

LA COERCIÓN PERSONAL DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

PARAGUAYO

Y UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL SISTEMA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS.

Las medidas cautelares son providencias asegurativas y provisionales que salvaguardan la eficacia práctica de los juicios.

Así como el proceso es herramienta del derecho sustantivo, las cautelas constituyen a su vez herramientas del proceso. Serían “(...) *instrumentos del instrumento* (...)”¹.

Por las particularidades del proceso penal, las precautorias asoman principalmente como medidas de coerción desde que aparecen patrocinadas por el empleo de la fuerza estatal.

Coerción es “(...) *el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades que gozan las personas de un orden jurídico con el objeto de alcanzar un fin determinado*”².

Coerción material es la reacción del Estado (sanción), amenazada o aplicada, contra las inconductas criminalizadas.

La coerción procesal, materia de nuestro estudio, es “(...) *toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas impuesta durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto*”³.

¹ J. RAMIRO PODETTI, “Tratado de las medidas cautelares”, Ediar, Buenos Aires – Argentina, 1.969, Pág. 15.

² GUSTAVO VIVAS USSHER, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Alveroni Ediciones, Córdoba – Argentina, 1.999, T. II, Pág.113.

³ JOSÉ I. CAFFERATA NORES, “Medidas de coerción en el proceso penal”, Marcos Lerner Editora, Córdoba – Argentina, 1.983, Pág. 15.

La coerción formal podrá recaer sobre derechos patrimoniales o personales, lo que autoriza la acostumbrada distinción entre coerción real y personal, importando aquélla un impedimento a la libre disposición patrimonial y ésta un coto a la libertad corporal.

En esta monografía trabajaremos exiguamente sobre la coerción personal del imputado, vale decir, sobre “(...) *la excepcional restricción o limitación que puede imponerse a su libertad, sólo cuando fuere imprescindible para asegurar que el proceso pueda desenvolverse sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con que culmine no sea privada de considerar ninguna prueba (ni sufra el falseamiento de alguna) por obra del imputado y que éste cumpla la pena que ella imponga*”⁴.

El tratamiento del tema en la legislación y en la práctica jurisdiccional dependerá del modelo adjetivo que se admita: si fuera inquisitivo, el proceso (con su innegable connotación estigmatizante) en general y la coerción procesal en particular se organizarán como penas anticipadas; si fuese acusatorio y garantista, la privación de libertad sólo operará con fines punitivos destruido el estado de inocencia con un pronunciamiento firme.

2. CARACTERES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL QUE AFECTAN AL IMPUTADO.

2.1. EXCEPCIONALES Y NECESARIAS.

Dado que el encartado, por principio general, debe litigar en libertad, las precautorias coercitivas personales sólo se justifican por motivos valederos en orden a sus fines.

Este principio se norma en los Arts. 234⁵ y 304⁶ del Código Procesal Penal de la República del Paraguay (en adelante C.P.P.P.).

El Art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina⁷ (en adelante C.P.P.N.A.) lo recoge también, explícitamente.

⁴ VARIOS AUTORES, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba – Argentina, 2.004, Pág. 355.

⁵ “(...) *Las medidas cautelares sólo serán impuestas excepcionalmente (...)*”.

⁶ “*El acta de imputación no implicará necesariamente la aplicación de una medida cautelar (...)*”.

Los tratados internacionales de Derechos Humanos (con rango constitucional en Argentina y refrendados por Paraguay) apadrinan igualmente la regla. Así, los Arts. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ⁸, 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ⁹, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ¹⁰ y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ¹¹.

“Todo el sistema de medidas cautelares descansa sobre los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, que garantizan un margen restrictivo de aplicación de una medida de orden personal” ¹².

2.2. CAUTELARES O INSTRUMENTALES.

No tienen propósito en sí mismas; aspiran a sortear la frustración de los fines procesales. Su ánimo es eminentemente profiláctico, enderezado a impedir una variación en las condiciones fácticas que dificulten el curso normal de actuaciones o tornen quimérica la ejecución del fallo.

2.3. PROPORCIONALES Y SUBSIDIARIAS.

En la medida de los temperamentos anteriores, la restricción debe guardar simetría y correspondencia con lo que aspira prevenir.

⁷ “La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley (...)”.

⁸ “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por leyes dictadas conforme a ellas (...)”.

⁹ “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido (...)”.

¹⁰ “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes pre – existentes (...)”.

¹¹ “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias (...)”.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARAGUAYA, Acuerdo y Sentencia N° 875 del 16 de noviembre de 2.001 *in re* “EDGAR CATALDI CAZAL Y OTRO S/ HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO”.

El principio de proporcionalidad fijará los límites de la intervención estatal procurando un equilibrio entre los intereses de la sociedad y los individuales del inculpatado. *“Según la concepción doctrinaria, el principio de proporcionalidad en la aplicación de las medidas cautelares significa que la medida adoptada debe permitir alcanzar el objetivo por ella pretendido. Es decir, la medida adoptada debe ser adecuada para el logro del fin perseguido, respetando lo máximo posible la libertad del individuo (...) debiendo existir al mismo tiempo una relación razonable entre el resultado buscado y los límites de la libertad necesarios para obtener ese resultado”*¹³.

El C.P.P.P. y el C.P.P.N.A. establecen un escalonamiento coercitivo compuesto por medidas de diverso grado (aprehensión, detención, incomunicación, prisión preventiva) que refuerzan la idea de proporcionalidad desde que distintos niveles de peligrosidad procesal podrán neutralizarse con precautorias de diversa y adecuada intensidad.

2.4. PROVISIONALES.

La duración de la coerción personal adjetiva se subordina a las necesidades de aplicación y mantenimiento.

Esta regla fue captada por los Arts. 234¹⁴ y 248¹⁵ C.P.P.P.

La reclusión pre – sentencial tampoco podrá prolongarse al punto de trocarse, por su dilación excesiva, en pena anticipada. Consecuentemente, se admite su levantamiento por el mero trascurso de ciertos plazos considerados razonables, independientemente de que subsistan las razones que la motivaron.

2.5. OBJETIVAS.

¹³ MARÍA CAROLINA LLANES O., “Lineamientos sobre el Código Procesal Penal”, Inecip, Asunción – Paraguay, 2.000, Pág. 274.

¹⁴ “(...) Las medidas cautelares (...) durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación”.

¹⁵ “La resolución que imponga una medida cautelar, la rechace o sustituya, es revocable o reformable, aún de oficio, en cualquier estado del procedimiento, cuando hayan desaparecido sus presupuestos”.

Su imposición no se apoyará únicamente en apreciaciones, valoraciones o conjeturas subjetivas; se ciñe asimismo a un mínimo de evidencias sobre el hecho y la participación del sometido, verificables empíricamente.

2.6. MÍNIMAMENTE LESIVAS.

El apremio procesal habrá de orientarse siempre a la mínima lesividad para la persona, la vida (comercial, familiar, civil) y el honor del endilgado.

2.7. LEGALMENTE LIMITADAS Y DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.

Cada precautoria compulsiva debe estar expresamente prevista en la ley positiva, no pudiendo ordenarse fuera de esos límites.

Por afectar derechos de quien goza un estado jurídico de inocencia, deberán interpretarse restrictivamente.

Así lo preceptúan los Arts. 234¹⁶ y 10¹⁷ C.P.P.P.

2.8. DOCUMENTADAS.

La exigencia de orden escrita condiciona la actividad estatal frente al ciudadano en el disfrute de su libertad. Claro que ello no excluye la reserva de situaciones excepcionales en las que podrían magullarse bienes jurídicos de mayor entidad con la demora.

Para algunos dogmáticos, la privación de libertad propiamente opera sólo con mandato escrito de autoridad competente, constituyendo las excepciones netas inmovilizaciones y custodias interinas. *“Éste es un ataque fugaz a la esfera de libertad corporal de una persona, que es un estado de aprehensión que no constituye un estado*

¹⁶ “Las únicas medidas cautelares en contra del imputado son las autorizadas por este código (...)”.

¹⁷ “Las normas procesales que coarten la libertad personal (...) se interpretarán restrictivamente. La analogía y la interpretación extensiva estarán prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado (...)”.

*privativo de libertad, pues éste se constituye cuando es impuesto por mandato escrito de la autoridad competente (...)*¹⁸.

La máxima se enuncia en los Arts. 12 de la Constitución Nacional paraguaya¹⁹ (en adelante C.N.P.) y 18 de la Constitución Nacional argentina²⁰ (en adelante C.N.A.).

3. JUSTIFICACIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE INOCENCIA.

Advertidas las coerciones personales formales como asegurativas y no punitivas, concilian con la presunción de inocencia constitucional.

La condena o absolución merecen que el juicio previo se desenvuelva con sus engranajes eficientes y aprovechables. Un proceso obstaculizado por el imputado no será hábil para afianzar la justicia como valor perseverado en la comunidad.

Sólo la necesidad (verificada en cada caso) de evitar que el imputado frustré los fines del proceso, disculpa medidas coercitivas contra quien goza un estado jurídico de inocencia. Si es inocente debe ser tratado como tal; lo que representa no sólo la prohibición de penarlo antes del fallo sino también la de menoscabarlo en su libertad, salvo cuando no hacerlo signifique comprometer seriamente los resultados del juicio.

“En respuesta a las proposiciones recursivas precedentemente reseñadas cabe recordar que la regla de convivencia entre los seres humanos es la libertad, a cuya observancia y resguardo se halla obligado el propio Estado (...) y también la misma regla se impone a la persona que es sometida al circuito de enjuiciamiento en razón de la vigencia de la presunción absoluta de inocencia (...). Paralelamente, se erige el Estado como titular de la pretensión punitiva a quien se atribuye potestad de perseguir los hechos punibles, función ésta que no podría cumplir sin el respaldo normativo necesario. En ese contexto, en el propio preámbulo de la Constitución Nacional se le atribuye (...) la facultad de asegurar la justicia así como la de privar de libertad a las

¹⁸ JULIO B. J. MAIER, “La Ordenanza Procesal alemana”, Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1.978, Pág. 73.

¹⁹ “Nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente, salvo caso de ser sorprendido en flagrante comisión de delito que merezca pena corporal (...)”.

²⁰ “(...) Nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (...)”.

*personas mediando las condiciones fijadas por ésta y las leyes (...) Sin embargo, no debe soslayarse que el ejercicio de dicha atribución por el órgano (...) no es discrecional. La propia normativa constitucional limita el ámbito de su aplicación, así como el término de su vigencia, al señalar: “sólo en las diligencias indispensables del juicio” y “en ningún caso puede durar más allá que la pena mínima” (Art. 19 C.N.)*²¹.

4. CONTROL JURISDICCIONAL.

La nota de provisionalidad y la extrema tutela del estado de inocencia obligan a reglar un sistema expeditivo de control jurisdiccional sobre estas medidas que el C.P.P.P. instrumenta en institutos como la eximición (Art. 249), revocación o sustitución (Arts. 245, 250, 252) y, desde luego, los resortes para Alzada (Arts. 141, 253 y 461). Asimismo, el C.P.P.N.A. ajusta la exención de prisión (Art. 316), la excarcelación (Art. 317) y los recursos pertinentes (Art. 332).

5. PRESUPUESTOS.

La coerción personal del imputado obliga la existencia de evidencias de cargo suficientes y de peligrosidad procesal.

5.1. APARIENCIA OBJETIVA DE DELITO (FUMUS BONI IURIS).

La imposición de precautorias personales exige la razonable atribución de un hecho punible alimentada por un mínimo probatorio que debe aumentar cuanto más grave sea la restricción a la libertad que importen.

El C.P.P.P. realiza el postulado en su Art. 304, según el cual, no podrá solicitarse ni aplicarse medida cautelar alguna si no existiera previamente acta de imputación fundada, en la que se concretará la infracción penal conforme a los elementos probatorios existentes en la causa.

²¹ TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL DE LA CAPITAL (PARAGUAY) – CUARTA SALA, A.I. N° 188 del 20 de junio de 2.003 *in re* “PEDRO DANIEL MIRAGLIO Y OTROS S/ LESIÓN DE CONFIANZA Y OTROS”.

Este último artículo merece un trabajo aparte ya que ni la aprehensión ni la detención esperan al acta de imputación fiscal y son sin embargo medidas cautelares de carácter personal a tenor del Art. 235 C.P.P.P.

5.2. PELIGROSIDAD PROCESAL (PERICULUM IN MORA).

Las cautelas *sub examine* tienden a evitar que el imputado obstaculice la investigación aprovechando su franquicia para viciar la valoración, frustrar o dificultar pruebas. Se procurará impedir que destruya indicios, intimide testigos o se confabule con otros participantes; accesoriamente se decretarán cuando las alternativas procesales demanden su presencia para diligencias en las que actuará como objeto de la prueba (inspección corporal, reconocimiento, etcétera).

Como se prohíbe el juicio penal en rebeldía, será necesario asegurar la intervención personal del encartado. De allí que también se impongan para precaver que, mediante fuga u ocultación, se impida el normal desarrollo del proceso.

Los actos de sujeción aseguran además el efectivo cumplimiento de la eventual reclusión sentenciada. Y es que si el condenado pudiera eludir la sanción, la impunidad aparejaría consecuencias exactamente contrarias a las que se pretenden con la pena.

Las coerciones comparten entonces una común finalidad de neutralizar la peligrosidad procesal tutelando la investigación, la realización del juicio y el cumplimiento de la pena.

6. ENUMERACIÓN.

Son medidas cautelares de carácter personal en el ordenamiento jurídico paraguayo, según el Art. 235 C.P.P.P., la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva. No obstante, en el Título pertinente ²² encontramos otras a las que haremos también referencia.

7. APREHENSIÓN.

²² Título II del Libro IV, Parte General.

La aprehensión ²³ es una limitación a las libertades de autodeterminación y locomoción aplicada a quien sea sorprendido en flagrancia, fugado de algún establecimiento de detención o cuando existan suficientes indicios de participación en un hecho punible y proceda la detención preventiva.

La voz destaca la circunstancia fáctica de tomar o atajar a alguien. Es una medida breve que no precisa orden judicial.

La aprehensión, según los sujetos autorizados para operarla, es pública o privada. La pública constituye un deber de la Policía Nacional y la privada una facultad de los particulares, licenciada para cooperar con el sistema.

La aprehensión privada se delega únicamente para los casos de flagrancia, término que la ley adjetiva paraguaya interpreta inmiscuyendo los conceptos de flagrancia propiamente (algo que se está ejecutando) y cuasi – flagrancia (actos inmediatamente posteriores). *“La flagrancia abarca el momento de la consumación del hecho delictivo, o sea, durante su ejecución. Pero también al delito tentado (porque éste implica un acto de ejecución de un delito determinado) y al acto inmediatamente posterior a la ejecución misma del delito. En este último orden de ideas, la flagrancia comprende los actos inmediatamente posteriores a la comisión del delito y mientras son perseguidos los autores del ilícito, sin que haya habido entre el momento de la comisión de la acción delictiva y la huida, ningún hecho que quiebre la causalidad de la acción”* ²⁴.

La finalidad de la aprehensión en flagrancia es inmovilizar la persona del sospechoso (para identificarlo o evitar su fuga) y asegurar medios probatorios desde el rudimento de la

²³ *“La Policía Nacional podrá aprehender a toda persona comprendida dentro de los siguientes casos, aún sin orden judicial: 1) cuando sea sorprendida en flagrante comisión de hecho punible o cuando sea perseguida inmediatamente después de su comisión; se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo o inmediatamente después o mientras es perseguido por la fuerza policial, la víctima o por un grupo de personas; 2) cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención; y, 3) cuando existan suficientes indicios de su participación en un hecho punible y se trate de casos en los que procede la detención preventiva. Asimismo, en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho punible produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada, inmediatamente, a la autoridad más cercana. La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona lo deberá comunicar, dentro de las seis horas, al Ministerio Público y al Juez”* (Art. 239 C.P.P.P.).

²⁴ RAÚL WASHINGTON ÁBALOS, “Código Procesal Penal de la Nación”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 1.994, T. II, Pág. 659.

investigación. Si el sujeto fuera asido mientras delinque, deshará la consumación o ulteriores consecuencias perniciosas.

El C.P.P.N.A. limita en su Art. 284 la posibilidad de aprehensión a los hechos punibles de acción penal pública reprimidos con pena privativa de libertad. El C.P.P.P. circunscribe esta limitación a la prisión preventiva. Sin embargo, creemos prudente observar los siguientes parámetros: 1) Los particulares sólo podrán aprehender participantes en flagrancia de hechos carcelables y de acción penal pública, desde que la facultad de colaborar no puede arriesgar una regresión a la venganza privada. 2) La Policía Nacional podrá aprehender sospechosos en flagrancia de delitos de acción penal privada, al sólo efecto identificatorio (en ejercicio de los deberes que norma el Art. 297 C.P.P.P.²⁵) y por el tiempo necesario para confeccionar el parte. 3) Con relación a los delitos de acción penal pública que no merezcan prisión, conjugando los deberes de prevención y el principio de proporcionalidad, la Policía Nacional obrará conforme al párrafo anterior sin perjuicio de comunicar el hecho al Ministerio Público y a la Judicatura en los términos de los Arts. 239 *in fine* y 296²⁶ C.P.P.P. 4) Las aprehensiones por delitos de acción penal privada o pública a instancia de parte deben anoticiarse a las víctimas para que puedan incoar las causas.

Empero, no deja de ser interesante la posición del maestro **CARRARA**: *“El culpable que es sorprendido por la fuerza pública en el momento de consumir la violación de un derecho, debe ser arrestado indistintamente, ya que el agente de la fuerza pública no puede juzgar si el título criminoso que resulta de ese hecho exige o no exige encarcelamiento preventivo”*²⁷.

Los funcionarios policiales pueden también aprehender a quien se haya fugado de un establecimiento de detención. El Art. 284 C.P.P.N.A. condiciona la medida a que el reo estuviese recluido legalmente. Entendemos que esta condición, aunque omitida por el

²⁵ “La Policía Nacional tendrá las facultades siguientes: (...) 3) practicar las diligencias orientadas a la individualización física de los autores y partícipes del hecho punible; 4) recabar los datos para la identificación del imputado (...) 5) aprehender a los presuntos autores y partícipes (...)”.

²⁶ “Los funcionarios y agentes de la Policía Nacional que tengan noticia de un hecho punible de acción pública, informarán dentro de las seis horas de su primera intervención al Ministerio Público y al Juez (...)”.

²⁷ FRANCESCO CARRARA, “Programa de Derecho criminal”, segunda reimpresión de la tercera edición, Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 2.000, Parte General, Vol. II, Pág. 379, § 899, pié de página 1.

C.P.P.P., debe observarse: el que escapa padeciendo un encierro ilegal tiene legítimo derecho a repeler su recaptura.

En lo que hace al tercer inciso del Art. 239 C.P.P.P., supone el conocimiento probable de un hecho punible y sus presuntos participantes y, además, la noticia factible de que podrían fugarse o entorpecer la investigación. Los datos surgirán de un sumario de prevención.

La aprehensión no necesitará orden de allanamiento cuando el sospechoso perseguido ingrese a propiedad privada conforme al Art. 188 Inc. 2) C.P.P.P.

¿Constituye causal de nulidad el incumplimiento del plazo máximo de aprehensión?. Creemos que no, desde que el Código omite sanciones procesales por ello, sin perjuicio de la responsabilidad personal de quienes la prolonguen indebidamente ²⁸.

8. DETENCIÓN.

La detención ²⁹ es la precautoria privativa de libertad relativamente breve que se impone al imputado o a terceros para conminarlos a intervenir procesalmente. El C.P.P.P. incluye entre los supuestos de detención al “arresto” del Art. 281 C.P.P.N.A.

²⁸ “Los plazos que regulen la tarea de los funcionarios públicos serán observados estrictamente. Su inobservancia implicará mal desempeño de funciones y causará responsabilidad personal” (Art. 131 C.P.P.P.).

²⁹ “El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida en los siguientes casos: 1) cuando sea necesaria la presencia del imputado y exista probabilidad fundada para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar; 2) cuando en el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación, evitando que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre sí y que se modifique el estado de las cosas y de los lugares; y 3) cuando para la investigación de un hecho punible sea necesaria la concurrencia de cualquier persona para prestar declaración y se negare a hacerlo. En todos los casos, la persona que haya sido detenida será puesta a disposición del Juez en el plazo de veinticuatro horas para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la procedencia de la prisión preventiva, aplique medidas sustitutivas o decrete la libertad por falta de mérito. La orden de detención deberá contener los datos personales del imputado que sirvan para su correcta individualización, la descripción sucinta del hecho que la motiva y la identificación de la autoridad que dispuso su detención. En ningún caso la Policía Nacional podrá ordenar detenciones; se limitará a realizar aprehensiones conforme lo dispuesto en el artículo anterior y a cumplir las órdenes de detención que emita el Ministerio Público o el Juez. Asimismo, podrá disponer la libertad del aprehendido o detenido cuando estime que no solicitará su prisión preventiva” (Art. 240 C.P.P.P.).

El decreto deberá estar fundado para que, al momento de la captura, se anoticien al imputado las razones.

Frente a una seria posibilidad delictual y alta peligrosidad procesal, la detención servirá para conducir al encartado ante el Juez competente quien determinará si corresponde o no la prisión preventiva. De allí que pierda razón de ser, sobre la base de este argumento, en los delitos respecto de los cuales no pueda dictarse encarcelamiento tutelar.

El Ministerio Público es el órgano primariamente facultado a disponer detenciones. Sin embargo, la Judicatura mandará detener también: 1) Cuando el Agente Fiscal estuviera ausente y se trate de un caso que no admita demora. 2) Cuando se desatiendan citaciones³⁰ (algunos consideran a la citación y conducción por fuerza pública una coerción autónoma, distinta a la detención o, en todo caso, una forma amainada de la misma).

Antes que el prevenido sea puesto a disposición del Juez en el plazo legal de 24 horas contadas desde su detención, deberá dársele oportunidad de declarar ante el Ministerio Público conforme a los Arts. 84³¹ y 85³² C.P.P.P.

Entendemos que si el sospechoso fuera aprehendido antes de quedar detenido, las 24 horas que tiene el Fiscal para indagarlo y reportarlo al Juzgado comenzarán desde la aprehensión, que debió serle comunicada, a lo sumo, dentro de las 6 horas (serían entonces 6 horas de aprehensión y un máximo de 18 horas de detención).

El plazo podrá prolongarse por otro igual cuando lo requiera el imputado para elegir defensor. En casos excepcionales, la Fiscalía podrá, fundadamente, fijar un término distinto, acorde con las circunstancias del caso y bajo su responsabilidad (por ejemplo, cuando el imputado no pueda declarar por imposibilidad física).

³⁰ “Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Juez, el Tribunal o el Fiscal en su caso, ordenará su citación (...) Se les advertirá de las sanciones a que se harán pasibles si no comparecen y que, en este caso, serán obligados a comparecer por la fuerza policial, de no mediar causa justificada (...)” (Art. 162 C.P.P.P.).

³¹ “(...) Durante la investigación, el imputado declarará ante el Fiscal encargado de ella (...)”.

³² “Si el imputado ha sido privado de su libertad, se notificará inmediatamente al Ministerio Público para que declare en su presencia, a más tardar, en el plazo de veinticuatro horas a contar desde su aprehensión; cuando el imputado lo solicite para elegir defensor, el plazo se prorrogará por otro tanto. En casos excepcionales o de fuerza mayor, el Ministerio Público podrá, por resolución fundada, fijar un plazo distinto acorde con las circunstancias del caso y bajo su responsabilidad”.

Aunque, como dijimos, la providencia de detención debe ser escrita y fundada, se admite su emisión verbal en casos urgentes, la que deberá ratificarse por escrito cuanto antes para evitar excarcelación por Hábeas Corpus.

En lo que hace al segundo motivo tasado que la habilita, el C.P.P.N.A. lo llama “arresto”. La medida principal es la orden de no dispersión, aunque los individuos pueden también ser trasladados a sede fiscal o jurisdiccional. No se prolongará más de lo necesario para recibir las declaraciones y, en ningún caso, más de las 24 horas legales. *“La finalidad primordial de esta medida coercitiva es la individualización de los responsables y testigos del hecho delictivo, lo que supone la presencia en el lugar de varias personas, sin que pueda determinar quiénes son los responsables del hecho y quiénes son testigos. Desde esa perspectiva se trata de evitar la fuga de los posibles sospechosos. Sin embargo, dicha medida persigue además impedir el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito. A través de la prohibición de que se comuniquen entre sí, se persigue evitar colusiones entre los presentes, recibiendo declaración cuanto antes”*³³.

Finalmente, en cuanto a la detención para arrimar al proceso a alguna persona, primero deberá citársela sin éxito, todo conforme al principio de proporcionalidad y al Art. 162 C.P.P.P. ya referido.

9. INTERNACIÓN.

La internación³⁴ es una precautoria privativa de libertad que se ordena respecto del imputado que sufre una grave alteración en sus facultades mentales, cuando existe peligrosidad procesal y se sospecha que cometió un hecho punible. Es la alternativa a la prisión preventiva para los alienados.

³³ JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, “Medidas de coerción que afectan la libertad personal”, separata publicada en VARIOS AUTORES, “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, San José – Costa Rica, 1.997, Pág. 494.

³⁴ “El Juez Penal podrá ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos: 1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es autor o partícipe de un hecho punible; 2) la comprobación, por examen pericial, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los terceros y, 3) la existencia de indicios suficientes de que no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación” (Art. 255 C.P.P.P.).

Entendemos que la perturbación debe existir al aplicarse la medida y no necesariamente al delinquir.

No debe confundirse con la internación para observación ³⁵, la que se ordena para evaluar la capacidad del imputado (para concluir sobre su estado psíquico al momento del hecho o sobre la incapacidad sobreviviente) y no presupone, precisamente, peligro de fuga u obstrucción.

En todo caso, de la internación para observación surgirá el dictamen médico que posibilite al Juez dictar la internación coercitiva.

Si llegara a suspenderse condicionalmente el procedimiento para el incapaz en razón del Art. 78 C.P.P.P. ³⁶, la internación podría subsistir como obligación y regla de conducta hasta que la causa se reinicie por haber desaparecido la incapacidad o por aplicación del procedimiento especial para medidas de mejoramiento.

La internación cautelar, conforme al Art. 236 C.P.P., no puede sobrepasar el mínimo de la pena prevista para el hecho punible en cuestión, durar más de dos años o exceder el plazo razonable de duración del procedimiento.

10. INCOMUNICACIÓN.

La incomunicación ³⁷ es la medida de coerción personal que impide al imputado privado de su libertad mantener contacto verbal, escrito o electrónico con terceros, salvo con su abogado defensor, para evitar que obstruya la investigación.

³⁵ “Cuando para la elaboración del dictamen pericial sobre la capacidad del imputado sea necesaria su internación, la medida podrá ser ordenada por el Juez a solicitud de los peritos, sólo cuando exista la probabilidad de que el imputado haya cometido el hecho y tal medida no sea desproporcionada respecto de la importancia de la pena o medida de mejoramiento que se espera (...)” (Art. 80 C.P.P.P.).

³⁶ “El trastorno mental del imputado que excluya su capacidad de entender o de querer los actos del procedimiento o de obrar conforme a ese conocimiento y voluntad, provocará la suspensión condicional del procedimiento con relación a él, hasta que desaparezca esa incapacidad; sin perjuicio de la aplicación del procedimiento especial contenido en el Título V del Libro II, de la Segunda Parte de este Código (...)”.

³⁷ “El Juez Penal podrá disponer la incomunicación del imputado por un plazo que no excederá las 48 horas y sólo cuando existan motivos graves para temer que, de otra manera, obstruirá un acto concreto de la investigación. Esos motivos constarán en la decisión. Esta resolución no impedirá que el imputado se comuniquen con su defensor. Asimismo, podrá hacer uso de libros, recados de escribir y demás objetos que pida, con tal que no puedan servir como medios para eludir la incomunicación y realizar actos civiles impostergables que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen el trámite del procedimiento. El Ministerio

Ergo, no podrá disponerse si la prisión o detención tutelar fueron decretadas sobre la base del peligro de fuga y no de entorpecimiento.

La incomunicación es un agravante de las demás coerciones privativas de libertad operando cuando se muestren ineficaces.

¿Qué consecuencias apareja la dilatación de las 48 horas máximas de incomunicación?. La responsabilidad de los implicados y la nulidad de lo actuado durante el tiempo excedido desde que se afecta rotundamente el derecho a la defensa.

11. PRISIÓN PREVENTIVA.

11.1. DEFINICIÓN.

La prisión preventiva es el encarcelamiento cargado al imputado de un hecho punible de acción penal pública reprimido con pena privativa de libertad superior a un año (en el C.P.P.P.), antes de la sentencia firme, por no poderse neutralizar su peligrosidad procesal con otros tipos coercitivos menos lesivos y al sólo efecto de cautelar el correcto descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso correcto.

Dentro de la excepcionalidad propia de las precautorias, debe ser más restringida aún.

11.2. PRISIÓN PREVENTIVA Y PROPORCIONALIDAD.

“La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión” ³⁸.

De este principio resultan consecuencias prácticas directas: 1) La prisión preventiva es claramente inadmisibles para tipos cuyo marco penal sea ínfimo ³⁹ (para evitar lo absurdo

Público podrá disponer la incomunicación del detenido sólo por un plazo que no excederá las seis horas, necesario para gestionar la orden judicial respectiva. Estos plazos son improrrogables” (Art. 256 C.P.P.P.).

³⁸ ALBERTO M. BINDER, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, primera edición, Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1.993, Pág. 200.

de encerrar a quien se tiene por inocente y excarcelarlo, justamente, cuando se lo declara culpable). 2) No puede sobrepasar la pena mínima del hecho punible por cuyo endoso se resuelva ⁴⁰ (para evitar que el tiempo de prevención supere al de eventual sanción).

11.3. **PRISIÓN PREVENTIVA Y EXCEPCIONALIDAD.**

La C.N.P. no sublima dogmáticamente la libertad del imputado durante el proceso penal, arregla que sea el principio general pero la condiciona y subordina a la realización de la justicia. Libertad versus prisión pre – sentencial es una falsa antinomia. La cuestión es saber si en determinados casos la regla habrá de excepcionarse porque existen trances que sólo pueden superarse encarcelando al encartado.

La excepcionalidad de la prisión preventiva se elabora a partir de los principios constitucionales de inocencia, libre permanencia, tránsito y salida del territorio nacional. Se deduce, en definitiva, del reconocimiento de la dignidad y libertad de la persona.

11.4. **FINES.**

La prisión preventiva sólo se justifica en la medida que resulte absolutamente imprescindible para el normal desarrollo del proceso penal. Cualquier otra finalidad que se le enjarete distorsiona su diseño constitucional.

No anticipa la pena, ni desde el punto de vista retributivo ni desde el preventivo - general. Lo contrario conllevaría remozar la presunción de culpabilidad sobre el estado de inocencia.

Tampoco sirve para sortear el peligro de reiteración delictiva. Atribuirle fines preventivo - especiales involucra partir de la peligrosidad del prevenido, que sólo podrá valorarse cuando se tenga certeza de su culpabilidad.

³⁹ “En los hechos punibles de acción privada, en aquellos que no dispongan pena privativa de libertad o cuando la prevista sea inferior a un año de prisión, no podrá aplicarse prisión preventiva (...)” (Art. 237 C.P.P.P.).

⁴⁰ “La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcional a la pena que se espera. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley (...)” (Art. 236 C.N.).

Mucho menos servirá para calmar la alarma social. *“Es incuestionable que la sociedad ofendida por la consumación de un delito se torna intransigente con la situación del presunto culpable. Querrá para éste la mayor severidad en la aplicación de las medidas cautelares, pero es indudable también que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad; esto es, no restringírsela sino en casos realmente necesarios (...)”* ⁴¹.

11.5. LIMITACIÓN TEMPORAL.

“Sin embargo, desde una perspectiva sociológica, se advierte que en el seno de la sociedad se ha instalado un discurso aparentemente contradictorio respecto de la prisión preventiva y los derechos humanos. Así, ante la ingente cantidad de delitos, la comunidad toda reclama a las autoridades mano dura en la lucha contra la delincuencia y se dice: “los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra”, exacerbándose estos reclamos gracias a la prédica de algunos comunicadores sociales; pero cuando se producen amotinamientos en los establecimientos carcelarios del país como consecuencia del largo encarcelamiento preventivo sin que se dicte sentencia, esa misma sociedad se consterna por esa dramática circunstancia” ⁴².

La prisión preventiva se sujeta a plazos que no pueden superarse aunque la causa se dilate en el tiempo por sobre los mismos ⁴³, de modo que si esto ocurre (aún cuando subsistan motivos para el encierro y sin que quepa reinvocarlos luego), la excarcelación será inmediata, obligatoria y sin lugar a medidas sustitutivas desde que se evaporó la situación a mitigar.

Se apuntó que la coerción no puede superar la pena mínima del tipo rotulado.

Sin embargo, esta pauta es insuficiente para desarrollar las normas supranacionales que consagran el derecho fundamental a un plazo razonable de prisión preventiva.

⁴¹ VÍCTOR MORENO CATENA, “La defensa en el proceso penal”, Civitas, Madrid – España, 1.982, Pág. 369; Cit. por MARÍA CAROLINA LLANES, Op. Cit., Pág. 285.

⁴² CARLOS ENRIQUE EDWARDS, “Plazos de la prisión preventiva”, Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 8.

⁴³ “La privación de libertad (...) en ningún caso podrá (...) exceder del plazo que fija este Código para la terminación del procedimiento o durar más de dos años” (Art. 236 C.P.P.P.).

La acotación temporal impide que la cautela resulte pena.

Por lo demás, el imputado no puede cargar con la pereza judicial; la morosidad ilegítima su reclusión procesal.

11.6. PRESUPUESTOS.

La prisión provisional comparte los presupuestos genéricos de las coerciones adjetivas personales aunque el C.P.P.P. los anote expresivamente sólo a su respecto ⁴⁴.

El C.P.P.N.A. no los prevé expresamente pero fueron doctrinaria y jurisprudencialmente desarrollados.

11.6.1. PROBABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL IMPUTADO (FUMUS BONI IURIS).

La prisión preventiva requiere primero una base probatoria suficiente sobre la existencia de un hecho punible y la participación del imputado.

El ilícito será especialmente grave (no cualquiera) y debe verificarse un estándar convictivo sobre sus elementos estructurales (tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y punibilidad).

Esta exigencia se concreta, como dijéramos, en el acta fiscal de imputación.

“El fumus boni iuris o apariencia de buen derecho consiste, en el proceso penal, en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena. Por tanto, el fumus boni iuris no hace referencia a una situación de certeza sobre la

⁴⁴ “El Juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, sólo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos: 1) que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave; 2) sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y, 3) cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación” (Art. 242 C.P.P.P.).

responsabilidad criminal de una persona, pues es obvio que a tal situación sólo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas del contradictorio. Para la imposición de la prisión provisional se precisa, únicamente, la existencia de una imputación penal” ⁴⁵.

Este modelo no pretende “sustancializar” la precautoria futurizando la condena, sino aportar parámetros objetivos para considerar la peligrosidad procesal.

11.6.2. RIESGO DE FUGA O DE OBSTRUCCIÓN (PERICULUM IN MORA).

La prisión preventiva procederá cuando hubieran vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia.

Respecto al peligro de fuga, procura amarrar al encartado garantizando el debate de fondo y la ejecución de la hipotética pena privativa de libertad.

En lo que hace al peligro de obstrucción, facilita el desarrollo eficaz del proceso abortando la ocultación o manipulación de elementos probatorios.

El C.P.P.P. proporciona pautas indiciarias sobre el peligro de fuga ⁴⁶. Ahora, estos indicadores normativos son meras presunciones (*iuris tantum*) que pueden disolverse al determinar la peligrosidad concreta. Serán entonces condiciones necesarias pero no suficientes.

⁴⁵ JOSÉ MARÍA ASENCIA MELLADO, “La prisión provisional”, Civitas, Madrid – España, 1.987, Pág. 108.

⁴⁶ “Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias: 1) la falta de arraigo en el país, determinada por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2) la pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento; 3) la importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él; y 4) 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 persecución penal. Estas circunstancias deberán mencionarse expresamente en la decisión judicial que disponga la prisión preventiva” (Art. 243 C.P.P.P.).

También enumera los posibles actos de entorpecimiento ⁴⁷. El peligro de obstaculización debe inferirse de las circunstancias concretas y no de la simple posibilidad de problematizar que tiene el imputado mientras la investigación no concluya.

11.7. REVOCACIÓN.

Si acaeciera algún supuesto que levanta la prisión preventiva ⁴⁸, se ordenará la inmediata libertad del recluso, que se ejecutará sin más trámite. La cesación es una manifestación del derecho subjetivo a la libertad locomotiva durante el juicio y no una gentil concesión del Estado.

11.8. PRISIÓN PREVENTIVA Y PROCEDIMIENTO CONTUMACIAL.

Algunos autores sostienen que el único justificativo válido de la prisión preventiva es el peligro de fuga. Critican la consideración del riesgo de obstrucción argumentando que poco podría hacer el imputado contra el aparato investigativo estatal, que aquéllo que pretende enervarse podría ejecutarlo cualquier familiar o allegado, que se priva abusivamente al encausado de procurar en libertad probanzas a su favor.

Desde este punto de vista, sólo la necesidad de tramitar la causa en presencia del enjuiciado toleraría la prisión preventiva. Ergo, si se aceptara la condena en contumacia, el riesgo de evasión dejaría de ser primordial y el instituto perdería su razón de ser.

Entendemos que el razonamiento es equivocado, por varias razones.

⁴⁷ “Para decidir acerca del peligro de obstrucción de un acto concreto de investigación, 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 los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o, 3) inducirá a otros a efectuar tales comportamientos. Estos motivos sólo podrán servir de fundamento para la prisión preventiva del imputado hasta la conclusión del juicio” (Art. 244 C.P.P.P.).

⁴⁸ “La prisión preventiva será revocada: 1) cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; 2) cuando su duración equivalga al mínimo de la pena prevista, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión a prueba de la ejecución de condena; 3) cuando su duración exceda los plazos establecidos por este Código, pero si se ha dictado sentencia condenatoria, podrá durar tres meses más, mientras se tramita el recurso; y, 4) cuando la restricción de la libertad del imputado ha adquirido las características de una pena anticipada o ha provocado limitaciones que exceden las imprescindibles para evitar su fuga. Vencido el plazo previsto en el inciso 3), en adelante no se podrá decretar una nueva medida cautelar, salvo la citación o conducción del imputado por medio de la fuerza policial al sólo efecto de asegurar su comparecencia al juicio” (Art. 252 C.P.P.P.).

En primer lugar, la posibilidad de concluir la causa sin la comparecencia del infractor afecta los principios adjetivos de contradicción e inmediación.

Además, el juicio en rebeldía demuele el derecho a la defensa (que por absoluto no se sujeta a la voluntad de su titular) y es rémora de la antigua concepción absolutista para la cual el Estado era tan omnímodo que sus reprensiones se cumplían aún contra cosas, animales, muertos y ausentes. La intervención del encartado no es facultativa sino necesaria y obligatoria.

Por otro lado, se yerra al soslayar el riesgo de obstaculización. Los objetivos procesales pueden frustrarse tanto por incomparecencia del imputado como por tergiversación probatoria.

Finalmente, aunque se condenara en ausencia al acusado, se necesitará de la prisión preventiva para ejecutar la sentencia, para ejercer el *ius puniendi* y proyectar los fines de la prisión sobre el reo.

11.9. **PRISIÓN PREVENTIVA DESATINADA E INDEMNIZACIÓN.**

Quien haya sufrido daños por una prisión preventiva espuria tiene derecho a ser indemnizado.

Para alguna parcela teórica, la privación de libertad durante el proceso es una carga que deben soportar los justiciables como precio irrepetible de la función jurisdiccional. Consecuentemente, el imputado encarcelado cautelarmente y absuelto o sobreseído luego absorberá los perjuicios, dicen, para afianzar la institucionalización de la justicia.

Sin embargo, que la prisión preventiva sea una necesidad del ejercicio judicial no implica que quien la haya sufrido indebidamente deba soportar los daños devengados. “*En definitiva, la libertad individual del ciudadano sospechado del delito puede ser sacrificada como un modo de defensa del bien común (...) asegurando la eficacia del derecho sancionatorio. Pero a su vez, si ese sacrificio ha sido impuesto a un inocente*

comprobado, la comunidad debe resarcir a quien se ha visto obligado a sacrificar el bien máspreciado del hombre, su libertad” ⁴⁹.

La C.N.P. recepta el derecho a la indemnización estatal por error judicial ⁵⁰, que abarca las equivocaciones de hecho y derecho de la Judicatura.

Para que proceda la indemnización, el postulante no debió consentir la precautoria, agotando los recursos para reverla. Tampoco se admite que haya favorecido al error con su dolo o culpa.

El C.P.P.P. admite reparación sólo para cuando la absolución o el sobreseimiento posterior se funden en la inocencia, excluyendo los casos de duda ⁵¹. La presunción de inocencia es suficiente para fundar el derecho a la libertad, pero no el de indemnización a cargo del Estado.

Las preceptivas constitucional y adjetiva aparecen entonces ligadas desde que, justamente, se concibe como hipótesis de error judicial la prisión tutelar resuelta contra quien luego resulta inocente. *“Tal idea reposa, por tanto, sobre la hipótesis de considerar que la relación entre prisión preventiva y sentencia es directa y, por ello, la no correlación entre ambas resoluciones implica la consideración de la comisión de un error judicial a la hora de decretar la medida cautelar”* ⁵².

No obstante, a nuestro modesto entender, no cualquier error habilita la indemnización; pensar lo contrario paralizaría la actividad penal precautoria. Sólo corresponde reparar cuando la falta es grosera e inexcusable o cuando produjo perjuicios graves y anormales. Y ello es así porque *“(…) el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización de los particulares, quienes*

⁴⁹ CÁMARA QUINTA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA (ARGENTINA), sentencia del 25 de febrero de 2.004 *in re* “SANTILLÁN, ARTURO FAUSTINO C/ ESTADO PROVINCIAL ORDINARIO”.

⁵⁰ *“En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: (...) 11) la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial”* (Art. 17 C.N.P).

⁵¹ *“También corresponderá esta indemnización cuando la absolución o el sobreseimiento definitivo se basen en la inocencia del imputado y éste haya sufrido privación de libertad durante el procedimiento”* (Art. 275 C.P.P.P.).

⁵² JOSÉ MARÍA ASCENCIO MELLADO, Op. Cit., Pág. 298.

*deben soportar el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Es lógico que mientras la actividad jurisdiccional sea desarrollada dentro de los cánones naturales, que marcan y disciplinan las leyes de procedimiento, para hacer posible una adecuada investigación encaminada al correcto esclarecimiento del hecho delictivo y consecuente castigo de sus participantes, la misma no pueda ser generadora de daño resarcible (...). De modo que no bastaría invocar la detención, el procesamiento o la prisión preventiva y la posterior absolución de culpa y pena para encontrarse legitimado a ser resarcido (...), desde que la mera declaración de inocencia no es suficiente para descalificar las medidas adoptadas durante la sustanciación del proceso, en directo beneficio del debido esclarecimiento del hecho investigado (...). Sin duda que los perjuicios que sean consecuencia normal y necesaria de la actividad jurisdiccional no son indemnizables (...)"*⁵³.

Si la medida se ajustó a los presupuestos legales al momento de su imposición, aunque habrá error cotejándola con la resolución absolutoria, no será indemnizable.

12. MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS.

Los criterios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad determinan que la privación de libertad durante el proceso no deba imponerse cuando sus fines puedan garantizarse con la consigna individual o combinada de medidas de coerción menos gravosas llamadas sustitutivas o alternativas⁵⁴. Serán alternativas cuando se decidan antes del auto de prisión y sustitutivas cuando aparezcan excarcelación.

⁵³ CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA (ARGENTINA), sentencia del 15 de febrero de 2.001 *in re* "BARRIONUEVO, WALTER JOSÉ C/ ESTADO PROVINCIAL ORDINARIO".

⁵⁴ "Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el Juez, de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes: 1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella; 2) la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al Juez; 3) la obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o ante 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 Juez; 5) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares; 6) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y, 7) la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante el depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. El Juez podrá imponer una o varias de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento. No se impondrá estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria

Son cautelas que demandan los mismos presupuestos que la prisión preventiva: existencia sospechada de un hecho punible vinculado a persona determinada y posibilidad cierta de fuga o entorpecimiento de la investigación.

No debe entenderse que la aplicación de una sustitutiva o alternativa entraña ausencia de peligrosidad procesal, sino que ésta puede neutralizarse con prevenciones menos pesadas que el encarcelamiento. La mínima o nula posibilidad de fuga u obstrucción motivan la eximición de medidas, no la aplicación de alternativas o sustitutivas.

Como sustituyen o son opción a la prisión preventiva, si ésta se diluyera por revocación extintiva, no podrán mantenerse: la sustancia a subrogar desaparecería.

Durarán como máximo dos años, al cabo de los cuales deberán cesar siempre que no haya empezado la audiencia de juicio, en la cual podrán mantenerse las precautorias vigentes e incluso providenciarse otras, aunque hubiera fenecido el término de marras⁵⁵.

No pueden administrarse contrariando su finalidad, de modo que se descartarán las desproporcionadamente pesadas y aquéllas que el prevenido no pueda cumplir por razones atendibles.

Sólo pueden ser decididas por la autoridad jurisdiccional.

Repasaremos las sustitutivas o alternativas previstas en el C.P.P.P., las que no creemos por cierto taxativas sobre la base de las notas cautelares de necesidad y proporcionalidad.

12.1. EL ARRESTO DOMICILIARIO.

insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica. En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria antes que cualquiera de las demás medidas. Las medidas que se dicten como alternativas a la prisión preventiva o que las atenúen cesarán automáticamente y de pleno derecho al cumplirse dos años desde que fueran efectivizadas si en tal plazo no hubiese comenzado la audiencia de juicio” (Art. 245 C.P.P.P.).

⁵⁵ “(...) Si el imputado se halla en libertad, el Tribunal podrá ordenar, para asegurar la realización de la audiencia o de un acto particular que la integre, su conducción por la fuerza policial y hasta su detención, determinando en este caso el lugar en que ella se cumplirá; podrá, incluso, variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer alguna de las otras medidas cautelares previstas por este Código” (Art. 367 C.P.P.P.).

Es de las más rigurosas, desde que limita la libertad ambulatoria a un mínimo espacio físico (relativamente): la morada propia o de tercero. Podrá articularse con o sin vigilancia y, en su caso, con guardia permanente o aleatoria.

12.2. **OBLIGACIÓN DE SOMETERSE A VIGILANCIA.**

Aunque no encierra al prevenido, limita en cierta medida su libertad de actuar en orden al acatamiento procesal.

La vigilancia puede estar a cargo de una persona física o jurídica.

12.3. **OBLIGACIÓN DE PRESENTARSE PERIÓDICAMENTE.**

Permite verificar cada tanto la sujeción del inculcado a la causa involucrando una mínima afectación a su libertad. El Juez dispondrá que se presente ante el mismo Juzgado, el Ministerio Público, la Policía Nacional o ante la autoridad que designe.

12.4. **LA PROHIBICIÓN DE SALIR DEL PAÍS.**

No es una coerción absoluta sino sujeta a permiso de la Judicatura. Será minimizada por quien no acostumbra viajar, pero damnificará exageradamente al que por motivos familiares, personales, académicos, profesionales, laborales o de salud deba ausentarse con asiduidad. De allí que deba ser acabadamente deliberada y no despachada como "medida de cajón".

12.5. **LA PROHIBICIÓN DE CONCURRIR A DETERMINADAS REUNIONES O DE VISITAR ALGUNOS LUGARES.**

Tiene por medular objeto evitar que el prevenido entorpezca la investigación desviándola, dificultándola o trabándola frecuentando lugares sospechosos o furtivos.

Al mismo tiempo y aunque no sea finalidad propia de las precautorias, desempeña una función profiláctica innegable previniendo que se tienda a continuar la conjetural faena delictiva.

12.6. **LA PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON PERSONAS DETERMINADAS.**

Es igualmente una alternativa para evitar obstrucción. Precave que el imputado manipule información e intimide a partícipes, testigos o incluso a la víctima.

12.7. CAUCIONES ⁵⁶.

Caucionar supone tomar cuidados para evitar una circunstancia dañosa o perjudicial, lo que en nuestra materia sería la frustración de los fines procesales.

La caución juratoria es la promesa del imputado de sujetarse al proceso. Es una libertad bajo palabra cuyo incumplimiento no apareja ejecución de garantía alguna.

La caución personal es una fianza constituida solidariamente por el enjaretado y uno o más fiadores por una suma a pagar en caso de fuga o incomparecencia. Constituye una suerte de presión moral para el beneficiario. La suma tasada debe ser razonable y no aparecer como obstáculo insuperable a la libertad; se estimará atendiendo a su objeto específico y no precisamente a los eventuales daños emergentes del delito.

La caución real consiste en la entrega de bienes ⁵⁷, depósito de dinero, efectos públicos o valores cotizables, constitución de hipoteca o prenda, con las mismas características y efectos que la personal.

De entre todas las sustitutivas o alternativas la más vidriosa es la caución monetaria, debido a la pobreza de los sectores seleccionados por el sistema penal y a su proyección adversa en la excarcelación cuando fuera prohibitivamente onerosa.

A diferencia de lo establecido en el Art. 320 C.P.P.N.A., la caución real en el sistema paraguayo tendría por finalidad no sólo la sujeción procesal sino también avalar el pago de

⁵⁶ “El Juez penal podrá fijar la clase e importe de la caución y decidirá sobre la idoneidad del fiador. La caución podrá ser real, personal o juratoria. La caución personal podrá otorgarla toda persona que tenga suficiente arraigo en propiedades raíces y tenga capacidad legal para contratar. La caución real podrá constituirse mediante garantía real o depósito de sumas de dinero o valores razonables que fije el Juez con relación al patrimonio del imputado, que cubran las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales. La caución juratoria la podrá otorgar el imputado cuando la naturaleza del hecho punible que se le atribuya, haga presumir que no burlará la acción de la justicia. Cuando la caución sea prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que se le haya fijado. Con autorización del Juez, el imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente” (Art. 257 C.P.P.P.).

⁵⁷ El imputado entrega un bien en custodia perdiendo la posibilidad de utilizarlo mientras dure la medida.

las penas pecuniarias y costas procesales (no así la reparación del daño civil, aplicación de las medidas cautelares reales propiamente ⁵⁸). Y es que por expresa disposición legal (ya trascrita a pie de página), la suma se supeditarán no sólo al patrimonio del imputado, también a la eventual sanción numeraria y a los hipotéticos gastos del juicio.

En la valuación deben considerarse igualmente la amenaza de pena (cuanto mayor sea, mayor será la caución porque existirá significativo interés en eludir la acción de la justicia), el supuesto provecho económico (que podría empujar a la fuga para el disfrute de los presuntos bienes malhabidos) y atenderse a que monto elevado para alguno será irrisorio para otro (luego, a mayor capacidad económica, mayor caución).

Sin perjuicio de ello, la caución pecuniaria no podrá constituir pena anticipada obstaculizando insuperablemente el beneficio de libertad.

Entendemos que no pueden aplicarse conjuntamente cauciones reales y personales desde que el Art. 245 Inc. 7) utiliza la disyuntiva “o” (una u otra).

En caso de rebeldía o cuando el imputado se sustraiga a la ejecución de la pena, se emplazará el comparendo y se notificará al garante bajo apercibimiento de ejecutarse la caución ⁵⁹.

Disuelto el peligro de fuga, ejecutada la sentencia condenatoria, extinta la obligación de apersonarse o garantizada con encierro tutelar, la medida se cancelará ⁶⁰.

El producto de las cauciones ejecutadas integrará el patrimonio estatal, particularmente del Poder Judicial, a cuyo favor desde luego se constituyen en la práctica.

⁵⁸ “Las medidas cautelares de carácter real serán acordadas por el Juez Penal, a petición de parte, para garantizar la reparación del daño” (Art. 260 C.P.P.P.).

⁵⁹ “En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustraiga de la ejecución de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca al procedimiento o cumpla la condena impuesta. Este emplazamiento será notificado al fiador, advirtiéndole que si no comparece el imputado o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución será ejecutada conforme a lo previsto por este Código” (Art. 258 C.P.P.P.).

⁶⁰ “La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hayan sido ejecutados con anterioridad: 1) cuando el imputado sea puesto en prisión preventiva o arresto domiciliario; 2) cuando se revoque la decisión que impuso la caución; 3) cuando por resolución firme se absuelva o sobresea al imputado; 4) cuando comience la ejecución de la pena privativa de libertad o se prescinda de ella; y, 5) con el pago de la multa impuesta en la sentencia” (Art. 259 C.P.P.P.).

12.8. UNA LIMITACIÓN INCONSTITUCIONAL.

El progreso normativo que trajo el C.P.P.P. (1.998) en materia cautelar fue retrocedido de una plumada.

Cediendo a la presión social que desacreditó a las medidas sustitutivas o alternativas suponiéndolas germen de inseguridad ciudadana, la Ley N° 2.493/04 declaró inexcusables ciertos hechos punibles prohibiendo dictarlas a su respecto.

En definitiva, lo que el legislador creó es una categoría de imputaciones en las que presume, sin admitir prueba en contrario, peligrosidad procesal.

Desde el atalaya constitucional, la indispensabilidad de la prisión preventiva debe analizarse en cada caso concreto.

La norma contraviene entonces la presunción de inocencia, el derecho a juicio previo y el principio de excepcionalidad. *"El deber de comprobar la existencia del peligro concreto en el caso concreto exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo exclusivamente del Tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de las circunstancias concretas, objetivas y ciertas, en un caso particular y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable del peligro procesal (...) La gravedad del delito no justifica por sí sola una prisión preventiva sino que deben evaluarse otros elementos"* ⁶¹.

Algo similar sucede con el Art. 316 C.P.P.N.A. sobre el cual se dijo, atinadamente: *"Las medidas de coerción que se puedan adoptar respecto de una persona imputada de haber cometido un delito antes del dictado de la sentencia deben tener siempre carácter excepcional y sólo se justifican en la neutralización de los peligros aludidos: de fuga o de entorpecimiento de la investigación (...) Si no se avizoran estos peligros, la privación de la libertad de las personas durante el trámite del proceso penal se torna infundada y, por lo tanto, inconstitucional, por ser la interpretación automática,*

⁶¹ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL – SALA III (ARGENTINA), resolución del 22 de diciembre de 2.004 *in re* "MACCHIERALDO, ANA LUISA S/ RECURSO DE CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD".

iuris et de iure, de lo dispuesto en el Art. 316 C.P.P.N.A., contraria a la Constitución Nacional. Conviene volver a resaltar este punto: no es inconstitucional en sí misma la prisión preventiva; lo que es inconstitucional es una interpretación rígida de esa regla al no admitir prueba en contrario”⁶².

13. CUESTIONES PROCEDIMENTALES.

13.1. IMPOSICIÓN.

La imposición de coerciones se hará previa audiencia en la que se escuchará al imputado y a su defensa técnica sobre las que estimen apropiadas o su eximición.

El derecho a ser oído que instituye el Art. 242 C.P.P.P. no se refiere a la indagatoria (sin perjuicio de que se haya celebrado) sino a la materia precautoria.

El principio acusatorio condiciona que las coerciones sean decretadas sólo a requerimiento del Ministerio Público, titular de la acción penal. Ciertamente, según el Art. 245 C.P.P.P., el Juez podrá imponer de oficio las sustitutivas o alternativas que crea convenientes, pero ello presuponiendo que el Agente Fiscal las haya requerido o haya petitionado en todo caso prisión provisional.

Las resoluciones que decidan encarcelamiento tutelar u otras seguridades estarán debidamente motivadas⁶³.

Si se acordaran medidas alternativas o sustitutivas, se labrará un acta que instrumentará la aceptación del imputado y de quienes más intervengan en la ejecución⁶⁴.

⁶² CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL – SALA V (ARGENTINA), resolución del 13 de mayo de 2.005 *in re* “CHABÁN, OMAR EMIR S/ EXCARCELACIÓN”.

⁶³ “Las resoluciones que decreten la prisión preventiva, la internación o las medidas alternativas o sustitutivas deberán contener: 1) los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo; 2) una sucinta enumeración del hecho o hechos que se atribuyen al imputado; 3) los fundamentos, indicando concretamente todos los presupuestos que motivan la medida, en especial, la existencia de peligro de fuga o de obstrucción; 4) el lugar o establecimiento donde deberá cumplirse; y, 5) la parte dispositiva, con clara expresión de las normas aplicables” (Art. 247 C.P.P.P.).

⁶⁴ “Antes de ejecutar las medidas alternativas o sustitutivas, el Secretario labrará un acta que contenga: 1) la notificación del imputado; 2) la identificación y el domicilio de las personas que intervengan en la ejecución de la medida, la aceptación de la función o de la obligación que se les asignó; 3) la indicación precisa de todas las circunstancias que puedan obligar al imputado a ausentarse por más de un día; 4) la indicación del

13.2. ALLANAMIENTO.

El allanamiento es el ingreso judicialmente autorizado a una morada o local cerrado con el fin de practicar un registro u otra actividad procesal. Se utilizará como mecanismo coadyuvante para efectivizar una medida restrictiva de libertad, salvo que por expresa disposición legal no sea necesario ⁶⁵.

13.3. REVISIÓN.

Las notas de provisionalidad, proporcionalidad y excepcionalidad obligan al Juez a revisar cada tres meses la vigencia de las cautelas de encierro para determinar si continúan vigentes los presupuestos que las motivaron. El imputado podrá solicitar también revisión, siempre y cuando se hayan modificado apreciablemente las circunstancias que fundaron la precautoria ⁶⁶.

Salvo que sea de oficio, la decisión se tomará en audiencia convocada dentro de las cuarenta y ocho horas de formulado el pedido ⁶⁷. Este modo se relaciona con la celeridad que debe imprimirse en la tramitación de las medidas que afecten la libertad de las personas.

Serán notificados para el acto el imputado, el defensor, la querrela y el Fiscal pero, según la preceptiva, se realizará con las partes que concurran. Sin embargo, creemos que el derecho a la defensa y la importancia de la inmediación del Juez respecto del prevenido en estas cuestiones favorecen las siguientes distinciones para cuando estuviera ausente el

domicilio procesal; y 5) la promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones que el Juez le señale” (Art. 246 C.P.P.P.).

⁶⁵ “Cuando sea necesario allanar dependencias cerradas o recintos habitados para el cumplimiento de la aprehensión o la detención preventiva, la orden judicial deberá consignar expresamente esta autorización, salvo las excepciones previstas por este Código” (Art. 241 C.P.P.P.).

⁶⁶ “El Juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurran todos los presupuestos exigidos para el auto de prisión preventiva. El Juez examinará la vigencia de las medidas cautelares privativas de libertad cada tres meses y, en su caso, las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá la libertad. El imputado podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente, sin perjuicio de la responsabilidad que contrae el defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva” (Art. 250 C.P.P.P.).

⁶⁷ “El examen se efectuará en audiencia oral, que deberá convocarse dentro de las cuarenta y ocho horas, con citación de todas las partes; pero se la llevará a cabo con aquellas que concurran. Finalizada la audiencia, el Juez resolverá inmediatamente, ordenando lo que corresponda” (Art. 251 C.P.P.).

imputado (injustificadamente): 1) Si él hubiese requerido la revisión, se lo tendrá por desistido. 2) Si la hubiera pedido la parte acusadora para agravar las prevenciones, deberá suspenderse el acto y se ordenará la detención a efectos del comparendo, sin perjuicio de la rebeldía ⁶⁸.

13.4. EXIMISIÓN. REVISIÓN. REVOCACIÓN. SUSTITUCIÓN. EXCARCELACIÓN.

El imputado solicita eximición ⁶⁹ cuando pide se lo dispense de las cautelas antes de aplicadas.

Se sustituye una medida cuando se la trueca por otra (más o menos grave) adecuada a las nuevas circunstancias percatadas.

Se revoca una cautela cuando se la disuelve o deroga por disgregación de sus pretextos.

Tanto la substitución como la revocación se tramitan por vía de revisión.

Cuando la revocación o la substitución involucren cancelación de la prisión preventiva se habla de excarcelación.

13.5. APELACIÓN.

El C.P.P.P. articula un especial procedimiento expeditivo para Alzada emplazando perentoriamente la resolución del recurso ⁷⁰ e interpretando el silencio de los Magistrados como concesión de la libertad si el imputado estuviese privado de ella ⁷¹.

⁶⁸ “(...) Será declarado en rebeldía: el imputado que no comparezca a una citación sin justificación (...)” (Art. 82 C.P.P.P.).

⁶⁹ “El imputado podrá presentarse por sí o por medio de un abogado ante el Juez, antes de la aplicación de la medida, por escrito o en forma oral, solicitando se lo exima de la prisión preventiva o de las otras medidas cautelares. El Juez resolverá de inmediato la petición en el caso que sea procedente” (Art. 249 C.P.P.P.).

⁷⁰ “La resolución que disponga, modifique o rechace las medidas cautelares será apelable. La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada. En estos casos el emplazamiento se hará por veinticuatro horas, luego de las cuales el Juez remitirá inmediatamente las copias necesarias. El Tribunal de Apelación resolverá, sin más trámite, dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones” (Art. 253 C.P.P.P.).

⁷¹ “Cuando se haya planteado la revisión de una medida cautelar privativa de libertad o se haya apelado la resolución que deniega la libertad y el Juez o Tribunal no resuelva dentro de los plazos establecidos en este

La apelación contra resoluciones que involucren precautorias no tiene efectos suspensivos, exceptuando la regla general.

JOSÉ MIGUEL FERNÁNDEZ ZACUR
ABOGADO

Código, el imputado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no obtiene resolución, se entenderá que se ha concedido la libertad. En este caso, el Juez o Tribunal que le siga en orden de turno ordenará la libertad (...)" (Art. 141 C.P.P.P.).

BIBLIOGRAFÍA

- **RAÚL WASHINGTON ÁBALOS**, “Código Procesal Penal de la Nación”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 1.994.
- **JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO**, “La prisión provisional”, Civitas, Madrid – España, 1.987.
- **ALBERTO M. BINDER**, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, primera edición, Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1.993.
- **JOSÉ I. CAFFERATA NORES Y OTROS**, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba – Argentina, 2.004.
- **JOSÉ I. CAFFERATA NORES**, “Medidas de coerción en el proceso penal”, Marcos Lerner Editora, Córdoba – Argentina, 1.983.
- **FRANCESCO CARRARA**, “Programa de Derecho criminal”, segunda reimpresión de la tercera edición, Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 2.000.
- **CARLOS ENRIQUE EDWARDS**, “Plazos de la prisión preventiva”, Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995.
- **MARÍA CAROLINA LLANES O.**, “Lineamientos sobre el Código Procesal Penal”, Inecip, Asunción – Paraguay, 2.000.
- **JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ**, “Medidas de coerción que afectan la libertad personal”, separata publicada en **VARIOS AUTORES**, “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, San José – Costa Rica, 1.997.
- **JULIO B. J. MAIER**, “La Ordenanza Procesal alemana”, Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1.978.

- **VÍCTOR MORENO CATENA**, “La defensa en el proceso penal”, Civitas, Madrid – España, 1.982.
- **J. RAMIRO PODETTI**, “Tratado de las medidas cautelares”, Ediar, Buenos Aires – Argentina, 1.969.
- **GUSTAVO VIVAS USSHER**, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Alveroni Ediciones, Córdoba – Argentina, 1.999.
- Leyes varias y colección de fallos del autor.