

Apéndice II

La prisión preventiva

1. Orientación general

1.1. LA TENDENCIA REFORMISTA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los nuevos sistemas procesales penales de la región, caracterizados por la implementación de un modelo acusatorio que distingue claramente los roles de acusar y juzgar, consagran en términos generales un sistema de prisión preventiva basado en la finalidad cautelar, afirmando en primer término el derecho a la libertad del imputado durante el proceso penal y la naturaleza excepcional de la prisión preventiva, que se regula como una medida cautelar y no como una pena anticipada (lo que se proyecta incluso en los capítulos respectivos, titulados “medidas cautelares” o “de aseguramiento”).

A vía de ejemplo, pueden citarse —entre otros— los siguientes modelos legislativos, a cuyas soluciones se hará referencia en el desarrollo de este capítulo: el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPP Modelo, artículos 3, 196, 202 ss., 208 ss.), el nuevo Código Procesal Penal chileno (CPP Chile, artículos 139, 140, 141 ss.), el Código Procesal Penal de la provincia argentina de Chubut (artículo 7, 20, 212, 220 ss.), la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrim, artículos 503, 504 ss.), el Código Procesal Penal de Costa Rica (CPP Costa Rica, artículos 238, 239 ss., 257 ss., 260), el nuevo Código Procesal Penal paraguayo (CPP Paraguay, artículos 112, 235, 236 ss., 242 ss., 252, 136), etcétera.

En esa línea de ideas, resulta prioritario establecer una serie de *principios* relacionados con la prisión preventiva, contemplados en general en los sistemas de derecho comparado más modernos, a saber:

- el principio de inocencia (o estado de inocencia);
- el debido proceso legal (*nulla poena sine iudicio*);
- el principio de libertad (derecho del imputado a permanecer en libertad durante el trámite del proceso penal);
- el carácter excepcional de la prisión preventiva;
- su naturaleza cautelar, que sólo justifica la privación de libertad para asegurar la eficacia del proceso penal (cumplimiento de la condena —evitando el riesgo de fuga—, aseguramiento de pruebas);
- el derecho a un proceso de duración razonable;
- el derecho al cese de la prisión preventiva por extinción de los requisitos o presupuestos que la justifican, o por su duración excesiva;
- el derecho del imputado privado de su libertad, a ser recluido en condiciones que permitan diferenciarlo de los condenados;
- el principio de imparcialidad y el derecho a que el juez que decreta la prisión preventiva no participe en la decisión de mérito (sentencia definitiva).

A. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Ese es, por otra parte, el modelo que impone la Constitución de la República, en tanto consagra el debido proceso legal como sustento de la pena (artículo 12: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”). Lo que permite afirmar que *la privación de libertad durante el proceso penal no puede constituir un anticipo de la pena* a recaer, pues en ese caso se estaría aplicando una pena o confinamiento sin forma de proceso y sentencia legal.

Por lo que en el marco constitucional, la prisión preventiva sólo puede asumir la esencia de una medida cautelar, para lo cual deberá adecuarse a los fines que caracterizan este tipo de medidas.

Podría plantearse la duda, sin embargo, respecto a los delitos penados con mínima de penitenciaría, en la medida en que, según una corriente de interpretación, el artículo 27 de la Constitución determinaría en ese caso la *necesaria* privación de libertad durante el proceso penal (prisión preventiva), con independencia de todo eventual fundamento cautelar. Sin embargo, no es esa la interpretación adecuada al sistema constitucional, conforme al cual —como vimos— “nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”. En realidad, el artículo 27 regula aspectos atinentes a la libertad provisional y no específicamente a la prisión preventiva, es decir, no establece en qué supuestos debe el Juez disponer la prisión preventiva, sino que consagra la potestad de los Jueces de poner al acusado en libertad “en toda causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría”. Esa potestad constitucional no admite limitación legal, como lo advierten algunos autores, y —lo que es más importante en nuestra opinión— no debe interpretarse la norma constitucional a *contrario sensu* para concluir que el Juez no puede poner en libertad al acusado cuando el delito imputado tiene previsto una pena mínima de penitenciaría, pues tal interpretación sería contraria a los principios constitucionales ya enunciados y supondría admitir la privación de libertad como pena anticipada.

Afortunadamente, aquella conclusión a que hicieramos referencia, conforme a la cual la prisión preventiva sería una medida necesaria respecto a delitos penados con mínima de penitenciaría, viene siendo revisada recientemente por nuestra jurisprudencia, como se observa en algunos trascendentes fallos,¹⁶⁰ en un sentido acorde a la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

¹⁶⁰ Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7.º turno, de fecha 29 de mayo de 2007, publicada en *RUDP* n.º 2, 2006; y su antecedente inmediato, sentencia n.º 190/98 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 18.º turno, publicada en *RUDP* n.º 3, 2005. Se concluye en el primero de los citados fallos: “[...] el artículo 27 de la Constitución debe ser leído e interpretado a la luz de la normativa internacional aprobada por nuestro estado y los demás derechos consagrados en la Carta. Por ello, resulta claramente compatible la conclusión a la que arribara la Dra. Landeira cuando sostuvo que el artículo ‘27 debe ser interpretado en forma armónica y sistemática con los artículos 7, 12 y 26 de la Carta, atendiendo también al contenido cautelar que les es propio [...]”

Por lo que en nuestro concepto no existen fisuras en la lectura constitucional referida, que lleva a concluir que *la prisión preventiva sólo puede admitirse en el marco constitucional como una medida cautelar*.

La prisión preventiva en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra expresamente en su artículo 8.º el *principio de inocencia*, y en el artículo 7.º establece que *toda persona “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”*, en clara alusión a la prisión preventiva.

La reforma del sistema legal de prisión preventiva debe estructurarse a partir de las garantías consagradas en la Constitución y en la CADH, que se concretan en el debido proceso legal como presupuesto de la aplicación de una pena, y en el principio de inocencia, lo que determina que la privación de libertad durante el trámite del proceso sólo puede admitirse como una medida cautelar.

A lo que se agrega la referencia expresa de la CADH al derecho a un proceso de duración razonable como fundamento de la excarcelación, lo que ha sido invocado en un informe reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para formular sus conclusiones y recomendaciones referidas a la modificación del marco legal vigente en nuestro país en materia de prisión preventiva.¹⁶¹

El sistema legal de la prisión preventiva

Nuestro *marco legal*¹⁶² en materia de prisión preventiva no se adecua a las garantías y principios enunciados, y existe consenso general en cuanto a que:

En su mérito, la prolongación de la prisión preventiva, provocada por una anómala o irrazonable duración del proceso, si ya no existen fines procesales a precaver en el juicio, se convierte en la aplicación de una pena anticipada, expresamente prohibida por el artículo 12 de la Carta, puesto que la ausencia de riesgos que justifiquen el mantenimiento de la cautela hace decaer la *presunción* del artículo 27¹ (resolución 190/98 ya citada)”.¹⁶¹

¹⁶¹ Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12 553.

¹⁶² Nos remitimos al informe sobre las normas vigentes, elaborado en el marco de este proyecto.

- En función de una regla —no formulada expresamente pero que se ha inducido *a contrario*— la prisión preventiva es *la regla*, y no la excepción, en el sistema legal uruguayo;
- las causales que habilitan o imponen al juez a decretar la prisión preventiva, no reflejan una finalidad cautelar sino que, en términos generales, constituyen un *adelantamiento de la pena*, criterio que se refleja asimismo en la regulación de la libertad provisional y en las circunstancias que habitualmente se invocan para denegarla;
- en particular, la causal regulada como “grave alarma pública” constituye, por su formulación y/o su interpretación judicial, un concepto de gran indeterminación que evade la esencia cautelar del instituto;
- el juez puede decretar la prisión preventiva *de oficio*, aun sin pedido fiscal (solución ajena al modelo acusatorio);
- no existe regulación legal en cuanto a la duración de la prisión preventiva, más allá de la invocación de la CADH en algún caso;
- en la realidad no existe diferenciación en las condiciones de reclusión de imputados y condenados, violando la disposición del artículo 4.º del decreto ley 14.470 y diversas normas internacionales de derechos humanos ratificadas por el país;
- las denegaciones de libertad provisional suelen estar fundadas, aunque sea en forma implícita, en consideraciones ajenas a la naturaleza cautelar que debería caracterizar a esta medida;
- el juez que decreta la prisión preventiva, es el mismo que habrá de dictar la sentencia definitiva, lo que conspira contra *la garantía de imparcialidad* de acuerdo con los criterios internacionales y a nuestras propias normas constitucionales (ver capítulo sobre Normas procesales penales, sobre Principio de imparcialidad);
- el sistema de medidas alternativas a la prisión preventiva evade en muchos aspectos la finalidad cautelar.

2. Características del sistema proyectado

La reforma del proceso penal en materia de prisión preventiva debería adecuarse a los principios enunciados, que permiten construir un sistema con las siguientes características:

- Reafirmación del *principio de inocencia* y del derecho del imputado a permanecer en libertad durante la tramitación del proceso penal.
- Naturaleza *excepcional* de la prisión preventiva: se conecta con el punto anterior, por lo que se recomienda incluir una referencia en tal sentido en el capítulo de principios, lo que resultará conveniente como criterio de interpretación (CPP Modelo, artículo 3.º; CPP Chile, artículo 5.º).
- Naturaleza *cautelar* de la prisión preventiva: también conectado con los puntos anteriores, se refleja principalmente en la enunciación de las circunstancias que habilitan al juez a disponer esta medida (CPP Modelo, artículo 196).
- Debe eliminarse la categoría de “delitos inexcusables”: toda medida cautelar es, por definición, esencialmente revocable, y debe cesar si las circunstancias (fundadas en razones cautelares) ya no la justifican, o si la duración excesiva de la medida la convierte en una pena anticipada. Criterio avalado por la jurisprudencia reciente sobre el punto, a nivel nacional e internacional (informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), e interpretación jurisprudencial del artículo 27 de la Constitución de la República.¹⁶³
- Por los mismos fundamentos, la prisión preventiva no puede ser en ningún caso una medida necesaria o preceptiva en función exclusiva del delito imputado, sino que debe fundarse en todo

¹⁶³ Ver nota n.º 1.

- caso en una finalidad cautelar, y debe cesar cuando se extingue el referido fundamento cautelar.
- También deberá eliminarse la noción de “grave alarma pública” como fundamento de la prisión preventiva, por no adecuarse a la naturaleza cautelar del instituto.
 - Principio acusatorio: la prisión preventiva sólo procede a pedido del Ministerio Público, no procede de oficio (CPP Chile, artículo 140).
 - Duración de la prisión preventiva: se establecen límites a la duración de la prisión preventiva, conectados con la propia duración de la medida y con la duración del proceso (*derecho a un proceso de duración razonable*), siguiendo los lineamientos del CPP Modelo (artículo 208), CPP Chile (artículo 152), CPP Paraguay (artículo 136 y 252), CPP Costa Rica (artículo 257), y las recomendaciones recientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
 - Autonomía: la prisión preventiva debe regularse como típica medida cautelar, que puede disponerse en cualquier momento del proceso siempre que se den las circunstancias previstas legalmente, y no se conecta conceptualmente con el “auto de procesamiento” (cuya supresión también se analiza siguiendo los lineamientos del CPP Chile).
 - Procedimiento: se adopta *en audiencia*, con presencia del imputado, su defensor y el Ministerio Público, alegándose los hechos en que se funda la solicitud y aportándose las pruebas pertinentes, posibilitando en ese marco el derecho de defensa (alegación y pruebas de la defensa). Se sigue en este punto el modelo del CPP Chile (artículo 142).
 - Revisión: resulta conveniente establecer el deber judicial de revisar la medida en audiencia con presencia del indagado, su defensor y del Ministerio Público, en forma periódica (CPP Modelo, artículo 219; CPP Chile, artículo 145; CPP Costa Rica, artículo 253; CPP Paraguay, artículo 250).

- Medidas alternativas: debe consagrarse un sistema de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, que en todo caso deben reflejar la naturaleza cautelar que las justifica (en función de la finalidad que persiguen) y no pueden constituir un adelantamiento de la pena (CPP Modelo, artículo 209; CPP Chile, artículo 155; CPP Paraguay, artículo 245).

3. Descripción del sistema proyectado

3.1. PRINCIPIOS VINCULADOS

- Principio de *inocencia*.
 - Derecho a la *libertad*, naturaleza excepcional de la prisión preventiva, criterio interpretativo (restrictivo) de las disposiciones que autorizan a limitar el derecho a la libertad del imputado: CPP Modelo, artículo 3.º; CPP Chile, artículo 5.º.¹⁶⁴
 - Función *cautelar* de la prisión preventiva: sólo procede cuando resulte absolutamente indispensable para los fines del proceso, CPP Modelo, artículo 196; CPP Chile, artículos 122 y 139; CPP Paraguay, artículo 234.¹⁶⁵

¹⁶⁴ CPP Modelo: “Artículo 3.º. Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades [...]”.

CPP Chile: “Artículo 5.º. [...] Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

¹⁶⁵ CPP Modelo: “Artículo 196. Finalidad y alcance. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley”.

- Tratamiento del imputado: diferenciado del penado (CPP Modelo, artículo 217; CPP Chile, artículo 150; CPP Paraguay, artículo 254).¹⁶⁶
- Deber de *motivación del fallo*: la resolución que dispone la prisión preventiva debe estar fundada expresamente en alguna de las circunstancias que habilitan legalmente a adoptar esa medida (función cautelar).
- Principio *acusatorio*: Corresponde al Ministerio Público (o titular de la acción) solicitar esta medida, no procede de oficio (Constitución de la República, artículo 22; CPP Chile, artículo 140).¹⁶⁷
- Derecho a un proceso de *duración razonable*: conexión con la duración de la prisión preventiva y su cese por duración excesiva del proceso y/o por duración excesiva de la privación de libertad (CPP Modelo, artículo 208).¹⁶⁸
- Principio de *proporcionalidad*. En general se relaciona con la pena prevista para el delito imputado (CPP Modelo, artículo 208; CPP Chile, artículo 152; CPP Paraguay, artículo 252¹⁶⁹).

¹⁶⁶ CPP Modelo: “Artículo 217. Tratamiento. El encarcelado preventivamente será alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizan para los condenados a pena privativa de libertad, o, al menos, en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos, y tratados en todo momento como inocentes, que sufren la prisión con el único fin de asegurar el desarrollo correcto del procedimiento penal”.

¹⁶⁷ CPP Chile: “Artículo 140. Requisitos para ordenar la prisión preventiva. [...] el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva [...]”

¹⁶⁸ CPP Modelo: “Artículo 208. Cesación del encarcelamiento. La prisión preventiva finalizará: [...] 3) Cuando su duración exceda de un año [...]”. La misma solución consagra el CPP Costa Rica, artículo 257 inciso c.

¹⁶⁹ CPP Modelo: “Artículo 208. La prisión preventiva finalizará: [...] 2) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada [...]”. CPP Chile: “Artículo 152. [...] En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto

A pesar de que este criterio se mantiene en los nuevos modelos vigentes en la región, en un enfoque sistemático la proporcionalidad debería analizarse no en función del delito imputado, sino de las circunstancias que habilitan a adoptar la medida (finalidad cautelar).

- Principio de *imparcialidad*: el tribunal que decreta la prisión preventiva y recibe la prueba sobre las razones que justifican tal medida, no es el mismo que juzga sobre el fondo (sentencia definitiva).
- Información al imputado y difusión de sus derechos en centros de detención y oficinas vinculadas al sistema penal (CPP Chile, artículo 137).

3.2. CIRCUNSTANCIAS QUE HABILITAN A ADOPTAR ESTA MEDIDA (REQUISITOS):

En función de los principios y características del sistema propuesto, señalamos a continuación los presupuestos y requisitos para disponer la prisión preventiva:

- Pedido fiscal (o del titular de la acción) (CPP Chile, artículo 140).
- Antecedentes que justifiquen la existencia del delito.
- Antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación como autor, coautor o cómplice en ese delito.

existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia con el fin de considerar su cesación o prolongación”. CPP Paraguay: “Artículo 252. La prisión preventiva será revocada: [...] 2. Cuando su duración supere o equivalga al mínimo de la pena prevista, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión a prueba de la ejecución de la condena”.

- La existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular (en método contradictorio y con plenas garantías de defensa), acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (*peligro de fuga*) u obstaculizará la averiguación de la verdad (*peligro de obstaculización*).¹⁷⁰
- Enunciación de las circunstancias que habilitan a considerar configurados tales requisitos:
 - *Peligro de fuga* del imputado (fundado en circunstancias concretas, que pueden vincularse a la gravedad o duración de la pena prevista para el delito imputado, pero que admiten prueba en contrario). Para decidir que existe peligro de fuga del imputado, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias (CPP Modelo, artículo 203; CPP Paraguay, artículo 243):¹⁷¹
 - La falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
 - La pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;
 - La importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él;¹⁷²
 - El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la jurisdicción penal.

¹⁷⁰ Cf. CPP Modelo, artículo 202.

¹⁷¹ Se sigue en la enumeración de las circunstancias el CPP Paraguay, artículo 243, que recoge la solución prevista en el CPP Modelo (artículo 203).

¹⁷² La inclusión de esta circunstancia como indicativa del peligro de fuga resulta criticable, por cuanto puede contrariar el principio de inocencia.

- *Peligro de obstaculización.* Sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba, o cuando existieren las mismas sospechas graves y fundadas de que pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (artículo 140, CPP Chile).¹⁷³

El CPP Chile (artículo 140) incluye entre las circunstancias que habilitan a decretar la prisión preventiva, la existencia de antecedentes que permitan al tribunal considerar “[...] que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”.¹⁷⁴ Desde una perspectiva sistemática el criterio no resulta plenamente compartible, toda vez que no revela un auténtico fin cautelar referido a la eficacia del proceso en cuestión, sino que se funda en un pronóstico de conducta futura basado en la *probabilidad de reincidencia delictiva* (derecho penal de autor).

En un interesante fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se concluye en minoría que una previsión similar *atenta contra el principio constitucional de inocencia*, cuando se somete al imputado a prisión preventiva con fundamento en la probabilidad de que cometa nuevos delitos.¹⁷⁵ Como vimos, el CPP Modelo, el CPP Chubut y el

¹⁷³ En términos similares, CPP Modelo, artículo 204: “PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsa mente o se comporten de manera desleal o reticente; 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. El CPP Paraguay recoge en su artículo 244 la misma redacción.

¹⁷⁴ El CPP Costa Rica contiene una previsión similar aunque de mayor generalidad, al disponer en su artículo 239 inciso *b* que podrá decretarse la prisión preventiva cuando exista una presunción razonable acerca de que el imputado “continuará la actividad delictiva”.

¹⁷⁵ Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, caso *Estados Unidos de América v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987), discordia de los Jueces Marshall y Brennan. Disponible en <www.findlaw.com>.

CPP Paraguay, para mencionar sólo tres ejemplos, no contienen una norma similar al regular los fundamentos de la prisión preventiva; por lo que, en nuestro concepto, se adecuan mejor al marco cautelar que justifica la privación de libertad durante el proceso.

No consideramos conveniente, en definitiva y por los fundamentos expuestos (principio de inocencia), una referencia similar a la del artículo 140 del CPP Chile con relación a la peligrosidad como fundamento de la prisión preventiva. No obstante, debe tenerse presente que algunas legislaciones contemplan estas circunstancias (peligrosidad, riesgo para la sociedad o para la víctima) como fundamento de la prisión preventiva, por lo que a continuación y a vía de ejemplo se detalla la regulación sobre el punto en el CPP Chile.

En ese sentido, y en relación con las circunstancias referidas, el CPP Chile establece lo siguiente:

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.¹⁷⁶

¹⁷⁶ CPP Chile, artículo 140.

3.3. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN O LIMITAN LA PRISIÓN PREVENTIVA

En un planteo acorde con los principios enunciados al inicio de este capítulo, y siguiendo los lineamientos de los modelos consultados, no podrá decretarse la prisión preventiva en los siguientes casos:

En función de la pena prevista para el delito imputado (penas no privativas de libertad).

En función de la edad del imputado o de su estado de salud, embarazo o lactancia. Si correspondiere, podrá en esos casos decretarse el arresto domiciliario.¹⁷⁷ Las circunstancias descritas pueden excluir de plano la prisión preventiva (CPP Paraguay, artículo 238; CPP Costa Rica, artículo 260, con relación a personas de avanzada edad o afectadas por una enfermedad grave y terminal), o constituir una causal de especial consideración para determinar la eventual sustitución de la prisión por otra medida menos gravosa como el arresto domiciliario (CPP Costa Rica, artículo 260, con relación a las mujeres en estado avanzado de gravidez o con un hijo menor de tres meses de edad). Nuestro sistema legal vigente¹⁷⁸ contempla estas circunstancias para habili-

¹⁷⁷ El CPP Paraguay, artículo 238, dispone al respecto: “No se podrá decretar la prisión preventiva de personas mayores de setenta años, de las mujeres en los últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y terminal debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario”. El CPP Costa Rica, artículo 260, contiene una regulación similar aunque con algunas variantes: “No se decretará la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años o valetudinarias, si el tribunal estima que, en caso de condena, no se les impondrá pena mayor a cinco años de prisión. Tampoco se decretará en relación con personas afectadas por una enfermedad grave y terminal. En estos casos, si es imprescindible la restricción de la libertad, se deberá decretar el arresto domiciliario o la ubicación en un centro médico o geriátrico. Podrá sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario, a las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la madre, el feto o el hijo”.

¹⁷⁸ Ley 17 897, artículos 8 y 9.

tar al juez a disponer el arresto domiciliario como medida sustitutiva a la prisión preventiva, cuando se trate de personas mayores de 70 años (con exclusión de determinados delitos), mujeres durante los últimos tres meses de gravidez o durante los primeros tres meses de lactancia materna (previo informe del ITF), enfermedad grave que haga evidentemente perjudicial la internación inmediata en prisión (previo informe pericial). La diferencia respecto del sistema previsto en las legislaciones citadas (fundamentalmente, el CPP Paraguay y el CPP Costa Rica), radica en que éstas *excluyen de plano* la prisión preventiva en algunas de las circunstancias referidas (edad avanzada —aunque el CPP Costa Rica lo sujeta a otra condición relativa a la duración de la pena—, enfermedad grave o terminal, embarazo o lactancia —CPP Paraguay—), mientras que nuestro actual sistema legal prevé que en esos casos el juez *podrá* decretar el arresto domiciliario en sustitución de la prisión preventiva (sistema facultativo, no preceptivo).

Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social (CPP Chile, artículo 141).

3.4. CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva debe cesar en los siguientes supuestos, que hemos organizado en función de las variables a considerar:

- Por su duración:
 - cuando la prisión preventiva excediere *la mitad de la pena* que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia de condena (CPP Chile, artículo 152, aunque no impone el cese sino que ordena la citación a audiencia para considerar su cese o prolongación), o cuando su duración supere o equivalga a la *pena mínima* prevista en la ley para el delito imputado (CPP Paraguay, artículo 236); o —en fin— cuando

su duración supere o equivalga a *la condena* que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada (CPP Modelo, artículo 208; CPP Costa Rica, artículo 257).¹⁷⁹

- cuando ha adquirido las características de una pena anticipada o ha provocado limitaciones que exceden las imprescindibles para evitar la fuga del imputado (CPP Paraguay, artículo 252.4);
- cuando supere determinado *plazo fijo*:
 - previsto para la duración de la prisión preventiva (CPP Modelo, artículo 208: un año; CPP Costa Rica, artículo 257: doce meses; CPP Paraguay, artículo 236: 2 años);
 - previsto para la duración del proceso principal, argumento fundado en el derecho a un proceso de duración razonable (CPP Paraguay, artículo 136: 3 años contados desde el primer acto del procedimiento).
- Por extinción de las circunstancias que la justifican. Este punto puede conectarse con el control periódico de la justificación de la medida, en audiencia con presencia de todos los involucrados (CPP Chile, artículo 145, cada seis meses; CPP Paraguay, artículo 250).
- Por el advenimiento de las circunstancias que obstan a la prisión preventiva (referidas en el apartado anterior: edad avanzada, grave enfermedad, gravidez o lactancia).

¹⁷⁹ Indudablemente el sistema paraguayo es el más objetivo y en consecuencia genera un menor riesgo de pérdida de imparcialidad del juez, ya que el cese de la prisión preventiva no depende de su propia valoración acerca de la entidad de la pena a recaer sino de la simple aplicación del mínimo legal aplicable de acuerdo con la calificación jurídica que habrá realizado el propio actor; aunque resulta conveniente complementar la fórmula legal con la referencia prevista en el CPP Modelo, en cuanto éste tiene en cuenta “la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada”.

- Conectado con el trámite o procedimiento: la prisión preventiva debería cesar automáticamente cuando no se deduce acusación dentro de un plazo razonable, como ocurre en materia civil con las medidas cautelares adoptadas como diligencia preparatoria. El CPP Chile (artículo 247) contempla un plazo de dos años para el cierre de la investigación preliminar (que puede aparejar la prisión preventiva) y posterior acusación, decretándose el sobreseimiento definitivo en la causa (que apareja el término de la prisión preventiva) en caso de que el fiscal no formule acusación en el plazo que se indica en la ley.

3.5. TRÁMITE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En cuanto al trámite de la prisión preventiva, se proponen las siguientes pautas estructurales o de procedimiento:

- La prisión preventiva debe decretarse siempre a pedido de parte.
- Puede solicitarse durante la investigación preliminar o en cualquier etapa del proceso.
- No se conecta conceptualmente con el “auto de procesamiento”.
- Se plantea y resuelve *en audiencia*, con plenas garantías de defensa para el imputado que incluyen el *derecho a la prueba*. En este punto, consideramos que la privación de libertad sólo puede fundarse en pruebas recogidas con plenas garantías del contradictorio, y no en pruebas recogidas en forma reservada o unilateral por el Ministerio Público, salvo excepciones fundadas en la eficacia de la diligencia probatoria (y con el control del juez de garantías). El CPP Chile (artículo 142) establece un procedimiento en audiencia para la decisión de la solicitud de prisión preventiva, que asegura razonablemente el derecho de defensa; el CPP Paraguay (artículo 242) establece que podrá decretarse la prisión preventiva “después de ser oído el imputado”, al igual que el CPP Modelo (artículo 202).

- El juez que decide sobre la privación de libertad, no debe intervenir en el plenario o debate oral (en general, se confiere esta potestad al juez de garantías).

3.6. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

La finalidad cautelar que justifica la prisión preventiva puede determinar la conveniencia de aplicar otras medidas menos gravosas, igualmente cautelares, alternativas a la prisión.

Los sistemas procesales penales más modernos de la región contemplan esta alternativa, y a diferencia del sistema legal vigente en nuestro país limitan estas medidas a lo estrictamente necesario para preservar la finalidad cautelar que las justifica, sin desnaturalizar su esencia (lo que ocurre en nuestra legislación en cuanto a distintas medidas que, en esencia, constituyen un adelantamiento de pena).¹⁸⁰

Se considera conveniente, en consecuencia, implementar un sistema similar al previsto en el CPP Modelo (artículo 209), inspirado en una finalidad típicamente cautelar, cuya regulación se transcribe a continuación: “Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión (artículo 202), alguna de las alternativas siguientes:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal;

¹⁸⁰ Las referencias a nuestro sistema legal en materia de medidas alternativas a la prisión preventiva corresponde fundamentalmente a la ley 17 726 y a la ley 17 897 (artículos 8 y 9: prisión domiciliaria).

3. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe;
4. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización;
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
7. La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial, no se impondrá una caución económica, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado tornen imposible la prestación de la caución.

Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad”.

En términos prácticamente idénticos regula este punto el CPP Paraguay (artículo 245), el CPP Chile (artículo 155, aunque presenta algunas variantes respecto del régimen del CPP Modelo), el CPP Costa Rica (artículo 244, también con ligeras variantes respecto del CPP Modelo).

4. Conclusiones

El sistema de prisión preventiva constituye uno de los ejes de cualquier reforma procesal penal, en la medida en que conlleva una limitación al derecho de libertad y se traduce, en los hechos y más allá de la categoría jurídica que corresponde asignarle, en una auténtica pena para el imputado, con una clara proyección social estigmatizante.

En ese marco, la privación de libertad durante el proceso penal, si bien no puede suprimirse en forma absoluta, debe limitarse de modo tal de asegurar la vigencia de principios fundamentales, como el del debido proceso y el de inocencia, conforme a los cuales “nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”, y “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

De modo que la prisión preventiva no puede justificarse, en el marco constitucional y de los derechos humanos, como una pena, sino y exclusivamente como una medida cautelar. Lo que supone afirmar que sólo puede admitirse la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar su presencia durante el proceso y la eventual ejecución de la sentencia de condena (evitando el “peligro de fuga” del imputado), o el normal desarrollo del proceso penal y de la actividad probatoria en particular (evitando el “peligro de obstaculización” de la prueba). Algunos sistemas legales comprenden entre los fines de la prisión preventiva la seguridad de la sociedad o del ofendido en particular (CPP Chile, por ejemplo).

Toda otra circunstancia que se pretenda invocar como fundamento de la prisión preventiva retoma inexorablemente la senda de la pena anticipada, contraria a los postulados constitucionales.

La legislación vigente en materia de prisión preventiva se aparta claramente de esos postulados y regula la prisión preventiva como una auténtica pena anticipada, desconectada en general del marco cautelar que la justifica desde una perspectiva constitucional.

Los tratados internacionales celebrados por nuestro país, y en particular la CADH, imponen un cambio necesario en la regulación legal de la prisión preventiva, y así resulta de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un reciente informe al que se hizo referencia.¹⁸¹ La tendencia reformista en la región ha procurado adecuar el sistema de prisión preventiva a los postulados de la CADH, regulando la prisión preventiva como una auténtica medida cautelar, y por esa senda debería transitar la reforma de nuestro proceso penal, recogiendo las soluciones del CPP Modelo (seguido por el CPP Costa Rica), del CPP Chile y del reciente CPP Paraguay, entre otros modelos de la región.

En esencia, un sistema de prisión preventiva basado en el modelo acusatorio representa un cambio significativo en el *fundamento* de la prisión preventiva, que se mantiene como un instrumento al servicio de los fines del proceso y de su eficacia; de modo que muchos de los casos que actualmente derivan en la prisión preventiva del imputado se mantendrán en un modelo acusatorio, pero el juez deberá fundar la privación de libertad en alguna de las circunstancias que lo habilitan en el marco cautelar ya referido (peligro de fuga, obstrucción de la prueba).

Para utilizar un ejemplo, en el caso de un delito penado con mínima de penitenciaría, no será suficiente invocar esa sola circunstancia para imponer la prisión preventiva del imputado; pero el juez así podrá disponerlo si se invocan y prueban (por el Ministerio Público o el titular de la acción) razones cautelares que lo justifiquen y que podrán consistir en el peligro de fuga derivado de la extensión de la eventual pena a recaer. La diferencia radica en que, en ese caso, la prisión preventiva no será una medida necesaria o preceptiva en función exclusivamente de la pena prevista para el delito imputado, y se admitirá al imputado la prueba de circunstancias que excluyan el fundamento cautelar invocado.

¹⁸¹ Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12 553.