

Capítulo VII

La prisión preventiva

La prisión preventiva debe regularse como una auténtica *medida cautelar* a fin de adecuarla a los principios constitucionales, en particular el de inocencia y el derecho del imputado a esperar la sentencia en libertad, y el consecuente carácter excepcional que debe revestir la privación de libertad durante el proceso penal.

En ese sentido, debe propiciarse una lectura sistemática y armónica de los principios y disposiciones constitucionales, en cuyo marco el artículo 27 de la Constitución no puede representar un obstáculo para la regulación de la prisión preventiva como medida cautelar, siguiendo en este punto recientes corrientes jurisprudenciales (nacionales y de organismos internacionales de derechos humanos).

La regulación legal de la prisión preventiva debe estructurarse sobre la base de los siguientes *principios*:

- Debido proceso legal (*nulla poena sine iudicio*). La prisión preventiva no puede admitirse en ningún caso como un adelantamiento o anticipo de la pena, y esa exigencia debe reflejarse en la legislación y en la motivación de las decisiones judiciales (sobre prisión preventiva y sobre libertad provisional), así como en la requisitoria fiscal.
- Principio de inocencia. El imputado tiene derecho a ser tratado como un inocente. En consecuencia, la privación de libertad durante el proceso nunca puede responder a la finalidad de aplicarle una pena anticipada.

- Derecho del imputado a permanecer en libertad durante el trámite del proceso penal (garantía de libertad personal). Carácter excepcional de la prisión preventiva, que debe consagrarse como principio de formulación expresa (CPP Modelo, artículo 3.º).
- Naturaleza cautelar de la prisión preventiva, que debe reflejarse en las circunstancias (causales) que habilitan al juez a imponer esta medida y que se concretan en el peligro de fuga del imputado o el peligro de obstrucción de la prueba (CPP Modelo). En ese marco, se plantea como cuestión interpretativa de interés la eventual inclusión de circunstancias referidas a la peligrosidad del imputado (riesgo para la seguridad de la sociedad o del ofendido) como fundamento de la prisión preventiva (CPP Chile, artículo 140, por ejemplo).
- Principio acusatorio (artículo 22 de la Constitución de la República). La prisión preventiva sólo procede a pedido de parte (Ministerio Público, o privado titular de la acción penal).
- Principio de proporcionalidad. En general, se traduce en una conexión entre la duración de la prisión preventiva y la duración de la eventual pena a recaer, y en tal sentido se establecen límites que imponen el cese de la prisión preventiva en función de distintos parámetros: cuando exceda la mitad de la eventual pena a recaer (CPP Chile, artículo 152, aunque no opera en forma automática), o la *pena mínima* prevista en la ley para el delito imputado (CPP Paraguay, artículo 236), o 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). La conexión referida puede presentar dudas en un enfoque sistemático, en el que la proporcionalidad debería estar referida al peligro o riesgo que se procura evitar con la medida. Por su objetividad, a nuestro juicio resulta preferible el sistema paraguayo, que vincula la prisión

- preventiva al mínimo legal de la pena prevista para el delito imputado, sistema que debería complementarse con el previsto 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.
- Derecho a un proceso de duración razonable. Conectado con el anterior principio, aunque con un perfil propio, determina el cese de la prisión preventiva en atención a la excesiva duración de la prisión —algunos sistemas consagran un plazo máximo de duración de la prisión preventiva (CPP Modelo y CPP Costa Rica: un año; CPP Paraguay: dos años)—, o en atención a la excesiva duración del proceso (CPP Paraguay). Asume un rol normativo prioritario en este punto el artículo 7.º de la CADH, conforme al cual “toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Esta garantía funda el reciente informe (n.º 35/07) y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dirigidas a la necesaria reforma del sistema legal uruguayo en materia de prisión preventiva.
 - Principio de imparcialidad. De acuerdo con una relevante corriente de opinión, sustentada en trascendentes fallos de tribunales constitucionales y de derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional español, entre otros), y que hemos postulado como el vigente en nuestra propia Constitución, la garantía de imparcialidad exige que el tribunal de sentencia no haya intervenido en anteriores etapas del proceso (CPP Modelo, artículo 22), fundamentalmente en lo atinente a la investigación preliminar y en decisiones que pueden comprometer su imparcialidad frente al caso. En ese marco, la participación previa del juez al decidir la privación preventiva de libertad del imputado puede comprometer su imparcialidad frente al caso, atento a que esa medida conlleva

(presupone) un pronunciamiento de probabilidad acerca de la responsabilidad penal del imputado. No debe perderse de vista, además y con referencia al sistema legal vigente, que la prisión injusta (que se verifica, por ejemplo, en supuestos de sentencia absolutoria o sobreseimiento) genera responsabilidad patrimonial para el Estado, lo que desde una perspectiva abstracta y realista (no meramente teórica) puede afectar la garantía de imparcialidad frente al caso cuando la sentencia definitiva es dictada por el mismo juez que dispuso aquella medida. El punto se conecta con la necesaria reforma de la estructura del proceso penal, que según la tendencia de las reformas procesales en la región contempla la figura del juez de garantías o juez de instrucción, al que en general se atribuye competencia en la investigación preliminar (con distinto alcance según los diferentes modelos) y en la decisión de la prisión preventiva.

Las circunstancias que habilitan a decretar la prisión preventiva deben reflejar la naturaleza cautelar del instituto, sin que resulte admisible prever supuestos de prisión preventiva necesaria por la sola circunstancia de la pena prevista para el delito imputado. Deben eliminarse asimismo referencias como la de “grave alarma social”, que no reflejan una función cautelar. En este sentido, se considera adecuada la regulación del CPP Modelo (artículos 202 a 204), que para disponer la prisión preventiva exige 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), e indica las circunstancias que permiten considerar configurados esos requisitos.

El sistema debe contemplar situaciones que excluyen la prisión preventiva, por razones atinentes a la pena prevista para el delito imputado (nuevamente, con fundamento en el principio de proporcionalidad), o por razones humanitarias (avanzada edad, enfermedad grave o

terminal, embarazo o lactancia), circunstancias éstas actualmente previstas en la legislación vigente y que, en derecho comparado, configuran causales de exclusión o sustitución de la prisión preventiva, en forma preceptiva (CPP Paraguay) o facultativa de acuerdo con el criterio del tribunal (CPP Costa Rica en algunos casos).

Debe consagrarse asimismo un sistema de *medidas alternativas* que, a diferencia del previsto en la legislación nacional, se adecue plenamente a la esencia cautelar del instituto, única admisible en el marco constitucional reseñado. Por ello deben eliminarse las medidas alternativas que reflejan un adelantamiento o anticipo de la pena, y limitar las medidas a aquellas necesarias para preservar los fines cautelares apuntados (peligro de fuga del imputado o de obstrucción de la prueba).

El cese de la prisión preventiva debe regularse respondiendo a la misma idea cautelar, de modo que la extinción de las circunstancias que justificaron su adopción habrá de determinar el cese de la prisión, aun cuando se trate de delitos penados con pena mínima de penitenciaría. Se reitera en este punto lo expresado con relación a la interpretación del marco constitucional e internacional en materia de derechos humanos, a partir del reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (n.º 35/07) y de recientes pronunciamientos de nuestra jurisprudencia que postulan una interpretación armónica y sistemática de la Constitución a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país (en especial, la CADH). En el marco regional, el cese de la prisión preventiva se conecta expresamente con su duración, cuando supera un límite fijo (por ejemplo, CPP Modelo y CPP Costa Rica: un año; CPP Paraguay: dos años) o cuando equivale a determinado parámetro vinculado a la eventual pena a recaer (principio de proporcionalidad); también se consagra en algunos modelos la extinción de la prisión preventiva cuando el proceso supera la duración máxima prevista en la ley, con fundamento en el derecho a un proceso de duración razonable (por ejemplo, CPP Paraguay, que establece como límite máximo de duración del proceso tres años contados desde el primer acto del procedimiento).

En cuanto al procedimiento, la prisión preventiva sólo procede a pedido de parte (principio acusatorio, CPP Chile) y con plena vigencia del contradictorio (derecho de defensa), de modo tal de asegurar al imputado una razonable oportunidad de defensa (que incluye el derecho a la prueba) previo a la decisión sobre el punto. El modelo chileno regula en este aspecto un proceso (incidental) por audiencia, en la que se oirá al imputado y se adoptará resolución.