

El encierro sin condena de Pablo Migliore: un mensaje extorsivo

Por Fernando Gauna Alsina

El 25 de abril pasado los jueces Juan Esteban Cicciaro y Mariano A. Scotto, integrantes de la Sala 7 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, decidieron confirmar la resolución del juez de instrucción que había rechazado el pedido de excarcelación de Pablo Alejandro Migliore. Las pocas palabras que siguen, lejos del rigor técnico y jurídico, e incluso fruto de un raptó de vehemencia, no son más que un repudio a una decisión que, en mi opinión, violenta los principios más básicos en materia de derecho a la libertad personal. Además, refleja cómo los operadores jurídicos tienen la facilidad de –y no me gusta demasiado el término- *desnaturalizar* los estándares constitucionales y convencionales aplicables, para justificar posiciones conservadoras, retrógradas y contrarias a las que derivan del derecho penal y procesal penal de garantías. Veamos.

Los jueces de la cámara destacaron preliminarmente que Migliore estaba sometido a proceso por la presunta comisión del delito de encubrimiento agravado, cuya escala penal en abstracto permitía hacer lugar al pedido de la defensa (artículos 316 y 317 inciso 1 del Código Procesal). Luego, sostuvieron que las propias *características del hecho imputado* revelaban la existencia del peligro de entorpecimiento de la investigación. Efectivamente, Migliore habría prestado colaboración a Maximiliano Mazzaro para permanecer en la clandestinidad durante el curso del proceso, en el que hasta esa fecha no se había logrado su detención por el homicidio de Ernesto Cirino. Ese escenario –concluyeron- sólo podría neutralizarse conforme a las disposiciones del artículo 319 del código procesal.

De manera que, aún cuando contaba con arraigo y no registraba antecedentes penales -extremos que repasaron expresamente-, la posibilidad de que vuelva a contribuir con Mazzaro para que éste siga eludiendo la acción de la justicia, practicando conductas análogas a las investigadas; develaba un caso de entorpecimiento de la actividad investigativa. Desde ese punto de partida, teniendo en cuenta que se encontraba detenido desde el 31 de marzo, término que a su criterio no aparecía desproporcionado a la luz de la pena en expectativa, y que el Fiscal se había opuesto a la procedencia de la excarcelación, votaron por la confirmación de la resolución dictada por el juez de instrucción.

Pues bien; en principio, debo señalar que en ningún pasaje de la decisión se menciona una disposición que derive –estrictamente- del derecho internacional de los derechos humanos. Las citas legales se circunscriben a los artículos del código procesal penal que regulan la *excarcelación*. Esto no lo digo porque hubiere reflejado erudición; sino porque desde la sanción del código ha *corrido mucha agua bajo el tanque*. La aplicación lisa y llana de los artículos 316, 317 y 319 se contrapone con los estándares sentados desde hace tiempo a esta parte por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que veda el encierro sin condena por causas distintas a los riesgos procesales: la posibilidad de *entorpecer el curso de la investigación o eludir la acción de la justicia*.

El código procesal federal recién impone su evaluación –la de los riesgos procesales- una vez *fracasados* los presupuestos previstos por los artículos 316 y 317, cual etapa última del análisis. Esta interpretación, propia de la aplicación literal de la letra del código, no resiste el menor *test de convencionalidad y constitucionalidad*. Sin embargo, ha sido ése el silogismo utilizado por la cámara. Aunque la escala penal aplicable permitía la excarcelación de Migliore (artículos

316 y 317) pusieron de relieve que *las características del hecho* revelaban que su libertad podía repercutir sobre el curso de la investigación (artículo 319) y mantuvieron su encierro cautelar.

Siguiendo ese razonamiento, podría decirse con toda lógica que, en opinión de los camaristas, si la escala penal aplicable hubiera impedido la procedencia de la excarcelación, no habrían necesitado evaluar los *riesgos procesales* que recoge el artículo 319 para confirmar la detención de Miligliore. Nada más lejos de la evolución de la jurisprudencia actual. Incluso, de la posición fijada por la Cámara Federal de Casación Penal en el tristemente célebre plenario *Diaz Bessone*, a excepción, claro está, del voto de la jueza Ángela Ledesma.

Pero lo relevante aquí no es que los jueces hubieren utilizado una interpretación anacrónica. Lo más grave, como expresamente lo reconocen, es que la escala penal aplicable hubiere permitido que eventualmente recaiga sobre Migliore una condena en suspenso. De tal modo, **aún cuando se hubiere verificado su culpabilidad tendría derecho a seguir gozando de su libertad**. Un escenario como éste, donde el imputado -inocente jurídicamente- padece una medida de coerción significativamente más grave que la que habría de caberle de adquirir la calidad de *condenado* vulnera el principio de proporcionalidad y ofende con creces el sentido común.

El riesgo procesal es el único propósito que debe perseguir **cualquier** medida de coerción que pretenda asegurar la acción de la justicia. Es cierto. Pero con todo, aún existen presupuestos previos, como la necesidad de reunir *indicios serios de culpabilidad* o, en este caso, valorar la *proporcionalidad* del medio escogido de acuerdo al fin, que permiten y/o habilitan el pasaje a la siguiente etapa del análisis; ésta es, precisamente, la evaluación de los riesgos procesales y la elección –

gradual- de la medida cautelar aplicable. El encarcelamiento no es el único modo de asegurar el proceso, sino el recurso más grave y último para hacerlo.

Sin embargo, esto no es todo. Los jueces, luego de interpretar literalmente las normas del código procesal -tal cual se hacía hace casi veinte años-, concluyeron que Migliore podría entorpecer el curso de la investigación. Concretamente, practicando conductas análogas a las investigadas; esto es, ayudar a Mazzaro a eludir la acción de la justicia por la comisión de un delito especialmente grave. De manera que, si bien no lo dijeron expresamente, sostuvieron la necesidad de encerrarlo so pretexto de que vuelva a delinquir. De tal modo, recurrieron a un supuesto previsto para agravar una decisión de fondo -bastante cuestionado dicho sea de paso-, cual es la presunción o peligro de reiteración delictiva, para fundar una medida de coerción procesal. Esta circunstancia también está vedada por los estándares interamericanos.

Pero no hace falta ir demasiado lejos y recurrir a las normas del derecho internacional. El encubrimiento agravado, es decir, ayudar a una persona que cometió un delito especialmente grave, tiene una pena cuyo mínimo -un año- permite la excarcelación. De tal modo, si el legislador hubiere pretendido que este tipo de actos ilícitos no sea excarcelable, lo habría dicho explícitamente. Así lo ha hecho en otros casos, ya sea elevando el mínimo de la pena o incluyéndolos en el catálogo de delitos de esa *naturaleza*. Lo que quiero señalar, al margen de la *inconstitucionalidad* de ese tipo de medidas legislativas, es que los jueces fueron aún más lejos que la interpretación literal, conservadora y anacrónica que prevé actualmente el código procesal.

Una apostilla final: *que el árbol no nos impida ver el bosque*. La decisión de mantener el encierro de Migliore encuentra asidero en la necesidad de someter a

proceso a Maximiliano Mazzaro. De manera que trataron a Migliore cual medio para llegar a Mazzaro. Esto, además de pasar por encima de una de las premisas más relevantes de un Estado democrático de derecho, cual es el deber de respetar la dignidad de la persona, en tanto no puede ser un medio, puesto que es un fin en sí misma; colocó a Mazzaro ante una disyuntiva peculiar: entregarse y provocar el cese de la detención de quien otrora le prestara ayuda, o continuar la situación de contumacia para evitar su propio encarcelamiento. Si esto no es un mensaje extorsivo...