El Pacto de San José de Costa Rica (...) es ley suprema de la Nación, conforme lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución Nacional (...) la violación de un tratado internacional puede acarrear tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento (...) la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía aun tratado ante el eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27 (...) Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda*

---

<sup>8</sup> Ver García, L.M., *El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?*, en García, L.M et al, *Los derechos humanos en el proceso penal*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 99-103.

<sup>9</sup> Convención IDH, art. 64, párr. 2. Posibilita el control de la normativa interna a pedido del propio Estado. Otro supuesto de control de la normativa interna está dado por los casos en que la vulneración de un derecho humano reconocido se produce por el sólo hecho de la sanción de una norma, es decir, cuando se trata de normas de aplicación automática. Véase en este sentido, Corte IDH, Serie A, Op. Consultiva O.C 14/94, en particular párrs. 39-50.

<sup>10</sup>CSJN, Fallos: 311:2497.

*constitucionalmente evitarla (...) la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (...) Esta Corte considera que para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales ...”*<sup>11</sup>.

Una vez materializada la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema volvió a expedirse en cuanto a la aplicación de la doctrina de la Corte IDH en la interpretación de la CADH en el caso Giroldi<sup>12</sup>.

En este precedente, se puso en tela de juicio el derecho a la interposición de un recurso contra la sentencia condenatoria y ciertas limitaciones que el Código Procesal Penal de la Nación imponía a las posibilidades de recurso del condenado vinculadas al monto de la pena impuesta. Se discutía, concretamente, si la imposibilidad de interponer recurso de casación en casos de condenas leves afectaba el derecho al recurso contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana. Anteriormente, la propia Corte había sostenido que la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal satisfacía el derecho al recurso de la Convención Americana.

Concretamente, la Corte Suprema de la Nación interpretó que, así como la Convención Americana de Derechos Humanos rige efectivamente en el ámbito internacional, y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación, la jurisprudencia del tribunal con sede en Costa Rica debía servir como “guía para la interpretación” de los preceptos convencionales, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH<sup>13</sup>, y considerando que el párrafo 2 del artículo 75, inciso 22, de la Constitución establece que los instrumentos internacionales incorporados rigen “*en las condiciones de su vigencia*”, lo que equivale a decir que ellos rigen “*tal como se los aplica en el ámbito internacional*”, considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes.

Años más tarde – y con distinta integración-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “... la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las

<sup>11</sup> Quiroga Laviè, H, Constitución de la Nación Argentina, Ed. Zavalia, Bs. As, 2000, 3era Edición, p. 480.

<sup>12</sup> Giroldi, Horacio E. y otro, CSJN, del 7 de abril de 1995.

<sup>13</sup> Cfr. Arts. 75, inc. 22 CN; arts. 62 y 64 CADH; art. 2ª Ley 23.054.

directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...”<sup>14</sup>.

### III. ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO Y SU LEGITIMACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La mejor portada para esclarecer el carácter principal de la prisión preventiva, desde el ángulo normativo, la proporciona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando expresa que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas "no debe ser la regla general" (art. 9.3).

El texto pertinente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.5), si bien no es ajeno a la impronta de la citada norma del Pacto Internacional, no reitera las expresiones antes elencadas. Empero, ello no impide asentar una conclusión de igual tenor: la prisión preventiva constituye una medida "necesariamente excepcional" (Informe N° 12/96, párr. 84); "la libertad del procesado debe ser la regla", a lo que se añade que "las excepciones deben estar expresamente contenidas en la ley de manera razonable".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia al art. 8.2 de la Convención Americana, sostuvo que de esta norma deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites "estrictamente necesarios" para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, puesto que la prisión preventiva "es una medida cautelar, no punitiva".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (en adelante Reglas de Tokio), no son menos concluyentes: "sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso" (regla 6.1).

El subrayado carácter de excepción deriva, por lo menos para la Comisión Interamericana, de tres razones: el derecho preeminente a la libertad personal; y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia, y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa (Informe N° 12/96, párr. 84). Luego, en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad personal (Informe N° 2/97, párr. 25).

<sup>14</sup>CSJN, caso "Simón", del 14/06/05.

Y se alude acertadamente a la universalidad de dichos principios expresados en la Convención Americana (arts. 7.1 y 8.2), toda vez que el respeto a la libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia están contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3 y 11.1), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. I y XXVI), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9.1 y 14.2), en la Convención Europea (arts. 5.1 y 6.2) y en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (arts. 6 y 7.1.b). Amén de estar reconocidos en innumerables textos internos, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (arts. 7 y 9).

La prisión preventiva irrazonable "invierte" el sentido de la presunción de inocencia, tornándola cada vez "más vacía" y convirtiéndola finalmente en una "burla" (Informe N° 12/96, párr. 80). El detenido, en tales condiciones, sufre el castigo severo que la ley reserva a los que han sido efectivamente condenados (Informe N° 2/97, párr. 47), lo cual implica una "grave separación de los principios de la libertad individual y de la presunción de inocencia".

Desde una visión comparatista, es de notar que la Constitución italiana consagra la "presunción de no culpabilidad" por cuanto, según los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente, se prefirió esta expresión más que la de presunción de inocencia, al considerarse que esta última, en su sentido propio, era incompatible con la prisión preventiva admitida en el mismo texto constitucional (art. 13).

Singularmente, para la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la presunción de inocencia no constituye el fundamento de los derechos de las personas bajo prisión preventiva, y la misión judicial se limita a verificar si las condiciones de dichas personas configuran formas de sanción anticipada. En consecuencia, el carácter excepcional de la prisión preventiva constituye su rasgo más saliente y, por ende, es natural que condicione todos los aspectos de esta institución.

De ello se sigue que, v.gr., sea a la luz de la "presunción de libertad" que los tribunales nacionales y, posteriormente, los órganos supranacionales, deben determinar si la medida cautelar en juego resulta, en algún momento, superior al límite razonable (Informe N° 12/96, párr. 75). El interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona (Informe N° 12/96, párr. 72).

En los términos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: la detención preventiva "debe ser excepcional y tan breve como sea posible". El establecimiento de los principios que informan la presente institución debe reparar, prioritariamente, en su carácter restrictivo de la libertad, que la emparenta directamente con las penas privativas de la libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente, y, en segundo lugar, en divergencia con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la presunción de inocencia. Estas dos coordenadas fundamentales matizan en parte e intensifican, también parcialmente, la penetración en esta medida cautelar de los criterios conformadores del Derecho sancionador en un Estado social y democrático de Derecho. La prisión preventiva, tanto en su adopción como en su mantenimiento, habrá de ser concebida "como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada" a la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza.

El hecho de que los textos internacionales reconozcan al detenido preventivamente el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable "o" a ser puesto en libertad (arts. 7.5 de la Convención Americana; 5.3 de la Convención Europea, y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no podría ser entendido en el sentido de ofrecer a las autoridades judiciales una "opción" entre someter a juicio al acusado en un plazo razonable o concederle la libertad provisoria aun sometida a garantías: el objeto de dichas normas es, esencialmente, el de imponer la liberación provisoria desde el momento en que la detención deja de ser razonable.

Si se quiere, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre resulta más precisa al respecto, en la medida en que reconoce al detenido preventivamente el derecho a ser juzgado sin dilación injustificada o "de lo contrario" a ser puesto en libertad (art. XXV).

#### **IV. CONCLUSIÓN**

En primer lugar, es dable destacar que el instituto jurídico de la prisión preventiva se encuentra rigurosamente condicionado y limitado, en todos sus aspectos (legislación, interpretación y aplicación), por los principios universales de presunción o estado de inocencia y de respeto a la libertad personal. De este modo, la prisión preventiva irrazonable invierte el sentido de dicha presunción tornándola cada vez más vacía, y contrariando así la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, al que nuestro país se encuentra obligado en virtud de varios tratados internacionales.

Sentado ello, ha quedado demostrado que la prisión preventiva es una medida cautelar y de carácter estrictamente excepcional, que bajo ningún concepto puede ser considerada una regla. Todo encarcelamiento preventivo entraña graves consecuencias para la persona del detenido, tanto en su situación personal y familiar, como en el ejercicio de su derecho de defensa, y la aplicación y el mantenimiento de la prisión preventiva pone en cabeza de los jueces requerimientos muy particulares, quienes deben mantener bajo examen la necesidad de la medida a intervalos razonablemente cortos.

Del mismo modo, entiendo que ha quedado debidamente acreditado en el iter investigativo desarrollado, que la validez de la legislación sobre la prisión preventiva está supeditada a su compatibilidad con los textos internacionales en materia de derechos humanos en vigor en el ordenamiento interno, por lo que la validez de la resolución judicial que imponga o mantenga la medida cautelar estará condicionada a su compatibilidad, desde el punto de vista procesal y sustancial, con el derecho interno y con el proveniente de los tratados antes mencionados.

En cuanto a la duración de la prisión preventiva, aun cuando se mantuvieran los motivos de justificación, no puede exceder, en su caso, los límites absolutos y, en todo supuesto, un plazo razonable según las circunstancias del caso. Los instrumentos internacionales aluden a plazos razonables de detención, pero no establecen límites de días, meses o años. Sin embargo, la jurisprudencia reseñada ha impuesto límites temporales a la duración de la misma, operando entonces como criterio máximo de razonabilidad de la misma.

Así, coincido con lo manifestado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que " ...entre las instituciones democráticas, es el Poder Judicial sobre el que descansa no sólo la recta aplicación del derecho sino también la administración de justicia. Nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indiferencia o impotencia frente a graves injusticias, por una ciega observancia de fórmulas legales..."<sup>15</sup>.

Finalmente, y a modo de corolario, me gustaría finalizar el presente trabajo de investigación con las palabras del recientemente fallecido Elías Neuman quien afirmó con convicción que "... Es necesario explicar a los fanáticos de la represión que la cárcel es un sitio donde se pierde la posibilidad de vivir. O, en otras palabras, se acrecienta en gran medida la posibilidad de morir. Un

---

<sup>15</sup>CIDH, Informe N° 74/90, pág.78, párr. 15.

juez que priva de la libertad està, aunque ordinariamente no lo sepa ni lo piense, condenando un poco a la muerte”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup>Neuman, Elías, *No a la prisión, Lecciones y ensayos*, nro. 66, p. 62