

LÍMITES NORMATIVOS A LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Diego Camaño Viera

I) DELIMITACIÓN

La prisión preventiva es el principal motivo de encarcelamiento en la justicia penal uruguaya. Entre otros factores, ello se debe a que la legislación sobre prisión preventiva permite una amplísima utilización de la misma, convirtiéndola en la regla general. Actualmente, el procesamiento sin prisión sólo procede en aquellos casos en que el imputado carezca de una causa anterior en trámite y sea procesado por delitos cuyo mínimo sea de hasta 24 meses de prisión¹. En todos los demás casos, la legislación interna impone el encarcelamiento preventivo.

Sin embargo, la prisión preventiva no solamente está regulada a nivel doméstico sino también en diversos instrumentos internacionales ratificados por el Uruguay, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en adelante PIDCP] y la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante CADH].

Dichos instrumentos establecen una serie de *límites normativos a la prisión preventiva*, que ciertamente ponen en cuestión la regulación doméstica del instituto.

Entre los diversos límites, nos interesa destacar aquellos relativos a la *duración de la prisión preventiva*, pues es aquí donde encontramos las más graves violaciones a los derechos de los imputados: si la prisión preventiva no puede ser utilizada como regla general, entonces muchos menos puede aceptarse que esta se extienda *indefinidamente* en el tiempo. Además, cuando la prisión preventiva se prolonga en exceso, se vulneran garantías esenciales del debido proceso como el principio de inocencia y la necesidad de un juicio previo como requisito para la imposición de una pena.

En efecto, bajo la óptica del derecho internacional, la detención preventiva no puede ser indeterminada ni indefinida, sino por el

¹ Ley 16.058, art.1.

contrario, tratándose de una medida cautelar fundada en el principio de inocencia, la misma sólo puede ser de aplicación excepcional, en caso de ser estrictamente necesaria desde el punto de vista procesal y sometida a la limitación del “plazo razonable” en su duración.

Dado que la legislación interna no ha establecido un límite temporal a la duración del encarcelamiento preventivo, y que tanto Jueces como Fiscales son reacios a la aplicación directa del derecho internacional, resulta de notorio interés práctico introducir los estándares internacionales en la materia, de modo de proporcionar herramientas prácticas para mejorar el funcionamiento de nuestra justicia penal.

Cabe aclarar que al hablar de *estándares internacionales* nos estamos refiriendo, principalmente, a aquellos que surgen de diversos pronunciamientos de los órganos de supervisión de los tratados; en especial, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante CIDH y CtIDH respectivamente] en el ámbito de la CADH y el Comité de Derechos Humanos [en adelante CDH], en el marco del PIDCP.

Este énfasis en el derecho internacional se debe a que las garantías judiciales (y en especial, los límites que enfrenta la utilización de la prisión preventiva) encuentran una regulación técnicamente *superior* en el derecho internacional que en el ordenamientos nacional.

A ello debe sumársele el hecho de que los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República son *de aplicación obligatoria por parte de la jurisdicción doméstica*, aspecto que no ha sido objeto del tratamiento que merece por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, al haber permanecido – salvo contadas excepciones – al margen de los importantes avances en materia de derecho internacional de los derechos humanos [en adelante DIDH].

Por lo tanto, es en el DIDH donde se encuentran una serie de límites normativos a la duración del encarcelamiento preventivo. De este modo, se plantea la cuestión de la aplicación directa de tales normas y estándares (de fuente internacional) en el ámbito interno.

El nuevo paradigma del DIDH plantea grandes desafíos a la “cultura jurídica” de los Estados. El de los límites temporales al encarcelamiento preventivo es sólo uno de ellos.

I) REALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Un sistema penal que gira en torno a un instituto procesal.

La mayor parte de las personas que son enviadas diariamente a la cárcel por los Jueces, lo son, no porque hayan cometido delito sino porque se las presume culpables. Son más los presos procesados que los condenados. En gran cantidad de casos, la prisión preventiva es el único castigo que se impone; y en muchos otros la detención preventiva se cuenta por años.

La legislación procesal parece amparar tales prácticas, a través una *asimilación sustancialista entre pena y prisión preventiva*. Si la "eventual pena a recaer", la "naturaleza del delito imputado", e incluso los "antecedentes" del procesado son los criterios decisivos para la imposición del encarcelamiento preventivo², es evidente que la legislación está viciada de una grave confusión entre el instituto procesal (prisión preventiva) y el sustantivo (pena).

Pese a que tal confusión es incompatible con diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, y que existe toda una doctrina y jurisprudencia internacional que considera ilegítima la asimilación entre prisión preventiva y pena, a nivel doméstico, los operadores de la justicia penal muy raramente aplican el DIDH.

Ello explica que, en los hechos, la prisión preventiva cumpla el rol de una auténtica *pena anticipada*. En la praxis judicial, es moneda corriente que el "tiempo transcurrido", la "gravedad del delito" o sus "circunstancias", sean argumentos decisivos en materia de excarcelaciones. De este modo, los operadores reproducen la ilegítima asimilación sustancialista de la legislación, mediante una serie de prejuicios propios de la acusación o la sentencia, y haciendo total abstracción de los estándares internacionales en la materia. Las vistas fiscales y resoluciones judiciales sobre excarcelaciones se transforman así en una serie de *anticipaciones encubiertas* sobre el fondo del asunto, en donde Jueces y Fiscales "dicen sin decir" que el sujeto será condenado a tal o cual pena; que el delito imputado es de tal o cual gravedad; o (peor) que sus antecedentes son una premonición de reincidencia. En definitiva, anticipaciones sobre el *tratamiento punitivo* que recibirá el imputado.

Esto lleva a que *en los hechos*, el auto de procesamiento cumpla la función de la sentencia, con la imposición de una pena indeterminada

² Ley 16.058, art.1.

(la prisión preventiva) que será luego individualizada durante el proceso (sea mediante la libertad provisional o anticipada).

De ahí que en el funcionamiento práctico de nuestra justicia penal, la enorme mayoría de las personas se juegan su suerte en las primeras 48 horas de detención, con la decisión sobre el procesamiento. Todo lo que viene después [lo que debería ser verdaderamente el proceso penal] se reduce, en la mayor parte de los casos, a un mero trámite burocrático para "cerrar el expediente".

Estas perversas prácticas han, en definitiva, fusionado dos institutos claramente distinguibles y diferenciables, al punto de haber "normalizado" a todos los actores del proceso, en esta lógica de corte punitivo y anti-garantista bajo la que funciona nuestra justicia penal.

¿Cuál es entonces el verdadero eje de nuestra justicia penal? ¿La pena? ¿O la prisión preventiva?

En Uruguay, no cabe duda que esta última: es a la prisión preventiva que le debemos los altos índices de encarcelamiento³, las altísimas tasas de superpoblación carcelaria⁴; y como consecuencia, los gravísimos problemas psicológicos, sanitarios y sociales que se derivan de este encierro masivo en condiciones infra-humanas.

La prisión preventiva produce una grave aflicción a la persona, pues *ontológicamente es equivalente* a la pena. Nadie puede seriamente afirmar que el encierro derivado de la imposición de una pena es - en su cumplimiento - diferente de aquel que se deriva de la aplicación de la prisión preventiva. Máxime en realidades carcelarias como la nuestra, en que el procesado es alojado en la misma cárcel que el condenado y normalmente no recibe un trato diferencial, en franca violación a diversas normas internacionales que consagran el trato preferencial hacia el procesado⁵, justamente porque bajo tal calidad se encuentra amparado por el principio de inocencia.

³ Según datos del ILANUD, en 1992 Uruguay tenía 3.037 presos, cifra que trepó a 4.012 en 1999. Actualmente cuenta con más de 6.500 presos. Ello arroja una tasa de encarcelamiento de más de 200 presos cada 100.000 hab. y un crecimiento, entre 1992 y 2006 de más de un 100%.

⁴ El actual COMPEN (Complejo Penitenciario Santiago Vázquez) alberga casi 3.000 reclusos, pese a que cuenta con una capacidad locativa para aproximadamente 800 personas, lo que arroja una superpoblación de más del 300%.

⁵ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas Nº 8 lit.b), 70 y 84 a 93.

Todo esto nos coloca frente a la más grave *disfunción* de nuestra justicia penal: la *utilización indiscriminada de la prisión preventiva*. Dicha circunstancia termina por *hacer girar todo el sistema penal en torno a la aplicación de un instrumento procesal*, en vez de hacerlo en base a razones sustantivas. La centralidad de la cárcel en el sistema penal se debe *en mayor parte* a la aplicación de la prisión preventiva que a la propia pena⁶, pues el número de presos procesados supera ampliamente al de condenados; y sin dudas, la superpoblación carcelaria no existiría si la cárcel fuera un lugar en que exclusivamente se cumplieran penas, y no detenciones preventivas.

Sin embargo, esta disfunción no es propia del sistema penal uruguayo. Prueba de ello son los altos índices de "presos sin condena" (que superan ampliamente la mitad de la población reclusa) en prácticamente todos los países de América Latina⁷. No es casualidad, entonces, que la explosiva situación carcelaria sea un rasgo característico de la región, ni tampoco que esta se deba a la generalizada utilización de la prisión preventiva como respuesta punitiva.

En el plano teórico, el lugar central de la prisión preventiva en el funcionamiento de la justicia penal tiene efectos deslegitimantes sobre las (mal) llamadas "teorías de la pena"⁸, que se encargan de justificar el sistema penal (y por ende a la pena privativa de libertad, sanción principal del derecho penal). Según dichas "teorías", la aplicación de la pena puede encontrar distintos tipos de justificaciones (prevención general o especial, positiva o negativa), pero como su nombre lo indica, se trata de variantes que versan siempre sobre la "pena".

No obstante, si la realidad de nuestros sistemas penales demuestra que la privación de libertad es el castigo central, y que esta procede mayormente de la aplicación de un instituto procesal y no sustantivo, entonces aquellas "teorías" quedan carentes de todo sustrato material.

⁶ Esta línea de argumentación no excluye una crítica más amplia de la propia cárcel como reacción punitiva prevalente. Sin embargo, ambas pueden sostenerse en forma independiente. Una crítica demoledora de la cárcel puede verse en MATHIESEN, Thomas: *Juicio a la prisión*. EDIAR, Buenos Aires, 2003.

⁷ CARRANZA, Elías: "Sobrepoblación carcelaria en América Latina y El Caribe" en *Justicia penal y sobrepoblación carcelaria. Respuestas posibles*, p.28. Naciones Unidas – ILANUD, Siglo XXI Editores, Méjico, 2001; "Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa" en www.cienciaspenales.org/REVISTA%2016/carran16.htm

⁸ En realidad no son verdaderas teorías sino doctrinas de justificación (FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, pp.321 a 328.Ed. Trotta, Madrid, 1997).

De este modo, la realidad del sistema penal reduce las (mal) llamadas "teorías de la pena" a meras justificaciones de carácter especulativo.

Aunque la disfunción apuntada no sea exclusiva de la realidad local, lo que sí es muy específico del Uruguay es que presenta una de las cifras más altas de "presos sin condena" en la región⁹ y que se ha mantenido al margen del movimiento de reforma del proceso penal que se ha venido desarrollando en América Latina y el Caribe durante los últimos 20 años¹⁰.

En especial, debe destacarse la deficiente regulación procesal sobre prisión preventiva, no sólo por haberla consagrado como regla, sino además, por la ausencia de límites temporales explícitos en la legislación interna que permitan acotar su duración. De esta última falencia resulta que, a estar exclusivamente a la legislación interna, jamás sería posible atribuirle el calificativo de "excesiva" a la duración de la prisión preventiva.

Sin embargo, como veremos, el orden jurídico no comprende solamente la legislación doméstica sino también al derecho internacional (y en particular, el DIDH), explicitado en trascendentes pronunciamientos de diversos órganos de supervisión de los tratados sobre derechos humanos, que han ido estableciendo una serie de estándares sobre prisión preventiva.

2. ¿Necesidad de la prisión preventiva?

Vistas las cosas desde el interés de la persecución penal pública, el procesado "debe" tolerar la pérdida de su privación de libertad porque existen elementos que llevaron a un funcionario del Estado (Ministerio Público) a sostener una imputación criminal en su contra, y a otro funcionario (Juez) a someterlo a proceso por tal imputación. Dicho de otro modo, la grave limitación a la libertad personal del imputado sólo se justifica en aras de una "razón de Estado": la de que el sometido a proceso es, presumiblemente, culpable.

Como puede verse, lo que prima en tal razonamiento son motivos atinentes a la *efectividad de la persecución penal*: la prisión preventiva se justificaría para evitar que el (presunto) culpable se sustraiga al (efectivo) cumplimiento de la (también presunta) pena.

⁹ CARRANZA, "Sobrepoblación penitenciaria ...", p.28. El último dato disponible del ILANUD, de 1999, señala que el 77% de los presos estaban cumpliendo prisión preventiva.

¹⁰ Los casos de Chile y Guatemala quizás sean los más relevantes.

El mejor caldo de cultivo para tal justificación lo constituyen, sin duda, todas aquellas perspectivas teóricas (jurídicas y criminológicas) basadas en la vieja idea de una mejor y más efectiva "lucha contra la delincuencia". Ciertamente, las raíces de tal ideología¹¹ se remontan a la defensa social del positivismo criminológico de principios del siglo XX, aunque previamente los propios ilustrados la habían incorporado a su discurso¹².

Sin embargo, ni siquiera de esta línea argumental de la defensa social se desprende una *absoluta necesidad* del encarcelamiento preventivo. En puridad, incluso desde esta óptica defensorista, se puede considerar a la prisión preventiva como un instituto procesal, de carácter cautelar, que sólo puede justificarse cuando exista un riesgo de frustración del proceso o de la prueba.

En efecto, descartado un defensorismo a ultranza, que sustente el castigo exclusivamente en la peligrosidad (es decir, sin conexión con un delito como precedente), la idea misma de "lucha contra la delincuencia" excluye la justificación de una lucha contra la delincuencia *presunta*. Una "lucha" de tal naturaleza [si fuera posible] sólo podría emprenderse contra los "delincuentes", y en el Estado de derecho sólo podrían ser considerados delincuentes los condenados y nunca los procesados¹³.

Este razonamiento vale simplemente para demostrar que ni siquiera de las ideologías penales más conservadoras se desprende una *absoluta necesidad* de encarcelar preventivamente a todo imputado de delito.

¹¹ La defensa social es ideológica en el puro sentido marxista, en tanto implica una falsa representación de la realidad.

¹² "(...) la pena debe ser *pena* y debe ser *defensa directa* (...) La pena está destinada a actuar sobre los *demás* más que sobre el culpable (*moralmente*, se entiende), pero no basta que actúe sobre los *malvados*. Es preciso que actúe suficientemente sobre los *buenos*, para tranquilizarlos tanto frente al delincuente mismo, como frente a sus temidos imitadores. Por eso, el mal que sería suficiente sanción para el precepto, porque tendría acción suficiente sobre los malvados en cuanto les opone un padecimiento superior al provecho del delito, puede no tener suficiente acción sobre los buenos, para tranquilizarlos respecto del mismo culpable. Es necesaria una detención prolongada para que los ciudadanos no tengan motivo para temer que aquél, liberado demasiado pronto, vuelva a los ataques" (CARRARA, Francesco: *Programa del curso de derecho criminal*, V.1, p. 441. Ed. Depalma, Bs.As., 1944).

¹³ Ciertamente, la palabra "delincuentes" en muchos partidarios de la defensa social se utiliza apelando a la idea de un "delito natural", y por tanto de una "criminalidad real". Sin embargo, el Estado de derecho impone ciertos límites que los propios defensoristas actualmente reconocen.

3. Principio de inocencia vs. Estigmatización del preso

Si abandonamos por un instante las "razones de Estado" y nos centramos en el sujeto y sus derechos, se puede afirmar que el procesado es una *persona sobre la que recae una imputación criminal*. En el Estado de derecho, esta persona imputada tiene derecho a ser juzgada con las debidas garantías, lo que implica el derecho a un juicio independiente e imparcial, dentro del marco de las reglas del debido proceso (en síntesis, derecho a un "juicio justo").

En este contexto, el *derecho a ser tratado como inocente*¹⁴ ocupa un lugar central.

El desarrollo de esta noción y sus consecuencias para la limitación temporal a la prisión preventiva será encarado más adelante; ahora sólo quisiera destacar los problemas prácticos que plantea la "inocencia del preso".

A partir de su encarcelamiento, el individuo pasa a ser un preso, y como tal, un verdadero *ciudadano de segunda categoría*¹⁵, aislado de su mundo e ingresado por la fuerza (del Estado) a un sub-mundo nuevo: el carcelario.

Ello conlleva una carga estigmatizante que se traduce en un *status jurídico devaluado*, y en una consideración diferente hacia su persona (cuando no, una des-consideración), por parte de las distintas instancias del aparato estatal que tratan con él (en especial, las autoridades carcelarias, aunque no exclusivamente).

Esta *estigmatización del preso y su status jurídico devaluado* hacen que, desde el lenguaje ordinario, pueda parecer un contrasentido hablar de su "inocencia" (en esto juegan un rol preponderante los discursos oficiales y mediáticos, que tienden a alimentar el estereotipo del preso – delincuente – peligroso – culpable).

Sin embargo, para un Estado de derecho, el "trato de inocente" tiene un alto valor político (como límite al poder punitivo) y no puede ser avasallado por ninguna mayoría, pues en él reside el sentido (y la razón de ser) de un proceso penal democrático. Sin principio de

¹⁴ Como veremos, es inexacto hablar de una "presunción de inocencia", pues en realidad lo que el derecho consagra es un "estado jurídico" o "principio" de inocencia. Lo central es que el imputado sea tratado como inocente (aunque no lo sea).

¹⁵ La expresión le pertenece a Iñaki RIVERA BEIRAS.

inocencia, el proceso penal no sería necesario; bastaría contar con una eficiente maquinaria policial que encierre a todos los sospechosos.

El proceso penal existe porque el Estado debe demostrar que el (presunto) inocente es culpable. Y si no lo puede hacer, entonces *debe* absolverlo, sea (realmente) culpable o inocente. Por lo tanto, no hay dudas que incluso el (realmente) culpable, respecto de quien el Estado no puede demostrar su responsabilidad en el hecho, debe verse beneficiado con el trato como inocente.

Pero además, el Estado no puede mantener a una persona indefinidamente encarcelada: debe juzgarla dentro de un plazo razonable. Al igual que en el caso anterior, si no puede hacerlo, *debe* conferirle la libertad, aunque en tal hipótesis, también *debe* continuar el proceso, a efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.

¿Qué quiere decir “plazo razonable”? ¿Existe una obligación del Estado de liberar al detenido que no es juzgado dentro de dicho plazo? Estas son algunas de las interrogantes que surgen en torno a la duración de la prisión preventiva, cuyas respuestas surgen primordialmente del DIDH.

Debido a que en el Uruguay no existen estudios sistemáticos sobre DIDH y a que la praxis judicial no parece haber reconocido aún su auténtico carácter de “derecho”, corresponde realizar una somera presentación.

IV) EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Orígenes

Consternados por las atrocidades cometidas por la Segunda Guerra Mundial, a mediados del Siglo XX, los países de todo el mundo acordaron someterse a un orden jurídico internacional con la creación de la Organización de Naciones Unidas. Se trata de un momento crucial de la historia de la humanidad en que, por segunda vez¹⁶ la comunidad internacional manifestaba su voluntad de someterse a un orden jurídico internacional, aunque ahora, *no solamente como forma de mantener la paz mundial*. En efecto, además de tal designio, los “pueblos de las Naciones Unidas” se manifestaron “resueltos a crear condiciones bajo las cuales puedan *mantenerse la justicia y el respeto*

¹⁶ La primera fue el fallido intento de la Liga de las Naciones.

*a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*¹⁷.

De este modo, la Carta de las Naciones Unidas da el puntapié inicial para un amplísimo (y velocísimo) desarrollo del derecho internacional, el que se verá fortalecido por la instancia jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia, cuyo Estatuto forma parte de la Carta¹⁸.

Como era de esperar en ese contexto de post-guerra, la Carta fue rápidamente ratificada por una enorme cantidad de Estados¹⁹.

También en el ámbito regional se desarrollaron instancias similares con cometidos regionales, como es el caso de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948²⁰.

Estos fueron los primeros pasos (a nivel universal y regional) para la aparición de una nueva rama del derecho internacional: el derecho internacional de los derechos humanos²¹.

2. Derecho internacional y derecho internacional de los derechos humanos: su diferente naturaleza.

Sin embargo, en estos orígenes citados, todavía no se perfilaba el surgimiento de un derecho internacional específicamente referido a derechos humanos.

Este fue desarrollándose a partir de la aprobación de una serie de tratados en los que – a diferencia de los característicos del derecho internacional – *los Estados no se obligaban entre sí sino en relación a los individuos bajo su jurisdicción*. Este fenómeno dio lugar a una jurisprudencia internacional que rápidamente advirtió las diferencias: mientras los clásicos tratados de derecho internacional son celebrados entre Estados, para la obtención de ventajas recíprocas entre ellos, en los tratados sobre derechos humanos los Estados no buscan el

¹⁷ Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁸ Carta de las Naciones Unidas, art.92.

¹⁹ Uruguay lo hizo el 15 de diciembre de 1945 (Ley 10.683), menos de 6 meses después de adoptada la Carta, que ya había entrado en vigencia el 24 de octubre.

²⁰ En su Preámbulo, los Estados (en nombre de sus pueblos) afirmaron estar “seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, *un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”.

²¹ Otro precedente importante son los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario.

beneficio mutuo sino una especial protección jurídica para todos los seres humanos bajo su jurisdicción.

El primer paso lo dio la Corte Internacional de Justicia, en una Opinión Consultiva relativa a la Convención sobre Genocidio: "Se ha querido que sea una convención de alcance universal. Su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora. Los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios sino un interés común (...) En una convención de este tipo *no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes*. La consideración de los *finés superiores de la Convención* es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones"²².

Tanto la Corte Interamericana como Europea se han pronunciado en igual sentido. Es así que la CtIDH afirmó que "los tratados modernos sobre derechos humanos (...) *no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos* (...) Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, *no en relación a otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*". Para llegar a tal conclusión también se basó en lo dicho por la (hoy extinguida) Comisión Europea de Derechos Humanos, al sostener que las obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención Europea sobre Derechos Humanos [en adelante CEDH] "son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes"²³.

Esto ha permitido a la doctrina afirmar que "en materia de derechos humanos (...) aunque los tratados se celebran entre Estados, no emergen de ellos sólo obligaciones y derechos entre los Estados, sino que principalmente *derechos para los individuos y obligaciones para*

²² Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre "Reservas a la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio" de 28/5/51 (destacado nuestro).

²³ CtIDH, Opinión Consultiva sobre "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC 2/82 de 24/9/82, párr.29 (destacado nuestro).

los Estados, porque su objetivo es la protección de los derechos de las personas frente al Estado²⁴.

Precisamente, la peculiar naturaleza de estos tratados (que conforman una suerte de orden público o garantía colectiva en relación a derechos humanos) torna inaplicable en este ámbito el *principio de reciprocidad* del derecho internacional clásico²⁵, pues las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos no lo son en relación a otros Estados sino a los individuos, destinatarios de tales normas. Se trata de obligaciones asumidas *erga omnes*, de un modo unilateral, razón por la cual "no resulta aplicable el principio general de derecho que establece que cuando una de las partes incumple las obligaciones a su cargo, la otra queda liberada de las propias; de allí que la violación de las disposiciones del tratado no sea causal de denuncia ni de terminación"²⁶.

Que estas obligaciones se asuman *ante la comunidad internacional*, no altera el dato del surgimiento de un *vínculo obligacional entre el Estado y los individuos bajo su jurisdicción*. A partir del momento de la ratificación de un tratado de esta naturaleza, los beneficiarios de la creación de esta garantía colectiva en materia de derechos humanos son la totalidad de los individuos bajo la jurisdicción del Estado, sin discriminación.

De este modo, la persona humana se va afirmando como verdadero *sujeto de derecho internacional*²⁷, lo que resultaba inaceptable dentro de los parámetros tradicionales del derecho internacional clásico (concebido como el derecho que regula relaciones entre Estados).

²⁴ MEDINA, Cecilia – NASH, Claudio: *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p.8. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2003. En el mismo sentido se pronuncia en nuestro medio MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Nº 2/87, p.126. FCU, Montevideo, 1987.

²⁵ DULITZKY, Ariel E.: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p.37. CELS – Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

²⁶ PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*, p.60. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. El art.60.5 de la Convención de Viena establece esta solución para los tratados de carácter humanitario, cuya violación grave por un Estado no constituye causal de terminación o suspensión de su aplicación, como ocurre para los demás tratados.

²⁷ Cabe recordar que actualmente la persona humana es pasible de responsabilidad penal internacional ante un tribunal permanente como la Corte Penal Internacional.

3. La responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional

La consecuencia lógica del incumplimiento de tales obligaciones de derecho internacional es el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado.

De las múltiples facetas y especificidades de tal responsabilidad, cabe destacar que, *para el derecho internacional, el responsable es el Estado como unidad*, independientemente de cuál sea el poder estatal que incurrió en la violación. Por lo tanto, *la separación de poderes es un dato que al derecho internacional le es indiferente*: la responsabilidad del Estado puede surgir tanto de un acto legislativo, administrativo como jurisdiccional.

En un esclarecedor pronunciamiento, CANÇADO TRINDADE afirma que existe "toda una jurisprudencia internacional secular que se orienta claramente (...) sosteniendo que el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en *cualquier acto u omisión de cualquiera de los poderes o agentes del Estado* (sea del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial)"²⁸. Luego de citar precedentes de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional afirma que "los pronunciamientos al respecto, por parte de distintos órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, me parecen más que suficientes para afirmar la existencia de *obligaciones legislativas* – además de *judiciales*, a la par de las *ejecutivas* – de los Estados Partes en tratados de derechos humanos como la Convención Americana"²⁹.

En síntesis, "la cuestión de la distribución de competencias y el principio básico de la separación de poderes, son de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, pero *en el derecho internacional no pasan de hechos que no tienen incidencia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado*"³⁰.

El punto tiene especial relevancia en materia de prisión preventiva, ya que tanto su imposición como su mantenimiento se derivan de decisiones judiciales que no están exentas de contralor internacional.

4. El rol preponderante del Poder Judicial.

²⁸ CtIDH, caso "La última tentación de Cristo", Sentencia de 5/2/2001, Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, párr.16 (destacado nuestro).

²⁹ CtIDH, *idem*, párr.16.

³⁰ CtIDH, *idem*, párr.22 (destacado nuestro).

Diversos fallos internacionales y pronunciamientos doctrinarios le confieren al Poder Judicial un *rol central* en materia de protección de derechos humanos, justamente por tratarse del “último garante” de tales derechos. Ello no puede sorprender: si el Poder Judicial es el encargado de arbitrar los conflictos en una sociedad democrática, entonces los jueces tienen una gran responsabilidad y una ardua tarea que cumplir.

No en vano, el art.25 CADH establece el derecho de toda persona a un recurso “sencillo y rápido” ante la jurisdicción doméstica, “que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

Por lo tanto, al habersele confiado “la protección primaria de los derechos humanos, los tribunales internos tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos”³¹.

Es por ello que *la actuación de la jurisdicción doméstica puede dar lugar a la responsabilidad del Estado*, bajo el derecho internacional. Si bien los tribunales internacionales no sustituyen a los tribunales internos ni operan como “tercera instancia” de los procesos locales, *las decisiones tomadas por los jueces nacionales forman parte de la situación fáctica a analizar por parte de la justicia internacional, a efectos de determinar si en el caso concreto hubo (o no) violación a derechos humanos con protección convencional*.

De este modo, los fallos judiciales internos pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado: “Los actos internos de los Estados no se encuentran exentos de verificación en cuanto a su valor de prueba, por cuanto pueden no estar conformes con las obligaciones internacionales de los Estados. Esto se aplica a la legislación nacional así como a las decisiones internas, judiciales o administrativas. Por ejemplo, *una decisión judicial interna puede dar lugar a una interpretación incorrecta de alguna norma de un tratado de derechos humanos (...)* En tales hipótesis se puede configurar la responsabilidad internacional del Estado, por cuanto sus tribunales (...) no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Los órganos de supervisión internacionales no son obligados a conocer el derecho interno de los diversos Estados, pero sí

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio: “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos” en *El Juez y la Defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, p.242. IIDH, San José de Costa Rica, 1993.

a tomar conocimiento de él como elemento de prueba, en el proceso de verificación de la conformidad de los actos internos (judiciales, legislativos, administrativos) de los Estados con las obligaciones convencionales que a éstos se imponen³². Por lo tanto, resulta indubitable la competencia de los órganos de supervisión para ocuparse “de errores de hecho o de derecho cometidos por los tribunales internos, en la medida en que tales errores parezcan haber resultado en violación de uno de los derechos asegurados por los tratados de derechos humanos”³³.

De hecho, son cada vez más los casos en los que los tribunales internacionales de derechos humanos se han pronunciado sobre la actuación de la jurisdicción doméstica a efectos de determinar la responsabilidad del Estado por violación a obligaciones convencionales³⁴.

No en vano, Hernán MONTEALEGRE planteó (en Montevideo, hace ya más de diez años) la necesidad de abrir camino a un nuevo paradigma: “Yo les expreso: estamos ante un momento de transición, de un derecho antiguo y tradicional a un nuevo derecho. Este nuevo, para que cobre realidad, tiene que ser implementado por los jueces (...) El Juez juega un papel que no puede jugar ningún jurista. Una sentencia de un Juez vale más que muchos volúmenes de tratados. Tienen, en este sentido, el poder jurisdiccional para aplicar la norma y dictar la sentencia que otorgue a los derechos humanos primacía sobre los derechos del Estado”³⁵.

5. Incorporación de la normativa internacional de derechos humanos al derecho doméstico.

Muy brevemente diremos que este dilema nos remite a la vieja discusión entre posiciones “dualistas” y “monistas”, aunque en buena medida la misma puede darse por superada.

³² CANÇADO TRINDADE, “La interacción ...”, p. 243 (destacado nuestro).

³³ CANÇADO TRINDADE, “La interacción ...”, p. 247.

³⁴ Sólo como ejemplo: CtIDH, casos Suárez Rosero (Sentencia de 12/11/97); Genie Lacayo (Sentencia de 29/1/97); Hilaire, Constantine y Benjamin (Sentencia de 21/6/02); Fermín Ramírez (Sentencia de 20/6/05).

³⁵ MONTEALEGRE, Hernán: “Posición que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos en relación con la jerarquía normativa del sistema jurídico nacional. Posible conflicto entre normas internacionales” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Curso de Actualización y complementación*, p.22. Comisión Internacional de Juristas – Colegio de Abogados del Uruguay, Marzo 1993, Montevideo.

En primer lugar, porque ya el propio KELSEN, aún desde una concepción del derecho íntimamente ligada a la noción de coercibilidad estatal, nos habla de la "inevitabilidad de la construcción monista"³⁶.

Pero sobre todo, porque el actual desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos no admite que este sea sacrificado en el pedestal de la soberanía estatal.

En efecto, si los Estados - en el pleno y libre uso de sus facultades soberanas - acordaron someterse a un orden jurídico supranacional (frente a sus individuos y ante la comunidad internacional), en función del alto valor político y democrático de los derechos humanos; si se ratifican tratados y se reconoce la competencia de la jurisdicción internacional y de otros órganos de supervisión sobre el cumplimiento de los tratados; si en definitiva de lo que se trata es de *proteger mejor* lo que embrionariamente ya está previsto en las Constituciones, entonces no puede haber dudas que los Estados están *obligados* a respetar y garantizar los derechos humanos.

El reconocimiento de esta obligación pasa a ser entonces lo crucial. *Si el Estado está obligado a proteger [de la mejor forma] los derechos humanos, no puede haber norma de derecho interno que limite tal protección.* No sería admisible ni lógico que un Estado asuma obligaciones de derechos humanos "hacia fuera" para luego limitarlas (o no aplicarlas) "puertas adentro". No sería aceptable que un Estado se obligue ante la comunidad internacional a respetar determinados derechos reconocidos a la totalidad de los individuos bajo su jurisdicción, para después "escudarse" en razones internas (generalmente apelando a la devaluada noción de soberanía) que lo habilitarían a dejar de cumplir con tales compromisos.

Pero además, resulta especialmente importante tener presente lo dispuesto por el art. 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados³⁷: *"Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento del tratado"*.

³⁶ KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, pp.335 a 445. FCU, Montevideo (sin fecha). Según dicho autor, la tesis dualista llevaría a considerar al derecho internacional "una especie de moral internacional (...) Pero la mayoría de los representantes de la teoría dualista se ven constreñidos a considerar tanto al derecho internacional como al derecho estatal, como órdenes jurídicos simultáneamente válidos, independientes entre sí en su validez y que pueden entrar recíprocamente en conflicto. Esta teoría es insostenible" (p.332).

³⁷ Ratificada por ley 16.173 de 30/3/91.

Por lo tanto, al ratificar la Convención de Viena, *los Estados se han comprometido expresamente a no alegar el derecho interno como excusa para dejar de cumplir con las obligaciones asumidas en un tratado*. Con ello, la discusión sobre la prevalencia puede considerarse jurídicamente zanjada.

Por otro lado, si esta autolimitación del poder del Estado, asumida como una obligación del propio Estado, es luego desconocida en el ámbito doméstico, no solamente se estaría violando el tenor literal del art.27.1 sino además la regla "pacta sunt servanda" del art.26 de dicha Convención: *"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"*.

Finalmente, si estos argumentos no fueran suficientes, se puede invocar nuevamente la especificidad de los tratados en materia de derechos humanos. Como ha dicho BIDART CAMPOS: "Se pretenderá buscar la eximente diciendo que en lo internacional el Estado tiene y asume responsabilidad cuando, en lo interno, otorga preferencia a su derecho interno frente a un tratado que discrepa con él. Pero este alegato no es fértil en materia de tratados sobre derechos humanos, porque precisamente lo que caracteriza y distingue a tales tratados de los tratados clásicos o comunes, es que tienen como objetivo cumplirse y hacerse efectivos en la jurisdicción interna del Estado, dentro de la cual los derechos que ellos reconocen deben ser titularizados y ejercidos por cuantas personas integran la población del Estado (...) Los [tratados] de derechos humanos se ratifican y se incorporan al derecho interno del Estado que en ellos se hace parte, para que esos derechos se hagan efectivos *dentro de la jurisdicción interna*, no para dejar de cumplirlos ni para violarlos con la excusa de que se responderá internacionalmente"³⁸.

Por otro lado, en relación a la ubicación jerárquica de las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, no hay duda que las mismas tienen *rango constitucional*.

El hecho de que el Uruguay no cuente con una cláusula constitucional expresa que establezca la recepción de los tratados de derechos humanos con tal rango (como es el caso de Argentina, Colombia y Perú, entre otros) no es un impedimento, pues contiene una "cláusula de derechos implícitos" (art.72) que muy claramente reconoce otros

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán: "La interpretación del sistema de derechos humanos" en Revista IIDH, N°19, Enero-Junio 1994, p.27.

derechos no enumerados en la Constitución como parte integrante de la misma.

Dicha cláusula es la que justamente permite dar base jurídica cierta para afirmar el *rango constitucional* de los derechos humanos³⁹.

En el plano local, calificada doctrina constitucionalista comparte esta conclusión, al sostener que *la sola ratificación de un tratado sobre derechos humanos implica la incorporación de sus normas con un rango constitucional*. En este sentido, RISSO comparte la afirmación de CAJARVILLE en cuanto a que la inclusión de un derecho en un tratado internacional ratificado por la República es el argumento más fuerte para sostener que se trata de un derecho inherente a la personalidad humana (art.72 Constitución). De este modo, se pueden resolver los problemas interpretativos que surgen de dicha cláusula de derechos implícitos. En función de ello concluye: "La prueba más contundente de que un derecho es inherente a la persona humana, surge justamente de su inclusión en tratados internacionales referidos a los derechos humanos"⁴⁰. Por lo tanto, "la constatación de que un derecho es reconocido como fundamental en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, pone de manifiesto sin mayores dificultades dicho carácter, y por lo tanto habrá que reconocer a dicho derecho rango constitucional conforme al artículo 72 de la Constitución"⁴¹.

De ello se desprende que "la carga de la argumentación se desplaza a quien pretenda que un derecho humano reconocido en un tratado, y pese a dicha regulación, no es inherente a la personalidad humana y por ende carece de rango constitucional conforme al artículo 72"⁴².

³⁹ BIDART CAMPOS sostuvo esta posición *antes de la reforma constitucional en Argentina*, pues el hecho de que "una constitución no de prioridad ni parangone los tratados sobre derechos humanos, no equivale a suponer que el sistema de derechos se nutre y repliega solamente con la constitución y hacia adentro de ella" (BIDART CAMPOS, "La interpretación...", p.26). Ello se debe a la "tipología democrática" de las Constituciones modernas, que participa de la misma filosofía del DIDH, por lo que existe un "único sistema de derechos provenientes de dos fuentes afines: la constitución y el derecho internacional contractual – los tratados" (p.27). Por lo tanto, "no queda margen para ninguna avaricia interpretativa, para ningún egoísmo, para apegos indebidos a incomunicaciones o fronteras entre derecho interno y derecho internacional" (p.33). Un estudio comparativo de las diversas fórmulas de recepción de la normativa de derechos humanos en el constitucionalismo latinoamericano puede verse en DULITZKY, "La aplicación ...", pp. 39 – 50.

⁴⁰ RISSO, Martín: *Derecho constitucional*, T.1, p.351. FCU, Montevideo, 2005.

⁴¹ RISSO, *Derecho constitucional*, p.351.

⁴² RISSO, *Derecho constitucional*, pp.351, 352.

En definitiva, "los derechos humanos no establecidos a texto expreso en la Constitución, pero contenidos en tratados internacionales ratificados por la República, tendrán no sólo rango supralegal, sino jerarquía constitucional, tal como lo impone el artículo 72 de la Constitución, salvo demostración en contrario"^{43 44}.

A todo ello debemos sumar la inclusión en diversos tratados de la "cláusula de la protección más favorable", por la que se establece que las normas internacionales no pueden ser interpretadas como limitaciones de las normas de derecho interno, sino que solamente pueden ampliar tal protección⁴⁵.

Esto quiere decir que, en definitiva, será la *norma más favorable* (la que mejor proteja el derecho en cuestión) la que deberá primar, con lo que el propio DIDH admite la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional en tales casos.

III) LÍMITES NORMATIVOS A LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Bajo el DIDH la prisión preventiva no puede ser indeterminada sino que está limitada, en su duración, por el *derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable*. Esta garantía fundamental surge claramente del PIDCP y la CADH, ambos instrumentos internacionales ratificados por el Uruguay⁴⁶.

El art.9.3 PIDCP establece:

"Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en

⁴³ RISSO, *Derecho constitucional*, p.352.

⁴⁴ Cabe destacar la importancia de que los constitucionalistas se detengan a estudiar este punto, de la mayor trascendencia teórica y práctica para la aplicación del DIDH en el ámbito doméstico. Lamentablemente, en Uruguay, el dato del DIDH es soslayado por la mayor parte de la doctrina constitucionalista, cuando en realidad no es más que un desarrollo de derechos constitucionalmente reconocidos.

⁴⁵ PIDCP art.5.2; CADH art. 29 lit. b).

⁴⁶ El PIDCP fue ratificado por Uruguay el 10/7/1969 por Ley 13.751. La CADH fue ratificada por Uruguay el 8/3/1985 por Ley 15.737 (art.15).

cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Por su parte, el art. 7.5 CADH dispone:

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

En lo que tiene que ver con los órganos de supervisión, a nivel regional, debe destacarse que el Uruguay reconoció expresamente “la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”⁴⁷, requisito indispensable para que funcione el sistema interamericano a su respecto⁴⁸.

Por lo tanto, habiendo reconocido tal competencia en lo relativo a “la interpretación o aplicación” de la CADH, el Estado uruguayo se ha comprometido a aplicar la misma *según las interpretaciones realizadas por tales organismos*. El punto merece especial destaque, pues implica que la obligación estatal consiste en aplicar la CADH *en función de los estándares elaborados por la CtIDH y la CIDH*⁴⁹. Por lo tanto, ningún Estado parte del sistema interamericano puede aplicar la CADH (a nivel interno) en forma que contradiga tales estándares. De este modo, *el sistema interamericano se convierte en una fuente válida de producción de reglas de derecho, aplicables por la jurisdicción doméstica*.

A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos [en adelante CDH] de Naciones Unidas, en su calidad de órgano encargado de la supervisión del PIDCP, ha formulado importantes y reiteradas observaciones al Uruguay sobre prisión preventiva que aún no han sido salvadas, por lo que también nos referiremos a ellas.

⁴⁷ Ley 15.737, art.16.

⁴⁸ CADH arts.45.2 y 62.3.

⁴⁹ En 1992, la Corte Suprema de la República Argentina, en el caso “Ekmedkjián c/Sofovich”, estableció que en toda cuestión referida a la aplicación de un tratado se debe seguir la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretarlo, criterio seguido en los casos Giroldi y Riopar (BOVINO, *Justicia penal...*, pp. 5 y 6).

1. La formulación imperativa de la garantía: carácter autoejecutable y preceptividad de la libertad por vencimiento del plazo razonable.

La formulación del PIDCP y la CADH no deja dudas acerca del carácter *preceptivo* de la libertad por vencimiento del plazo razonable⁵⁰. En efecto, ambos textos utilizan el *imperativo*: “toda persona detenida (...) *tendrá derecho* a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”.

De dicha formulación imperativa surge el carácter *autoejecutable* de la garantía, pues al no establecer condición de especie alguna, resulta directamente aplicable por la jurisdicción doméstica. A diferencia de otras normas de derecho internacional que establecen la obligación de los Estados de adoptar determinadas medidas a nivel interno (de carácter legislativo o administrativo) para la protección de un determinado derecho, en este caso no existe condicionamiento alguno para la aplicación doméstica de la garantía. Es más, como veremos más adelante (Num. 2.2), del derecho internacional no surge una obligación a cargo del Estado de dictar una ley que establezca (en abstracto) un plazo máximo para la prisión preventiva, pues lo razonable del encarcelamiento preventivo depende de cada caso. Por lo tanto, *no siendo necesaria la adopción de medida alguna a nivel interno como requisito previo a la aplicación de la garantía, la misma resulta directamente aplicable por los tribunales locales.*

El hecho de que el derecho internacional contenga una cláusula abierta como la de “plazo razonable” no desvirtúa tales conclusiones. Ciertamente, se puede debatir el alcance de la expresión “plazo razonable”, pero lo que está fuera de discusión es que *el derecho internacional ha establecido un límite temporal al encarcelamiento preventivo*, según el cual, las personas sometidas a prisión preventiva no pueden estar encarceladas por tiempo indeterminado. Bajo la óptica del derecho internacional, el Estado tiene una obligación de juzgar a todo imputado en un determinado plazo, y si no lo hace, *debe proceder a su liberación, sin perjuicio de asegurarse su comparecencia en juicio.*

⁵⁰ Sobre la aplicación de la CADH en el ámbito doméstico, MINVIELLE afirma claramente que “los derechos y garantías de orden procesal penal establecidos por la Convención caen en la órbita del art.1.1: son de aplicación inmediata e incondicional” [MINVIELLE: “La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ...”, p.132].

Por otro lado, ambas normas comienzan por reconocer el “derecho a la libertad personal”⁵¹, protegido a su vez por el art.7 Constitución. Es entonces *a partir* – y como emanación - del (genérico) derecho a la libertad personal, que surge un (específico) *derecho del detenido a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad*.

Como he sostenido anteriormente: “Esto implica entonces que si la persona no es juzgada dentro del plazo razonable, *debe* ser puesta en libertad. Al tratarse de un derecho fundamental (inherente a la persona humana) la formulación es imperativa: no es la posibilidad de ser liberado sino la *obligación del Estado de poner a la persona en libertad*. Esta obligación de liberar al detenido tiene como antecedente lógico la violación del Estado en su obligación de juzgar en un plazo razonable.

En definitiva, *el derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un derecho fundamental del ciudadano, cuya violación por parte del Estado acarrea como sanción, la obligación de otorgarle la libertad al detenido*.

Si esto es así, entonces cuando se viola el plazo razonable los Jueces no tienen la “potestad” sino la “obligación” de liberar al procesado. Esta es la única lectura armónica de las normas de derecho interno, en relación a la normativa de fuente internacional. (...) constatada la violación por parte del Estado, el individuo *debe* ser liberado”⁵².

Por lo tanto, no hay dudas que la violación de la obligación convencional de aplicar la garantía del “plazo razonable” a nivel doméstico es un hecho que da lugar a la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional⁵³.

2. Estándares internacionales para determinar el exceso en la duración del “plazo razonable” de la prisión preventiva.

⁵¹ El acápite del art. 9.1 PIDCP y el del art 7.1 CADH son idénticos en su contenido: “Toda persona [“Todo individuo” en el PIDCP] tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

⁵² CAMAÑO VIERA, Diego: “La excarcelación provisional por gracia en la ley 17.726” en *Medidas alternativas. Discusión y análisis de la ley 17.726 de 26/XII/2003*, pp.247 y 245. Cuadernos de Fundación - Derecho Penal N° 4. FCU, Montevideo, 2004.

⁵³ El fallo Suárez Rosero (CtIDH, Sentencia de 12/11/97) es un buen ejemplo de cómo la jurisprudencia internacional ha establecido la responsabilidad del Estado por violación a esta garantía.

A continuación analizaremos los principales estándares internacionales sobre "plazo razonable" de duración de la prisión preventiva, aplicables todos ellos por la jurisdicción doméstica⁵⁴.

2.1. Necesidad de distinguir el "plazo razonable" de la prisión preventiva del "plazo razonable" de duración del proceso.

Ante todo, se debe distinguir la duración de la *prisión preventiva* de la duración del *proceso*⁵⁵.

Dicha distinción resulta de los propios instrumentos internacionales. En efecto, el art. 7.5 CADH establece el derecho a obtener la libertad, "sin perjuicio de que continúe el proceso"⁵⁶, lo que implica que el *proceso sigue*. Y resulta meridianamente claro que aunque el individuo sea liberado en un breve lapso, puede haber una violación al "plazo razonable" en la duración del proceso si este se prolonga excesivamente, garantía prevista en el art.8.1 CADH de un modo *independiente* a aquella. Incluso puede suceder que un individuo sometido a la justicia penal jamás sea encarcelado y sin embargo su proceso se prolongue excesivamente, con lo cual también el Estado habría incurrido en una violación a la obligación convencional del art.8.1 CADH.

Por lo tanto, si bien normalmente la excesiva duración del proceso traerá como consecuencia una (también) excesiva duración de la detención, puede suceder que, mientras la prisión preventiva no sea demasiado prolongada, la duración del proceso efectivamente lo sea.

Por otro lado, la jurisprudencia internacional ha distinguido ambas valoraciones. Si bien por momentos se observa cierta confusión (al referir indistintamente al "plazo razonable" para la detención preventiva y para el proceso) también ha establecido claramente que el derecho a la libertad por vencimiento del plazo razonable (art.7.5 CADH) impone una *valoración más estricta de dicho plazo*, en relación

⁵⁴ Dados los límites de extensión del presente trabajo, resulta imposible adentrarse en algunas inconsistencias que existen en materia de plazo razonable, tanto en el sistema interamericano como europeo (p.ej referidas a la posibilidad de reincidencia, la seriedad de la infracción o la severidad de la pena como criterios para justificar la imposición de prisión preventiva, aunque vale aclarar que, según la propia jurisprudencia internacional, estas razones, por sí solas, resultan insuficientes para justificar su mantenimiento).

⁵⁵ BOVINO, Alberto: *Justicia penal y derechos humanos*, p.17. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

⁵⁶ El art.9.3 PIDCP establece que la libertad se dispondrá asegurando "la comparecencia del acusado en el acto del juicio".

a la garantía del derecho a ser juzgado en un plazo razonable inherente al debido proceso (art.8.1 CADH). Ello se debe a que en el primer caso está en juego la *libertad personal*, mientras que en el segundo se trata de la garantía debido proceso, inherente a cualquier proceso judicial.

Ello explica el *diferente alcance* que la jurisprudencia internacional ha dado a ambas garantías a partir del caso Wemhoff, en el que la Corte Europea de Derechos Humanos [en adelante CtEDH] estableció que el art.5.3 CEDH (equivalente al art. 7.5 CADH) debe interpretarse a la luz del *derecho a la libertad personal* consagrado en el acápite del propio art.5 CEDH (equivalente al art. 7.1 CADH).

En este caso, la CtEDH expresó: “El Artículo 5, que *empieza con la afirmación del derecho de toda persona a su libertad y seguridad, continúa con la especificación de las situaciones y condiciones en las que se admiten derogaciones a este principio*”. Es en base a ello que “los tribunales nacionales (...) deben determinar si el transcurso del tiempo, por cualquier razón, antes que el acusado sea juzgado, ha excedido en cualquier momento los límites razonables, esto es, imponiéndose un mayor sacrificio que el que, dadas las circunstancias del caso, se puede razonablemente esperar de una persona que se presume inocente”⁵⁷.

En el ámbito regional, la CIDH ha dicho: “Un atraso que constituya violación a la disposición del art.7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1 (...) *El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe el proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio. El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal*”⁵⁸.

⁵⁷ CtEDH, caso Wemhoff, Sentencia de 27/6/1968, Capítulo “En relación a la ley”, párr.5. Traducción libre.

⁵⁸ CIDH, caso Giménez (Informe N° 12/96, Caso 11.245), párrs.110 y 111 (destacado nuestro).

En nuestro medio, MINVIELLE ha señalado que “la duración del proceso es independiente de la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva”⁵⁹.

La actual Jueza de la CtIDH, Cecilia MEDINA pone especial énfasis en la distinción, señalando cuatro premisas básicas: a) la interpretación del art.7.5 debe tener un contenido diferente a la del art.8.1, pues “de lo contrario, el derecho del artículo 7.5 carecería de sentido por falta de contenido propio”; b) ese diferente contenido proviene del distinto ámbito de protección de los arts.7.5 y 8.1, pues mientras el primero protege el derecho a la libertad personal, el segundo refiere al derecho al debido proceso o a un juicio justo; c) debe distinguirse el derecho a ser liberado una vez que han cesado las razones para mantener la detención, del derecho a la libertad por excesiva duración de la prisión preventiva, pues el art.7.5, “para que tenga algún efecto, debe ser interpretado en el sentido que, aún cuando existan razones para mantener detenida a una persona, la persona debe ser liberada si es que el período de detención ha excedido el plazo razonable” y d) la determinación de la razonabilidad del plazo de prisión preventiva “no puede determinarse en abstracto sino que caso a caso”. En base a todo ello concluye que “la única razón para la prisión preventiva es la de proteger el curso normal de la justicia”⁶⁰.

Por lo tanto, se trata de dos cuestiones diferentes, que pueden (y deben) ser analizadas por separado. En definitiva, el plazo razonable para la prisión preventiva es *mucho menor* que el plazo razonable de duración del proceso, pues en aquel lo que está en juego es nada menos que la libertad personal, derecho fundamental de la persona humana, reconocido no sólo por el derecho internacional sino también constitucional⁶¹.

2.2. La imposibilidad de establecer un plazo en abstracto no hace inaplicable la garantía, pues debe procederse al análisis del caso concreto.

⁵⁹ MINVIELLE, Bernadette: “La Convención Americana sobre derechos humanos y las garantías judiciales en el proceso civil y penal” en *La Convención Interamericana de Derechos Humanos*, p.69. Serie Cuadernos N°9. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1989.

⁶⁰ MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, pp.243 a 245.

⁶¹ Arts. 7.1 CADH, 9.1 PIDCP y 7 Constitución.

La expresión "plazo razonable" no permite establecer un *límite fijo* de tiempo sino que remite a una *interpretación*, tendiente a establecer la razonabilidad o irrazonabilidad del plazo de duración de la prisión preventiva en un caso dado.

Como hemos visto, el hecho de que constituya un concepto abierto no impide su aplicación directa por los tribunales locales, no sólo por el carácter obligatorio del DIDH sino también porque *la formulación imperativa de la garantía no deja dudas acerca de su carácter auto-ejecutable, estableciendo un derecho cuya titularidad recae en todo individuo sometido a prisión preventiva.*

Por otra parte, la tarea de interpretación de textos legales es justamente la que caracteriza a la actividad jurisdiccional. *No se puede renunciar a la aplicación del derecho bajo el argumento de que existe un concepto que "necesita ser interpretado"*⁶².

La propia jurisprudencia internacional ha establecido que la imposibilidad de establecer un plazo en abstracto no es un obstáculo para su aplicación, pues la razonabilidad del plazo debe ser analizada *para cada caso en concreto*⁶³.

Es más, la CIDH ha dicho que *del art.7.5 no surge la obligación de los Estados de establecer un límite fijo en sus legislaciones, pues ello depende de cada caso: "(...) los Estados miembros de la Convención no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso.* En vista de que no es posible establecer criterios abstractos de "plazo razonable", se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso. La Comisión ha mantenido siempre que *para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso*⁶⁴.

Por lo tanto, la CIDH ha afirmado claramente que *no existe una obligación convencional de los Estados parte de establecer un plazo máximo (en abstracto) de duración de la prisión preventiva para hacer*

⁶² En puridad, lo que aplican los Jueces son "interpretaciones" de textos, pues no hay texto (legal, literario o religioso) que "exista" sin mediar una interpretación del sujeto cognoscente.

⁶³ El criterio del "caso concreto" ha sido seguido sin fisuras por la CtEDH (a partir del caso Wemhoff), la CIDH (caso Giménez e Informe N° 2/97 de 11/3/97) y la CtIDH (caso Suárez Rosero, Sentencia de 12/11/97).

⁶⁴ CIDH, caso Giménez, párrs.69 y 70 (destacado nuestro).

aplicable la garantía, pues lo razonable del plazo depende de cada caso.

Lo establecido por la CIDH puede resultar desconcertante para aquellos Estados que se han preocupado por establecer un plazo legal máximo de detención preventiva⁶⁵, pues podría habilitar la [a mi juicio errónea] interpretación de que en circunstancias excepcionales el plazo legal puede ser sobrepasado en función de las peculiaridades del caso concreto⁶⁶.

Sin embargo, para aquellos países que no han establecido un límite máximo de duración a nivel interno (como el Uruguay) lo importante pasa a ser el hecho de que *la garantía no puede desaplicarse por "falta de reglamentación interna"*, lo cual subraya su carácter auto-ejecutable, al no existir una obligación a cargo del Estado de dictar un acto legislativo con tal alcance para proceder a su aplicación. En efecto, si el Estado no está obligado a dictar una legislación interna que determine en abstracto el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, ello quiere decir que *se trata de una garantía directamente aplicable por los tribunales locales, que deberán proceder a valorar, en cada caso concreto, si se han cumplido los estándares internacionales en la materia*. Por supuesto, ello obliga a los jueces locales a conocer tales estándares, para lo que resulta necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia internacionales.

En el mismo sentido, cabe destacar la valiosa opinión de MINVIELLE: "Dada la aplicación y operatividad inmediata de la Convención con relación a las normas procesales penales, *la ausencia de normativa interna no exonera al juez nacional de colocar un límite máximo a la prisión preventiva (...)* Hasta tanto no se dicte una normativa interna (...) el juez deberá hacer uso de un criterio de ponderación, a fin de evaluar, en cada caso concreto, la duración razonable del proceso y extraer por esa vía la duración máxima de la cautela privativa de libertad"⁶⁷. Para realizar tal ponderación en cada caso, también propone acudir a los estándares internacionales.

2.3. El principio de inocencia y sus consecuencias.

⁶⁵ Es el caso de Argentina, cuya ley 24.390 lo fijó en 2 años.

⁶⁶ La interpretación es errónea pues el caso concreto puede indicar una violación al plazo razonable aunque no se haya llegado al plazo legal. Dicho plazo es un máximo absoluto que en ningún caso se puede sobrepasar, pero no un parámetro para juzgar cada caso, pues es imposible establecer la razonabilidad del plazo en abstracto.

⁶⁷ MINVIELLE: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ...", p.151 (destacado nuestro).

El principio de inocencia es el que más claramente define al proceso penal del Estado de derecho, pues se trata de una garantía derivada de la *necesidad de juicio previo*⁶⁸ (art.12 Constitución), cuyo significado consiste en exigir una sentencia de condena ejecutoriada como requisito previo a la aplicación de una pena. Por lo tanto, en un Estado de derecho, la *proscripción de la imposición de penas en forma anticipada a una sentencia firme* constituye una garantía fundamental de todo detenido.

Se trata de una garantía definitoria del Estado de derecho, pues justamente uno de los rasgos que permite diferenciarlo del Estado despótico o totalitario, es la posibilidad de castigar a los individuos *sin necesidad* de un juicio previo. De ahí, el alto valor político de esta garantía.

Ambas garantías están íntimamente vinculadas: "Decir que, para someter alguien a una pena, es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad en un delito determinado y le aplique la pena, y que, (...) para obtener legítimamente esa sentencia, es preciso tramitar un procedimiento previo, según la ley, en el que se verifique la imputación, es lo mismo que sostener que, durante el procedimiento, o si se quiere, durante la persecución penal, el *imputado es considerado y tratado como un inocente*, por principio (...) Lo expresado de ninguna manera afirma que el imputado sea inocente hasta el momento en que se dice una sentencia de condena firme, que *constituye* o crea la culpabilidad; se es inocente o culpable (en sentido amplio) en el momento del hecho, según lo que se hizo o se dejó de hacer (...) pero el orden jurídico (normativo) sólo comienza a tratar a una persona como culpable desde el momento en el cual la sentencia de condena queda firme"⁶⁹.

Por lo tanto, *no se trata de una presunción sino de un auténtico principio*, cuyo contenido esencial es el trato como inocente: no importa si el imputado es realmente culpable o inocente, pues lo que el orden jurídico exige es que se lo trate *como si fuera inocente*, hasta que exista una sentencia firme en su contra que destruya tal estado jurídico de inocencia⁷⁰. En conclusión, "el imputado *goza de la misma situación jurídica que un inocente* (...) El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser

⁶⁸ MAIER, Julio B.J.: *Derecho procesal penal, T.I. Fundamentos*, p.490. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

⁶⁹ MAIER: *Derecho procesal penal*, p.487.

⁷⁰ BOVINO: *Justicia penal ...*, pp.94 y 95.

considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo”⁷¹.

A su vez, la más importante consecuencia del principio que obliga a tratar como inocente al imputado “consiste en el reconocimiento del *derecho a permanecer en libertad* durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación”⁷².

2.3.1. La excepcionalidad de la prisión preventiva como principio.

Aunque la CADH y el PIDCP son similares en sus formulaciones, el PIDCP establece, a texto expreso, además de la garantía del “plazo razonable”, el principio de la *excepcionalidad* de la prisión preventiva; esto es, que la misma *no puede ser usada como regla*⁷³.

En base a dicho principio, el CDH de Naciones Unidas – en tanto órgano de supervisión del PIDCP – formuló serias (y reiteradas) observaciones al Uruguay en materia de encarcelamiento preventivo.

Es así que el CDH ha establecido que “las normas relativas a la prisión preventiva no son conformes al art.9 del Pacto. A este respecto, el Comité subraya que, de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, la puesta en libertad debe ser la norma y no la excepción, al contrario de lo que ocurre con arreglo al sistema actual”⁷⁴.

Finalmente, el Comité “sugiere que se revisen los procedimientos de detención a fin de facilitar el pleno ejercicio de los derechos establecidos con arreglo al Pacto. En particular, se debe reformar el procedimiento penal de modo que se base en el principio de la presunción de inocencia (...) Se debería recurrir mucho menos a la prisión preventiva, sobre todo teniendo en cuenta que algunos reclusos han sido víctimas de malos tratos”⁷⁵.

⁷¹ MAIER: Derecho procesal penal, p.492.

⁷² BOVINO: *Justicia penal...*, p.38.

⁷³ PIDCP art.9.3: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”.

⁷⁴ ONU, CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr.9.

⁷⁵ ONU, CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr.13.

Posteriormente, con la aprobación del nuevo CPP (jamás entrado en vigencia), el CDH reiteró esta observación al Uruguay, pues si bien manifestó su "satisfacción por el nuevo Código de Proceso Penal", observó con preocupación "que las normas relativas a la detención preventiva tanto respecto de los imputados como de los acusados no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto. En este sentido, el Comité destaca que, de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, la detención preventiva no debería ser obligatoria"⁷⁶.

Pese a la claridad de tales observaciones, y a más de 12 años de su formulación, el Uruguay aún no las ha salvado, pues mantiene las mismas normas jurídicas sobre prisión preventiva declaradas incompatibles con el PIDCP por el CDH.

Sin embargo, *estas fallas legislativas no impiden a los jueces la aplicación de las normas del PIDCP a nivel interno*, en función del carácter obligatorio del DIDH y su rango constitucional, punto al que ya hemos hecho referencia⁷⁷. Es justamente el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos lo que obliga a los jueces a dar preminencia a aquellos por sobre la legislación nacional. También hemos señalado que el art.7.5 CADH (así como su equivalente, el 9.3 PIDCP) consagra un derecho inherente a la persona humana, y como tal, perfectamente aplicable a nivel interno sin condicionamientos de especie alguna. De no aplicarse, el Estado puede ser llamado a responsabilidad internacional por violación a una obligación convencional. No en vano calificada doctrina procesal afirma que "los jueces penales tienen el deber de omitir la aplicación de toda disposición jurídica de derecho interno que represente una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. También están obligados a aplicar directamente todas las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que contengan exigencias referidas a la detención procesal, aún cuando tales exigencias no estén previstas expresamente en el derecho interno"⁷⁸.

Por otro lado, los jueces locales deben tener presente que, pese a no estar expresamente establecido en la CADH, también la CIDH ha afirmado el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo, como una derivación del derecho a la libertad personal, el principio de inocencia y las garantías del debido proceso. Es así que en Giménez ha

⁷⁶ ONU, CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr.9 lit.b).

⁷⁷ Cap. II.5.

⁷⁸ BOVINO, Alberto: "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p.436. AAVV, CELS, Buenos Aires, 1997.

dicho: "Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa"⁷⁹.

Una importante consecuencia del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva es la *proscripción, bajo el derecho internacional, de la prisión preventiva preceptiva*. En efecto, si se trata de una medida de carácter excepcional, el encarcelamiento preventivo jamás puede resultar obligatorio, pues ello implicaría su aplicación como regla, lo que está expresamente prohibido por el derecho internacional. Aunque en cierta medida, el tema excede a la duración de la prisión preventiva, su trascendencia práctica amerita una referencia.

Con razón, MAIER afirma: "De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él *no puede ser regulado como obligatorio*", tal como sucede "en el caso de los *delitos no excarcelables* (...) Aquí es evidente la intención del legislador de imponer una "pena" antes de la sentencia y a pesar de ella, pues en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada"⁸⁰.

El establecimiento de tales hipótesis "inexcarcelables" en vía legislativa ha sido incluso calificado como un avasallamiento de competencias exclusivamente judiciales, pues "la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. *Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial*. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados "delitos no excarcelables" resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la inexistencia de razones concretas que lo justifiquen, sino

⁷⁹ CIDH, caso Gimenez, párr.84.

⁸⁰ MAIER: *Derecho procesal penal...*, p.525. También PASTOR considera que en estos casos "la prisión preventiva funciona como pena anticipada", sin cumplir fin procesal alguno (PASTOR, Daniel R.: "El encarcelamiento preventivo" en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, p.55. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993).

que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de funciones exclusivamente judiciales (...) Frente a tal situación, *es obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro [procesal] en el caso sometido a su decisión*. El legislador sí estaría autorizado, en cambio, a establecer diferentes circunstancias de hecho que, una vez comprobadas por el tribunal en el caso específico, pueden ser tenidas en cuenta para la determinación concreta de peligro procesal”⁸¹.

No obstante, nuestra jurisprudencia es unánime en aplicar prisión preventiva preceptiva para todos los delitos con pena mínima de penitenciaría, haciendo abstracción de la normativa internacional e incluso pretendiendo justificar la medida en base a lo dispuesto en el art.27 Constitución.

Asimismo, entiende como regla que cuando haya de recaer pena de penitenciaría no procede la excarcelación, pese a aquellos casos en que – excepcionalmente - ha concedido libertades en tales casos. Al final de este trabajo haremos una referencia a la jurisprudencia local en la materia. Por ahora, sólo interesa señalar que la práctica habitual de nuestra jurisprudencia es aplicar una interpretación *a contrario* del art.27 Constitución, de la cual se desprendería la imposibilidad de excarcelar en tales casos. En realidad, se trata de una *interpretación errónea del texto constitucional*, pues *una prohibición no puede surgir sino de una norma explícita que la establezca*, y ese no es el caso del art.27 Constitución.

Recientemente, destacada doctrina constitucionalista rechaza la interpretación jurisprudencial dominante del art.27 en los siguientes términos: “La interpretación a contrario respecto al artículo 27 no puede ser admitida por varias razones: en primer lugar en razón de que las normas que establecen derechos no pueden ser objeto de interpretación a contrario (...) sino que corresponde que sean objeto de una interpretación expansiva; pero, principalmente, dicha interpretación a contrario significaría que por esa vía se extraería una excepción a un principio general de libertad, y para esto se requiere de texto expreso que no existe en la especie. En síntesis, la interpretación a contrario del artículo 27 no puede ser admitida ya que se estaría indebidamente limitando el principio general de libertad. Distinto sería que la Carta expresamente dijera que no se puede poner en libertad al

⁸¹ BOVINO, “El encarcelamiento preventivo ...”, pp.452 y 453 (destacado nuestro).

acusado cuando puede recaer pena de penitenciaría, pero la Constitución no dice esto”⁸².

En definitiva, las normas internacionales de derechos humanos imponen la excepcionalidad de la prisión preventiva; o lo que es lo mismo, que la excarcelación debe ser la regla. Y para ello no establece limitación alguna, por lo que mal puede imponerla el intérprete. Incluso en el caso de los delitos con pena mínima de penitenciaría es posible la excarcelación (y por tanto el procesamiento sin prisión), aplicando directamente el DIDH, si la valoración concreta de las circunstancias del caso permiten descartar el peligro procesal de frustración del proceso que justifica la prisión preventiva. Ello en ninguna medida contradice el art.27 Constitución que no prohíbe la excarcelación en tales casos, no existiendo contradicción entre la normativa internacional y la interna⁸³.

En lo que tiene que ver con la duración de la prisión preventiva, no pueden haber dudas que aún en los casos en que sea presumible que habrá de recaer pena de penitenciaría, la excarcelación por “plazo razonable” procede, al no existir una auténtica contradicción entre el texto constitucional y la normativa internacional.

Finalmente, debe señalarse que, para que sea efectivamente excepcional, el encarcelamiento preventivo debe ser imprescindible para evitar los peligros procesales que lo justifican (peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria); esto es, “que ellos no puedan ser evitados acudiendo a otros medios de coerción que, racionalmente, satisfagan el mismo fin con menor sacrificio de los derechos del imputado. Sólo así aparecerá claro que *la privación de la libertad debe ser, en el proceso penal, un medio de coerción de utilización excepcional*”⁸⁴.

Más lejos aún llega BOVINO, al afirmar que del principio de excepcionalidad no sólo se deriva la “obligación de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad” sino la obligación de “aplicar *siempre* la medida *menos gravosa*, incluso en aquellos casos en los cuales se

⁸² RISSO, *Derecho constitucional*, pp.579 y 580.

⁸³ Vale destacar que RISSO señala expresamente la inexistencia de contradicción entre la normativa internacional e interna, pues “el Pacto [CADH] no sólo reconoce sino que amplía el alcance del art.27 de la Carta” (RISSO, ob.cit., p.580).

⁸⁴ MAIER, *Derecho procesal penal*, p.524.

debe elegir entre medidas no privativas de libertad – v.gr., entre caución juratoria y caución real”⁸⁵.

Por otra parte, en base a lo establecido por el CDH en el Caso Mukong, sostiene que la “estricta necesidad de la medida restrictiva de la libertad” es un “presupuesto cuya ausencia determina la arbitrariedad de la detención”⁸⁶.

Razones de espacio nos impiden ingresar a la (nada sencilla) distinción entre “ilegalidad” y “arbitrariedad” de la detención del derecho internacional. Basta señalar que, en el citado Caso Mukong, el CDH sostuvo que el concepto de arbitrariedad es *más amplio* que el de ilegalidad, por lo que *una prisión preventiva innecesaria configura una hipótesis de detención arbitraria*⁸⁷. A mi juicio, la misma conclusión resulta aplicable a la prisión preventiva que se extiende más allá del “plazo razonable”. El hecho de que dicha prolongación pueda resultar amparada por la legislación interna no le quita el carácter de arbitraria, pues *una prisión preventiva excesiva no puede ser “necesaria”*.

2.3.2. Naturaleza cautelar de la prisión preventiva.

La naturaleza cautelar de la prisión preventiva está íntimamente vinculada a su carácter excepcional. En efecto, si como hemos dicho, esta sólo se puede imponer cuando resulta “absolutamente indispensable”, entonces debemos ver en qué casos resulta necesaria.

La necesidad de la prisión preventiva surge de su naturaleza jurídica de medida cautelar. Siendo el encarcelamiento preventivo un instituto procesal, no confundible con la pena, entonces la misma sólo puede servir finalidades procesales. Por eso, doctrinariamente existe acuerdo en señalar que la prisión preventiva, como medida cautelar, sólo puede justificarse para evitar dos tipos de peligros procesales: el “*peligro de fuga*” o el “*peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria*”. Tan sólo en esos casos se justifica la privación de libertad del imputado”⁸⁸.

⁸⁵ BOVINO, *Justicia penal ...*, p.38. En el mismo sentido MINVIELLE: “La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ...”, p.145.

⁸⁶ BOVINO, *Justicia penal ...*, p.38.

⁸⁷ O’DONNELL, Daniel: *Derecho internacional de los derechos humanos*, pp.288, 289. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

⁸⁸ MAIER, *Derecho procesal penal*, p.524.

Ambos peligros procesales conspiran contra el normal desarrollo del proceso, al poner en riesgo tanto la averiguación de la verdad como la efectiva aplicación del derecho. Los referidos supuestos de peligro han sido reconocidos por la mayoría de la doctrina⁸⁹.

La asignación de fines procesales a la detención preventiva también ha sido señalada por diversos órganos de supervisión de los tratados. La CIDH ha dicho: "El objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable que el acusado podrá *evadir la justicia, obstaculizar la investigación intimidando a los testigos o destruir evidencia*"⁹⁰.

Asimismo, en Suárez Rosero, la CtIDH claramente estableció que existe una obligación estatal "de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, y que no eludirá la acción de la justicia, pues *la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*"⁹¹.

La importancia de este fallo ha sido destacada por BOVINO, "pues ha eliminado toda discusión posible sobre la eventual legitimidad de los supuestos sustantivos que pretenden justificar el encarcelamiento preventivo. El pronunciamiento de la Corte Interamericana, en consecuencia, ha puesto en evidencia la absoluta ilegitimidad de toda privación de libertad preventiva aplicada con fines no cautelares, esto es, con fines sustantivos"⁹².

2.3.3. El principio de inequivalencia entre prisión preventiva y pena.

Finalmente, uno de los desarrollos más recientes e interesantes en la materia, tienen que ver con el alcance que debe dársele al principio de proporcionalidad. Tradicionalmente, se ha sostenido que la prisión preventiva debe ser *proporcional* a la pena que se espera, no pudiendo jamás superarla en gravedad.

⁸⁹ BOVINO, *Justicia penal ...*, p.40.

⁹⁰ CIDH, Caso Giménez, párr.84 (destacado nuestro).

⁹¹ CtIDH, Caso Suárez Rosero, párr.77 (destacado nuestro).

⁹² BOVINO, *Justicia penal ...*, p.42.

Actualmente, se entiende que esta pauta no es capaz de introducir una limitación efectiva a la duración de la prisión preventiva, al estar atada a la (eventual) pena a recaer. De este modo, se reproduce la asimilación sustancialista entre pena y prisión preventiva, pretendiendo establecer una relación (de proporcionalidad) entre ambas.

Más bien, la exigencia de diferenciar ambos institutos sólo se satisface a través de una *falta de proporcionalidad* entre pena y prisión preventiva. Dicho de otro modo: *si se quiere respetar su naturaleza jurídica, la prisión preventiva jamás puede ser equivalente a la pena*. Por ende, el parámetro no es la equivalencia sino, justamente, la *inequivalencia* entre prisión preventiva y pena.

Ha sido SERGI quien por primera vez introdujo la noción de inequivalencia, partiendo de la observación de que el principio de proporcionalidad "ha operado como límite (en el caso de los delitos leves) y también como justificación para la prolongación del encierro preventivo (en el caso de los delitos con penas graves)"⁹³.

Se apoya en lo señalado por la CIDH en cuanto a que "la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento preventivo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención"⁹⁴.

Y concluye que la proporcionalidad debe ser dejada de lado cuando "no opera como límite sino como justificación de la prolongación del encarcelamiento preventivo, para darle lugar a un criterio más restringido: *el principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia entre la pena y la prisión preventiva*. De acuerdo con esta nueva formulación del antiguo principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo *nunca* puede equivaler a la duración de la pena"⁹⁵.

Recientemente, afinando el concepto, señala que "la medida cautelar debe ser inequivalente a la pena, y dicha equivalencia debe evitarse en calidad y en cantidad". Lo primero exige un trato diferenciado entre procesado y condenado, y lo segundo "evitará que el tiempo de la medida cautelar sea equivalente a la posible condena de encierro,

⁹³ SERGI, Natalia: "Límites temporales a la prisión preventiva" en *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, p.137. Editores del Puerto, Bs.As., 2001.

⁹⁴ CIDH, Caso Giménez, párr.88.

⁹⁵ SERGI, "Límites temporales ...", pp.137, 138.

estableciendo un plazo menor". A efectos de evitar la equivalencia cuantitativa, propone tomar los períodos que "la ley [argentina] establece para obtener las salidas transitorias y la semilibertad. En ese momento, el preso preventivo obtendrá la libertad y no las salidas transitorias o semilibertad en la prisión preventiva. De este modo, nunca llegará a equiparar la situación de la medida cautelar y la condena, pues, si hubiese sido condenado habría obtenido las salidas transitorias o semilibertad, y no la libertad"⁹⁶.

Lo importante (sin entrar a valorar la concreta solución propuesta) es que a partir del reconocimiento del principio de inequivalencia, la tarea pendiente es la de *buscar criterios para diferenciar la prisión preventiva de la pena*, para lo cual es posible tomar en cuenta determinadas pautas establecidas en la propia legislación interna. Esta tarea se debe hacer evitando toda posible asimilación entre ambos institutos, y sacando partido de sus diferencias, de modo de establecer criterios de limitación temporal al encarcelamiento preventivo. *Es a partir de la diferenciación (y no de la asimilación) entre ambos institutos, que es posible elaborar criterios limitativos de duración de la prisión preventiva, desde el punto de vista de la inequivalencia.*

Calificada doctrina procesal ha adherido con entusiasmo a esta nueva formulación del principio de proporcionalidad, al punto de sostener: "Poco importa cuál es la finalidad – procesal o no – del Estado al imponer la medida si no se respeta la proporcionalidad; poco importa si se respeta la exigencia de excepcionalidad para quienes resulten efectivamente detenidos, si ello permite que se apliquen medidas materialmente idénticas a las sanciones represivas sustantivas. (...) sólo la proporcionalidad – en realidad, la falta de ella –, será la única exigencia derivada del principio de inocencia capaz de producir efectos prácticos en el mundo real para eliminar los abusos cotidianos de la justicia penal"⁹⁷.

En definitiva, lo trascendente del *principio de inequivalencia* es que, bajo su óptica, la duración de la prisión preventiva debe ser *sustancialmente menor* que la eventual pena, debiéndose buscar en el ordenamiento jurídico interno criterios de diferenciación, de modo de satisfacer – de la mejor forma posible – la necesidad de evitar toda posible equiparación entre el instituto procesal y el sustantivo.

⁹⁶ SERGI, Natalia: "Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo" en *Estudios sobre Justicia Penal. En homenaje al Profesor Julio B.J. Maier.*, pp.480 – 482, 484, 485. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2005.

⁹⁷ BOVINO, *Justicia penal ...*, p.116.

IV) JURISPRUDENCIA DOMÉSTICA SOBRE “PLAZO RAZONABLE”: LA FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES.

El análisis de la jurisprudencia⁹⁸ sobre “plazo razonable” demuestra que los estándares sobre prisión preventiva que acabamos de reseñar no han sido considerados.

En realidad, cuando se han otorgado excarcelaciones frente a preventivas prolongadas, esto ha obedecido a razones sustantivas o a la aplicación de criterios de justicia en casos extremos, relacionando la garantía del plazo razonable con situaciones patológicas de nuestra justicia penal, de lo que se derivaría su carácter excepcional.

Es así que en varios casos la jurisprudencia ha intentado evitar aquellas situaciones en que la prolongación de la prisión preventiva coloca al imputado en peor situación que al condenado, como sucede cuando se le coarta la posibilidad de obtener la libertad anticipada (sólo accesible para los condenados)⁹⁹ o cuando el tiempo de prisión preventiva es superior a la (eventual) pena de cumplimiento efectivo¹⁰⁰.

Sin embargo, otros fallos establecen que ni siquiera el hecho de poder acceder a la libertad anticipada es admisible como argumento para excarcelar, debido a que es a la Suprema Corte de Justicia a quien compete conceder la libertad anticipada¹⁰¹.

En relación a la pena eventual, hay jurisprudencia que afirma que la excarcelación por plazo razonable “no puede predeterminarse de antemano, por una circunstancia, como el cumplimiento de la mitad de la condena sufriendo preventiva”¹⁰², con lo cual se desconoce el principio de inocencia, y en especial, la inequivalencia entre prisión preventiva y pena.

⁹⁸ Se incluye solamente jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones, por ser quienes tienen el control de la actividad de los Tribunales inferiores.

⁹⁹ TAP 1º, Sent. 41/89, en *Revista de Derecho Penal* [en adelante *RDP*] N°9, p.142, c. 345; TAP 3º, Sent. N° 9/89 en *RDP* N° 9, p.138, c. 338..

¹⁰⁰ TAP 3º, Sent. 89/89, *RDP* N° 9, p.143, c. 347.

¹⁰¹ TAP 1º Sent. 164/97 en *RDP* N° 11, p.303, c.419; TAP 2º Sents. 36/95 y 30/97 en *RDP* N°11, pp.301 y 309, cc.416 y 435; TAP 3º Sent. 222/94 en *RDP* N°11, p.306, c.428.

¹⁰² TAP 1 Sent.208/01 en *RDP* N°14, p.335, c.78.

Si bien en un caso aislado el cumplimiento de la mitad de la pena fue un factor decisivo para la excarcelación, ello fue acompañado de otras consideraciones sobre el fondo¹⁰³.

Sin embargo, el mismo tipo de consideraciones sustantivas han llevado a la jurisprudencia a negar libertades por plazo razonable. Esto sucede cuando se sostiene que la concesión de la libertad podría implicar un pronunciamiento sobre el monto de la pena, reservado para el momento de la sentencia¹⁰⁴. En estos casos, son razones de "oportunidad procesal" las que conspiran contra una efectiva protección del derecho a la libertad personal.

Ello se relaciona con el criterio jurisprudencial según el cual el anuncio de pena de penitenciaría por parte del Ministerio Público constituye un argumento decisivo para negar la libertad. Resulta sumamente gráfica la expresión del TAP 1: "Salvo casos claros, muy definidos, el Tribunal tiene por norma ratificar la denegatoria de excarcelación cuando el sumario se ha concretado en un acto acusador que requiere una condena obstativa. De no hacerlo, definiría una situación que debe resolverse en sede natural, en la sentencia definitiva"¹⁰⁵.

No obstante, en varios casos posteriores el mismo Tribunal se pronunció favorablemente a la excarcelación pese al anuncio de pena obstativa, pues "el anuncio de pena impediendo de la libertad provisional no puede devenir en obstáculo inamovible si, como ocurre en autos, existen otros argumentos que el juez valora como opuestos a dicha afirmación"¹⁰⁶.

Ello demuestra que normalmente el monto de la pena se discute *antes* de la sentencia definitiva, introduciendo consideraciones sustantivas a efectos de resolver la excarcelación.

¹⁰³ El TAP sostuvo: "(...) especulando con que la sanción a imponer no fuera inferior a los cuatro años, el encausado ya ha superado holgadamente la media pena. Otro extremo a considerar, es el hecho de que el motociclista también se encontraba alcoholizado, por lo que la culpa del encausado se verá seguramente disminuida" (TAP 1, Sent.147/00 en *RD P N°13*, p.763, c.94).

¹⁰⁴ TAP 1 Sent.218/02, en *RD P N°15*, p.457, c.206 (con cita de Sents. 158/84 y 131/87); TAP 3 Sent. 98/94 en *RD P N°11*, p.304, c.423.

¹⁰⁵ TAP 1, Sent. 164/97 en *RD P N°11*, p.302, c.419, Sent. 17/98 en *RD P N°12*, p.326, c.153. En el mismo sentido, TAP 2 Sent.316/94 en *RD P N° 11* p.308, c.431.

¹⁰⁶ TAP 1 Sent.92/98 y con el mismo criterio Sents. 94/98 y 219/98, en *RD P N° 12*, pp.327 – 328, cc.154, 155 y 156. En otro caso sostuvo que el anuncio de pena obstativa "no deja de ser una probabilidad al no existir aún una petición concreta" (Sent.147/2000 TAP 1° en *RD P N° 13*, p.763, c. 94).

Tampoco es extraño encontrar pronunciamientos sobre las circunstancias del hecho e incluso la peligrosidad del detenido en resoluciones judiciales para denegar excarcelaciones¹⁰⁷. En tales hipótesis, habrá que verificar si el Tribunal emitió una opinión concreta que compromete su imparcialidad en el caso (prejuzgamiento).

Finalmente, resulta preocupante observar que reiteradamente se ha aludido a la CADH como una "norma programática", cuya falta de reglamentación interna (dictando una ley que establezca un plazo razonable en abstracto) haría imposible su aplicación doméstica¹⁰⁸.

Y resulta sorprendente que para afirmar el pretendido carácter programático se haya invocado la jurisprudencia de la CtEDH, en cuanto señala la "imposibilidad de traducir el concepto de plazo razonable en un número fijo de días, semanas, de meses o de años"¹⁰⁹. De este modo, al no ser posible fijar un plazo en abstracto y no haberse dictado una ley que lo establezca, la garantía no podría ser aplicada. El razonamiento es erróneo pues, como hemos visto, la única conclusión que se puede extraer de la imposibilidad de establecer un plazo en abstracto es que el "plazo razonable" debe analizarse caso a caso¹¹⁰. Esta es en realidad la única consecuencia de lo afirmado por la CtEDH, que afirmó la imposibilidad de establecer un plazo en abstracto con la sola finalidad de establecer criterios que permitan valorar la razonabilidad del plazo en cada caso en concreto. Es justamente la imposibilidad de fijar un plazo en abstracto la razón que impone valorar cada caso en particular, pero ello *para aplicar la garantía*, nunca para postular su desaplicación.

¹⁰⁷ TAP 2 Sent.316/94 en *RDP N°11*, p.308, c.431. En un caso se justificó la prisión preventiva en base a la "gravedad y complejidad de los delitos cometidos", sosteniendo que resulta inaceptable "exigir prisas y urgencias a la hora del esclarecimiento de eventos que se han cometido al amparo de una ingeniosa, como cuidada y razonada operativa" (TAP 2 Sent.345/03 en *RDP N°15*, p.457, c.207).

¹⁰⁸ TAP 1 Sent.74/94 en *RDP N°11*, p.305, c.427; TAP 3 Sent.222/94 y 212/96 en *RDP N°11*, pp.306 y 309, cc.428 y 432. Incluso en un caso se afirmó que "no debe ni puede decretarse la defunción de la soberanía nacional en base a una normativa cuasi programática tanto por su indefinición sustantiva cuanto por la total imprecisión cronológica, para ejercitar una "garantía jurisdiccional" bien que no, constitucional. Por otra parte, este Cuerpo que es un celoso defensor del sistema garantista tampoco ignora que la "Convención Americana de Derechos Humanos" (CADH) plasmó en un tiempo socio-político pautado por la ausencia de garantías, lo cual indica que tuvo una precisa "ratio-legis" o finalidad teleológica, sin desconocer otras realidades obvias a las cuales también comprende" (TAP 3 Sent. 230/94 en *RDP N°11*, pp.306, 307, c.429).

¹⁰⁹ TAP 1 Sent.74/94 en *RDP N°11*, p.305, c.427.

¹¹⁰ Cap III.2.2.

Por lo tanto, la ausencia de una ley interna que establezca un plazo en abstracto no es un impedimento para la desaplicación de la garantía. Máxime si tenemos presente lo dicho por la CIDH en cuanto a que ni siquiera existe una obligación internacional de fijar legalmente un plazo¹¹¹.

El TAP 2 ha interpretado correctamente que de la jurisprudencia de la CtEDH se desprende "la necesidad de evaluar el plazo que ha insumido el proceso, de manera casuística". Sin embargo, acto seguido afirma: "Es evidente que esa duración está en relación con la gravedad y complejidad de los delitos cometidos, del número de involucrados, de la necesaria investigación requerida para desentrañar la trama, de la cooperación de los justiciables"¹¹². De este modo, se desvirtúa la naturaleza procesal de la prisión preventiva, al hacerse jugar aspectos que tienen que ver con el fondo del asunto, como la gravedad del delito o la severidad de la pena legalmente establecida.

Finalmente, múltiples sentencias traslucen la interpretación *a contrario* del art.27 Constitución, que lo transforma en un obstáculo para la excarcelación cuando el delito imputado tiene una pena mínima de penitenciaría. Un pronunciamiento muy claro en este sentido proviene del TAP 2, cuando afirma: "La previsión constitucional del Pacto de San José de Costa Rica, por el cual, todo encausado tiene derecho a la libertad provisional, cuando la tramitación del proceso excede del tiempo razonable, no configura en la sistemática procesal uruguaya, el principio o regla; por el contrario, cuando la pena a recaer es de penitenciaría, el designio constitucional obsta al otorgamiento de la libertad provisional (art.27 de la Constitución) y sólo en casos excepcionales – que no es el presente – puede otorgarse la excarcelación"¹¹³.

El mismo criterio surge expresado en una sentencia en la que, si bien se reconoce que "el art.15 de la ley 15.737 puso en vigencia como Derecho Interno a la Convención de Derechos Humanos", acto seguido afirma que "en la interpretación de normas, lo cierto es que la

¹¹¹ Ya hemos visto (Cap.III.2.2) que según la CIDH "los Estados miembros de la Convención *no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso*" (Caso Giménez, párr.69).

¹¹² TAP 2 Sent.345/03 en *RDP N° 15*, p.457, c.207. En sentido similar, el TAP 1 sostuvo: "El plazo razonable de la norma internacional invocada, debe estar referido a las conducta en examen y las normas punitivas aplicables" (TAP 1 Sent. 218/02 en *RDP N°15*, p.457, c.206).

¹¹³ TAP 2 Sent.316/94 en *RDP N°11*, p.308, c.431. En el mismo sentido, TAP 1 Sent. 147/95 en *RDP N° 11*, p.305, c.426; TAP 3 Sent.98/94 en *RDP N° 11*, p.304, c.423.

jurisprudencia práctica ha recogido en numerosos pronunciamientos el criterio de la excepcionalidad para conceder libertades, que de otro modo se verían bloqueadas por la disposición constitucional¹¹⁴.

Por lo tanto, mientras para el DIDH la regla general es la libertad y el encarcelamiento la excepción, en nuestra praxis judicial es exactamente al revés: la excarcelación constituye una excepción a la la prisión preventiva.

Con lo visto hasta ahora surge claro que la jurisprudencia local no ha dado aplicación a los estándares internacionales en materia de prisión preventiva.

En los casos que ha concedido libertades por plazo razonable esto ha sido motivado por razones diferentes a las derivadas de la aplicación del DIDH. Se trata de casos que son tratados como patológicos o excepcionales, en los que las motivaciones de los fallos traslucen más bien razones sustantivas o de justicia material, generalmente para evitar un peor trato del imputado en relación al condenado.

Sin embargo, la tendencia de fallos recientes ha sido incluso limitativa de esta posición, al afirmarse por ejemplo que el cumplimiento de la mitad de la eventual pena no es argumento suficiente, o que razones procesales impiden un pronunciamiento previo a la sentencia de condena.

En definitiva, la invocación al "plazo razonable" no ha venido acompañada de la aplicación de los estándares internacionales en la materia sino que obedece a la necesidad de paliar situaciones aberrantes ocasionadas en el funcionamiento práctico de la justicia penal. La ausencia de toda mención al principio de inocencia y la inexistencia de desarrollos en torno al derecho a la libertad personal demuestran que la jurisprudencia no ha advertido la trascendencia de los derechos que se vulneran con la prisión preventiva. Además, la falta de invocación de las normas y estándares internacionales revela la escasa influencia del DIDH en la jurisprudencia doméstica. Por lo tanto, en los hechos, los límites al poder punitivo durante el enjuiciamiento están muy lejos de ser una realidad tangible de nuestra justicia, pese a estar establecidos normativamente. Ello redundaría en una violación sistemática de los derechos de todos los imputados

¹¹⁴ TAP 1 Sent. 228/94 en *RDP N°11*, p.307, c.430.

encarcelados y constituye un riesgo latente para aquellos que en un futuro lo serán.

Para revertir esta situación a largo plazo es necesaria la adopción de medidas legislativas en materia de prisión preventiva; pero en lo inmediato es tarea primera de la jurisprudencia la protección efectiva de los derechos humanos, a través de la aplicación de las normas y estándares internacionales. Ello servirá no solamente para evitar la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional sino fundamentalmente para asegurar el respeto de los derechos de todos y cada uno de los detenidos.

Bibliografía

BOVINO, Alberto: "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. AAVV, CELS, Buenos Aires, 1997.

BOVINO, Alberto: *Justicia penal y derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

CAMAÑO VIERA, Diego: "La excarcelación provisional por gracia en la ley 17.726" en *Medidas alternativas. Discusión y análisis de la ley 17.726 de 26/XII/2003*. Cuadernos de Fundación - Derecho Penal N° 4. FCU, Montevideo, 2004.

DULITZKY, Ariel E.: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. CELS – Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

MAIER, Julio B.J.: *Derecho procesal penal, T.I. Fundamentos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MEDINA, Cecilia – NASH, Claudio: *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2003.

MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2005.

MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 2/87*. FCU, Montevideo, 1987.

- MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos y las garantías judiciales en el proceso civil y penal" en *La Convención Interamericana de Derechos Humanos*. Serie Cuadernos N° 9. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1989.
- O'DONNELL, Daniel: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.
- PASTOR, Daniel R.: "El encarcelamiento preventivo" en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- RISSO, Martín: *Derecho Constitucional, Tomo I*. FCU, Montevideo, 2005.
- SERGI, Natalia: "Limites temporales a la prisión preventiva" en *Nueva Doctrina Penal, 2001/A*. Editores del Puerto, Bs.As., 2001.
- SERGI, Natalia: "Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo" en *Estudios sobre Justicia Penal. En homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2005.