

mentalidade
inquisitória e
processo
penal no
Brasil

ESCRITOS EM
HOMENAGEM AO
PROF. DR.
JACINTO NELSON DE
MIRANDA COUTINHO

Los fundamentos normativos de la
prisión provisional en el sistema
penal acusatorio

Carlos A. Mejías Rodríguez

Separata

Os organizadores:

Marco Aurélio Nunes da Silveira

Professor Adjunto de Direito
Processual Penal da UFPR.
Doutor em Direito do Estado
(UFPR). Mestre em Direito das
Relações Sociais (UFPR).
Coordenador do Bacharelado em
Criminologia do Centro
Universitário Curitiba
(UNICURITIBA). Presidente do
Observatório da Mentalidade
Inquisitória.

Leonardo Costa de Paula

Professor da Faculdade CNEC-
RJ. Doutor em Direito do Estado
(UFPR). Mestre em Direito
Público (UNESA). Vice-presidente
da Comissão Nacional Científica
e Acadêmica da ABRACRIM.
Coordenador da EBDCRIM. Vice-
presidente do Observatório da
Mentalidade Inquisitória.

MENTALIDADE INQUISITÓRIA E PROCESSO PENAL NO BRASIL

**Escritos em homenagem ao
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

VOLUME 5

FICHA CATALOGRÁFICA

M549

Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: volume 5 / Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira; Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

(Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil; 5)

800 p.

ISBN: 978-85-53151-09-7

1. Processo penal. 2. Reforma processual penal. I. Nunes da Silveira, Marco Aurélio. II. Paula, Leonardo Costa de. III. Título. V. Série

CDU: 343.1

OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA

Presidente de Honra	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Presidente	Marco Aurélio Nunes da Silveira
Vice-presidente	Leonardo Costa de Paula
Diretora Executiva	Camilin Marcie de Poli
Coordenador de Pesquisa	Giovani Frazão Della Villa
Coordenador de Ensino	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Coordenador Editorial	Marco Aurélio Nunes da Silveira
Conselho Editorial	Fauzi Hassan Choukr Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Jacson Luiz Zilio Leonardo Costa de Paula Marco Aurélio Nunes da Silveira Marília Denardin Budó Maurício Stegemann Dieter Priscilla Placha de Sá Victoria-Amália de B. C. Gozdawa de Sulocki
Editor-chefe	Marco Aurélio Nunes da Silveira
Assistente editorial	Muriel Brenna Volz
Endereço	Rua Washington Mansur, n. 343 – Bairro Ahú Curitiba – Paraná – CEP 80.540-210 www.observatoriommi.org.br

Os direitos de edição deste livro são reservados ao Observatório da Mentalidade Inquisitória. É vedada a edição ou reprodução, total ou parcial, deste livro, sob qualquer forma ou denominação, sejam quais forem os meios empregados, sem permissão expressa e por escrito.

LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Carlos Alberto Mejías Rodríguez¹

“... en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo.”
Cesare Bonesa, marqués de Beccaria
(*De los delitos y de las penas*. Ed, Alianza S.A, Madrid, 1968, p.82.)

PROEMIO

Hace algunos años Bodes dijo, “... que el sistema de enjuiciar, aunque es un factor que influye, no es esencialmente determinante en cuanto al mantenimiento en prisión provisional del acusado...”², planteamiento, que quizá estuvo imbuido por el carácter axiológico que alcanza la toma de la decisión sobre la medida cautelar y en el que juega un papel importante la política criminal de los Estados que promueven en cada momento histórico, un mayor o menor uso de la justicia penal y la prisión; cuestión que además se constata en la actualidad, con

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor titular, Coordinador de posgrados del Centro de Ciencias Jurídicas de Puebla, México.

² BODES Torres, Jorge. *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, ed., Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p.212

variados ejemplos que demuestran que no ha sido la implementación del sistema de justicia penal de corte acusatorio, el que resuelve las complejidades que la prisión provisional plantea.³

Sin embargo, ya no hay dudas de que la norma procesal es el reflejo del sistema de enjuiciar y en la medida en que sus componentes legales exijan determinadas, garantías, deberes, obligaciones, requisitos, presupuestos y prerrogativas a sus intervinientes y muy especialmente a las partes; el intérprete y operario del sistema, estarán en mejores condiciones de aplicar con racionalidad y objetividad la medida preventiva que más afecta los consabidos derechos individuales en el ámbito del derecho penal.

El tema no es pacífico. Uno de los aspectos más deficitarios del discurso jurídico-penal en Latinoamérica está constituido por el encarcelamiento preventivo, institución problemática que plantea, disfunciones marcadas entre la norma y la realidad; bastaría con observar las cifras de los llamados “presos sin condena”⁴ para percatarnos de que aun los países de la región que han asumido el sistema acusatorio de

³ “El uso excesivo de la prisión preventiva constituye uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y constituye un problema estructural inaceptable en una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia.” Véase el Resumen Ejecutivo del Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas elaborado y aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) OEA/Ser .L/V/II.163 Doc. 105, 3 julio 2017, Consultado el 2 de Agosto de 2018 en sitio web: www.cidh.org

⁴ Al respecto ver los informes periódicos sobre la situación carcelaria en los países latinoamericanos elaborados por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Costa Rica. Investigaciones realizadas recientemente demuestran que: “El caso de los presos y presas sin condena era y continúa en gran medida siendo dramático e irónico, por cuanto un porcentaje importante de estas personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan sobreesádas o absueltas. Otro alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia. Se invierten entonces las etapas del proceso, ya que durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad”. CARRANZA, Elías. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer? Visible el 6 de febrero de 2015 en sitio www.anuariodch.uchile.cl

enjuiciar; la libertad como valor y garantía de los derechos fundamentales sigue siendo vulnerada⁵.

La discusión de antaño, se ha enfocado en los tres asuntos que en este trabajo traemos igualmente a discusión: las razones que justifican la medida cautelar de prisión provisional, los términos razonables de permanencia y la pertinencia del órgano facultado para su imposición; elementos que en las propuestas legislativas que aparecen en el nuevo sistema de justicia penal que está viviendo Latinoamérica, requieren de mejor comprensión a efectos de evaluar consecuentemente la validez y eficacia de la norma jurídica procesal que la regula, no solo como enunciado jurídico, sino y más bien como una proposición jurídica.

Un viraje del sistema de enjuiciar inquisitivo al acusatorio, requiere indefectiblemente de la eliminación de un grupo de limitaciones sobre las medidas coactivas en el proceso, algunas de ellas que han sido arrastradas por los procesos penales de corte mixto, entre ellas: la declaración del acusado como un medio de prueba y no como un medio de defensa; la condición del acusado como parte procesal; la participación tardía del abogado defensor en el proceso; la secretividad de las actuaciones y la prevalencia del aseguramiento y no la libertad del imputado mientras dure el proceso; cuyos rasgos indican la presunción de culpabilidad y no la presunción de inocencia como derecho y criterio informador del debido proceso penal.⁶

Es sabido que no es nada fácil resolver la tensión resultante y encontrar un equilibrio aceptable entre los factores pragmáticos e ideológicos que producen la insatisfacción de los esquemas e instrumentos procesales existentes, sin embargo no basta con una imagen procesal

⁵ América Latina, el promedio de presos sin condena o de sindicados sometidos a detención preventiva

sin definición de su situación jurídica supera el 75% de la población reclusa. CARRILLO Flores, Fernando. *Los retos de la reforma de la justicia en América Latina*. Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa. Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, abril de 1999, p.39.

⁶ El principio de presunción de inocencia representa una de las características más significativas del derecho procesal penal y del actual modelo del debido proceso. JAEN Vallejo, Manuel. *Derechos fundamentales y debido proceso*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, ed. Servicios Gráficos de Nicaragua, 2009, p.17

garantista si sus instituciones y operadores del sistema de justicia penal, no adoptan tales posturas, como tampoco será suficiente la norma procesal penal, sino viene acompañada de pautas deónticas, ideales políticos y conceptos jurídicos que justifiquen la detención y la puesta en prisión del infractor.

1 UNA MIRADA A LA HISTORIA, PASANDO POR LA ACTUALIDAD PROCESAL DE LA CUESTIÓN EN LATINOAMÉRICA: REFORMAS Y CONTRARREFORMAS

La historia de la prisión cautelar del imputado a la espera de juicio está estrechamente vinculada con la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión, siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva, en la Edad Media; con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente en la disponibilidad del cuerpo del acusado para obtener la confesión *per tormenta*.⁷

La prisión preventiva perdió prestigio en la época de la Ilustración con el redescubrimiento del proceso acusatorio; sin embargo la mayoría de los estudiosos siguieron justificándola, cual si se tratara de una “injusticia necesaria”, y llegado el fascismo, al tenerse en cuenta que la libertad individual era una concesión que el Estado hacía al individuo en relación y subordinación al interés social, como todos los derechos individuales de ese momento, también la libertad fue una concesión estatal y podía quitársele cuando ese interés así lo aconsejara.⁸

Con el de cursar del tiempo y desde otra perspectiva, el Estado Liberal de Derecho, pretendió justificar la prisión preventiva argumentando el peligro que se advierte en la alteración de la prueba y el riesgo de fuga del imputado, definiéndose así como una institución procesal de

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta S.A., Madrid, 1995.

⁸ SARRULLE, Oscar Emilio. *La Crisis de legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación)*, ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p.22

naturaleza cautelar, que aún no alcanza a insuflarse con la suficiente legitimidad que amerita.

Todo ello debe servir de experiencia, puesto que la simplificación en el análisis que origina la decisión de imponer una medida cautelar, puede terminar afirmando que: "... cuando el delito es grave, la presunción de inocencia no opera..." o como expresa Sarrulle "... el impacto social de la disconducia, en ocasiones justifica una renuncia a la racionalidad del derecho"⁹.

Los años 70 y 80, evidenciaron que la prisión preventiva era la regla general respecto a la situación de las personas privadas de libertad¹⁰, siendo el caso que el sistema inquisitivo generaba un indicador de que la prisión preventiva se había transformado en la principal respuesta del sistema frente al delito, relegando la pena a un plano más bien secundario.

En este contexto, la regulación de la prisión preventiva ha sido probablemente el tema más polémico a tratar por las reformas a la justicia criminal que han tenido lugar en prácticamente todos los países de la región. Estos han concluido los procesos de implementación de los códigos acusatorios y en algunos casos incluso, este proceso cuenta con más de 10 años de vigencia y aun a estas alturas, cabe preguntarse si efectivamente estos procesos de transformación han logrado el objetivo que buscaban obtener respecto al uso de la prisión preventiva, modificando su funcionamiento práctico, dándole un uso excepcional y proporcional, acorde con las necesidades derivadas del debido proceso.

⁹ SARRULLE, Ob. Cit. p.25

¹⁰ Un estudio elaborado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), reportó que en la gran mayoría de los países de América Latina el porcentaje de presos sin condena superaban a los presos condenados. Esto muestra que en la práctica, con independencia de los aspectos normativos, la prisión preventiva era la regla general respecto a la situación de las personas privadas de libertad en la región. Duce. Mauricio (2013) Visión panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados. Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate. 2013 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA Rodó 1950, Providencia Santiago, Chile, p.18.

Durante los últimos años, varios Estados como Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Jamaica, México, Panamá, Perú, y República Dominicana, han realizado acciones dirigidas a utilizar medidas alternativas para reducir el uso de la prisión preventiva; apareciendo instituciones jurídicas relacionadas con mecanismos electrónicos de seguimiento; procesos de justicia restaurativa y programas de tratamiento de drogas bajo supervisión judicial.

Asimismo y en atención a la problemática regional de las largas esperas que enfrentan las personas antes de recibir sus condenas, países como Canadá, Colombia, Haití, Panamá y Paraguay han adoptado acciones a fin de acelerar los procesos y corregir el retardo procesal, entre ellas se destacan las siguientes la revisión periódica de la situación de las personas en prisión preventiva; medidas para garantizar la celebración de audiencias, y realización de audiencias en las cárceles. Se ha destacado el caso del Estado boliviano que ponen en funcionamiento las audiencias en las cárceles, y que han tenido un impacto positivo en la celebración de una mayor cantidad de audiencias judiciales.

Pudiera decirse que los Estados han realizado importantes esfuerzos, sobre todo de tipo legal, relacionados con la reducción del uso de la prisión preventiva, postura ésta que va propiciando, como advierte Riego, el tránsito de un paradigma de inexcusabilidad¹¹ o automatismo en su aplicación, a uno de lógica cautelar¹². Sin embargo a contrapelo de las regulaciones en los textos procedimentales, también se

¹¹ Riego conceptualiza el termino inexcusabilidad refiriéndose a la regulación en que la ley establece que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta deben, en general, permanecer en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o a lo menos por algún periodo importante de su desarrollo. RIEGO, CRISTIÁN. (2013) Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate. 2013 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA Rodó 1950, Providencia Santiago, Chile, p.9

¹¹ Institute for Criminal Policy Research y Universidad de Birkbeck, World Prison Brief - World Pretrial/Remand Imprisonment List, 3a edición, 30 de noviembre de 2016, p. 2

¹² RIEGO, CRISTIÁN. (2013) Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate. 2013 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA Rodó 1950, Providencia Santiago, Chile, p.9

advertir que siguen existiendo serios desafíos por el uso general y excesivo de la prisión preventiva y no con la excepcionalidad que su naturaleza demanda.

Lo anterior, se refleja claramente en el elevado número de personas en Latinoamérica que actualmente se encuentran en prisión preventiva, lo que equivale a un promedio en la región de 36.3% del total de la población penitenciaria¹³. En particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió información indicando que a partir de 2014, se ha presentado un incremento de esta población en países como Argentina¹⁴, Colombia¹⁵, El Salvador¹⁶, Guatemala¹⁷, Honduras¹⁸, México¹⁹, Paraguay²⁰ y Perú²¹. Al respecto, la Comisión reitera que un

¹³ Institute for Criminal Policy Research y Universidad de Birkbeck, World Prison Brief - World Pretrial/Remand Imprisonment List, 3a edición, 30 de noviembre de 2016, p. 2. desde el año 2000 a la fecha.

¹⁴ A partir de 2014, la población procesada ha aumentado notablemente, teniendo en 2013, un total de 5,673 personas, y en 2015, un número de 6.329. Defensoría General de la Nación, Argentina. Respuesta al Cuestionario de Consulta, enviada el 22 de junio de 2016. Anexo I “Prisión Preventiva: Análisis de jurisprudencia e información estadística”, y Procuraduría Penitenciaria de la Nación, Argentina. Respuesta al Cuestionario de Consulta, enviada el 22 de mayo de 2016.

¹⁵ Según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en 2013 se contaban con 37,052 personas en prisión preventiva, y a octubre de 2015 esta cifra aumentó a un total de 42.753 de personas. Colombia, Nota de la Misión Permanente de Colombia ante la OEA, S-GAIID-16-056191 de 15 de junio de 2016. Respuesta al Cuestionario de Consulta; y Colombia, Nota S-GAIID-16-109909 de 2 de diciembre de 2016, recibida el 16 de diciembre de 2016. Observaciones a Capítulo V del Informe Anual 2016.

¹⁶ En 2013, habían 13,587 personas en prisión preventiva; y en el año 2015, aumentó a 19,481 personas indiciadas. El Salvador, Nota de la Misión Permanente de El Salvador ante la OEA, OEA-055/2016 de 25 de mayo de 2016. Respuesta al Cuestionario de Consulta.

¹⁷ Mecanismo Nacional Oficina de Prevención de la Tortura, Guatemala. Respuesta enviada el 16 de mayo de 2016.

¹⁸ Honduras señaló que desde 2013, la prisión preventiva ha incrementado “ya que no existe discriminación alguna en cuanto a [su] aplicación”. Honduras. Nota de la Secretaría de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional – Dirección General de Política Exterior, No. 2174-DGPE/DPM-16 de 20 de mayo de 2016. Respuesta al Cuestionario de Consulta.

¹⁹ En 2013 las personas en prisión preventiva representaban un 50% de la población penitenciaria, y a fines de 2015, el 55%. México. Nota de la Misión Permanente ante la OEA, No. Oea-01285 de 1 de junio de 2016. Respuesta al Cuestionario de Consulta.

porcentaje importante de la población penal en detención preventiva, resulta “un hecho sintomático y preocupante que debe ser afrontado con la mayor atención y seriedad por los respectivos Estados²²”.

Varias son las razones que indican ese estado de cosas, entre otros:

- a) políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a la inseguridad ciudadana, que se traducen en la existencia de legislación y prácticas que privilegian la aplicación de la prisión preventiva y que restringen la posibilidad de aplicación de medidas alternativas;
- b) prevalencia de la política de mano dura en los discursos de altas autoridades para poner fin a la inseguridad ciudadana mediante la privación de libertad, y la consecuente presión de los medios de comunicación y la opinión pública en este sentido;
- c) utilización de mecanismos de control disciplinario como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que determinan la aplicación de las medidas alternativas;
- d) inadecuada defensa pública; y
- e) falta de coordinación interinstitucional entre actores del sistema de administración de justicia.

Desde principios del año 2000, es posible notar en las diversas legislaciones procesales una tendencia a contrarreformas penales. Los nuevos estatutos se han visto sometidos a una fuerte presión y fue la regulación de la prisión preventiva una de las áreas de mayor impacto. El escenario descrito ha dado lugar en un número no despreciable de

²⁰ En 2013, el 72% del total de la población penitenciaria se encontraba en prisión preventiva; este número aumentó en 2015 al 77%. Información del Ministerio de Justicia, Paraguay. Información enviada CIDH, 22 de junio de 2016.

²¹ De acuerdo con el Instituto Nacional Penitenciario, en 2013 se tenían 36.670 en prisión preventiva, y para 2015, un total de 39.439. Perú, Nota de la Representación Permanente del Perú ante la OEA, 7-5-M/124 de 7 de julio de 2016. Respuesta al Cuestionario de Consulta.

²² CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, Ob.Cit. párr. 295.

países a diversos esfuerzos de cambios legislativos que identificamos con la idea de contrarreforma²³.

Los distintos cambios abarcan diferentes espectros de alcance, sin embargo tienen en común que las disposiciones modificadas fortalecen la persecución y el aseguramiento criminal. De hecho, muchas de las iniciativas contrarreformistas han centrado sus críticas al funcionamiento de esta medida cautelar en los sistemas penales de corte acusatorio y la mayoría de las modificaciones promulgadas han recaído en ella.

Entre las tendencias que han tenido estos esfuerzos de contrarreformas respecto a la prisión preventiva, se encuentran: el establecimiento de delitos con un régimen de control privativo de libertad para los involucrados por un tiempo hasta que concluya el proceso; la prohibición de sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas y la ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva, entre otras decisiones que como explicamos indican un retroceso en el discurso legislativo que inicialmente invocó la reforma procedimental.

2 LA FUNCIÓN OPERATIVA DE LA NORMA PROCESAL QUE CONTEMPLA LA PRISIÓN PROVISIONAL

El derecho se expresa en normas y estas a la vez utilizan un lenguaje que ha criterio de Mendonca, según sus funciones, pudieran ser descriptivas, directivas, expresivas u operativas²⁴; siendo estas últimas, las que al emitir enunciados lingüísticos están dirigidas a producir cambios en la realidad.

²³ Usaremos la expresión contrarreforma para referirnos a las modificaciones legales que los distintos sistemas acusatorios del continente han sufrido en materia de la regulación de la prisión preventiva en los años posteriores a la entrada en vigencia de éstos. El término contrarreforma, lo ubicamos en el entendido de que los cambios legislativos que muchos de los sistemas han sufrido se alejan de los ideales que originalmente inspiraron el régimen de medidas cautelares, al incorporarse criterios y normativas tendientes a facilitar, dirigir y, en algunos casos, obligar al juez a aplicar la prisión preventiva. (NA)

²⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Editora Método, 2011, p.45.

En el caso de las normas instrumentales es necesario tener en cuenta dicha función operativa y el carácter taxativo que ellas representan, en tanto buscan ordenar los trámites y acciones procesales que obligan a todos los intervinientes independientemente de la voluntad que estos tengan de encauzar consecuentemente los asuntos.

Es por ello que cuando la norma procesal penal señala el carácter excepcional de la prisión preventiva o los requisitos para su imposición como medida cautelar aplicable, se constituye como una regla que sin miramientos está ordenando a quienes tienen la facultad de imponerla de que su aplicación estará sujeta a requerimientos e imperativos que la propia ley expresa. Esto indica entonces que no puede quedar únicamente a la voluntad del juez la decisión, sino que este está obligado a fundamentar con argumentos sólidos la decisión de la procedencia o no de la medida.

La validez formal de la norma procesal que contempla la medida cautelar de prisión provisional, requiere no solo de ser promulgada por los órganos competentes, sino que su contenido no se oponga a las normas constitucionales y que bajo el requisito de coherencia de la norma, como lo expone Ferrajoli²⁵, ésta funcione como criterio lógico, material y a la vez axiológico.

En lo relativo al proceso penal y en especial a las medidas cautelares la técnica legislativa que se ha seguido es la de otorgar diversos criterios de ponderación, lo que permitiría que los jueces puedan resolver revisando las distintas circunstancias del caso concreto y los antecedentes del imputado y con ello puedan justificar una decisión particular. Debe destacarse que la normativa establecida por los legisladores en el sistema mixto, otorgaba en sus versiones originales la misma importancia a todos los criterios legales, por lo que el juez no tenía límites legales que lo obligasen a dar más peso a uno u otro, con la sola salvedad de la presunción de inocencia. En este sentido, la regulación cautelar confiaba en la experiencia y criterio del juez al momento de decidir, dándole suficientes parámetros para resolver el caso, pero no indicándole de manera tajante una solución particular. Este tipo de causales, hasta cierto punto, siguen estando en sintonía con la

²⁵ FERRAJOLI, Ob. Cit. p. 552.

lógica cautelar del proceso penal, desde la perspectiva de proteger el desarrollo procedimental.

Al analizar algunas regulaciones reformadas en sus versiones originales, puede observarse que los códigos procesales incorporaron causales que responden a una lógica diversa que pudieran resultar mucho más cuestionable. Así, por ejemplo, en las legislaciones de Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá se estableció la reiteración de la conducta criminal como causal que justifica la prisión preventiva o al menos como un criterio a considerar por el juez al momento de examinar la situación del imputado.

Estas causales escapan claramente de la lógica cautelar y son producto de la conciliación que debió hacerse en la regulación de la prisión preventiva de múltiples valores políticos criminales del sistema. Tanto la causal de alarma social como la reiteración de la conducta delictiva no responden a la idea de resguardar el éxito del proceso penal, desde la perspectiva de asegurar su ocurrencia y una respuesta de calidad por parte del sistema. Cuando se justifica la prisión preventiva por la alarma social, realmente no existe un peligro para el desarrollo de la actividad investigativa o el juzgamiento por el órgano judicial.

Estas decisiones legislativas responden más bien a legitimar el sistema frente a los ojos de la ciudadanía, lo que tiene una directa relación con el fenómeno de la seguridad ciudadana, que en todo el continente ha introducido mayores demandas de seguridad y dureza contra la delincuencia. Estas medidas no garantizan de forma alguna el desarrollo del juicio oral.

La estructura normativa y procesal de los sistemas acusatorios está construida sobre un mecanismo específico de imposición excepcional de medidas cautelares. Tanto el procedimiento necesario para su procedencia, la exigencia de antecedentes que permitan presumir que el fiscal tiene en este temprano momento un buen caso, la ponderación que debe hacer el juez, se basan en la idea de proteger el proceso. Esto también afecta las posibilidades de control transversal que tienen los operadores del sistema para cuestionar la procedencia de la prisión, en particular para saber a qué atenerse, con qué información contar al momento de discutirla y como “armar” su argumentación. Cuando se

introducen causales distintas, la estructura de control de la prisión preventiva no funciona adecuadamente.

3 LA NATURALEZA JURÍDICA — PROCESAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL Y EL ESTADO JURÍDICO DE INOCENCIA

Aparentemente, la más notoria contradicción entre el principio o estado jurídico de inocencia y la realidad procesal se da en torno a las medidas de coerción personal a que está sujeto el imputado. En efecto, durante mucho tiempo imperó la regla de comparecencia del justiciable al proceso en estado de privación de libertad a través de la detención, convertida en prisión preventiva al darse determinados presupuestos formales (recepción de la indagatoria) y sustanciales (ocurrencia del hecho, probabilidad de responsabilidad en el mismo del procesado y relación con figura penal sustantiva con pena privativa de libertad). De hecho, esto significa que primero se imponía la pena (aunque el título jurídico fuese diferente) en una suerte de reacción inmediata y luego se desarrollaba la secuencia procesal para determinar si, en definitiva, correspondía.

Tal situación se agravaba por la desmesurada duración de las causas, en las que el pronunciamiento final aparecía como una especie de revisión de lo actuado para convalidar lo anterior, dándose con frecuencia casos en que el imputado agotaba en prisión preventiva el tiempo de privación de libertad que le correspondía por la condena. Se generó así el grave fenómeno conocido como los "presos sin condenas", que a más de contrariar los fines proclamados, constituye un verdadero escándalo irracional sin justificación.

Afortunadamente, aunque falte mucho por avanzar sobre el tema, bastante se ha mejorado y puede ahora pensarse que la regla la constituye el estado de libertad y la excepción la privación cautelar. De todas maneras, es obvio que son muchas los procesos penales que comienzan con detención y se extienden durante considerable tiempo con el imputado en prisión preventiva, lo que lleva a que se mantenga en pie la contradicción entre el proclamado estado de inocencia y la privación de libertad sobre quien todavía no ha sido hallado culpable.

En lo que respecta a su naturaleza, tratándose de una medida coercitiva²⁶, cautelar y de aseguramiento²⁷, algunos autores postulan que la prisión provisional tiene una función aseguradora en relación con la ejecución de la sentencia, en tanto otros sostienen que su función, además de la anterior, es la de asegurar la presencia del imputado al trámite procesal, a fin de que este no se sustraiga de la acción de la justicia o perjudique la actividad probatoria²⁸

Gimeno Sendra entiende la prisión preventiva o provisional, como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al llamado de la celebración del juicio oral.²⁹

Para Sánchez Velarde, esta medida tiene como característica fundamental su instrumentalidad, está vinculada y existe en función del proceso penal, dirigida a asegurar, la eventual sentencia condenatoria; impedir actuaciones obstruccionistas del imputado en relación a la actividad probatoria y evitar que el imputado incurra en hechos punibles similares.³⁰

La única justificación para llegar a la privación provisional de la libertad ambulatoria, como dice Vázquez Rossi, puede encontrarse en la función estatal de "asegurar la justicia", lo que lleva a implementar medios asegurativos de la comparecencia del imputado al proceso, apareciendo la prisión preventiva como el último recurso en una

²⁶ "Las medidas cautelares son de naturaleza coercitiva, en tanto afectan derechos fundamentales, de forma limitada...." CLARIA Olmedo, Jorge. A, *Derecho procesal penal*, Tomo II, ed. Rubinzal, Argentina, p.352

²⁷ ORTELLS Ramos, Manuel, *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*. Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1978, p.445

²⁸ SALAS Beteta Christian. *El proceso penal común*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, p.178.

²⁹ GIMENO Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, ed. Tirant lo Blanch, 1990, p.524.

³⁰ SANCHEZ Velarde Pablo. *El nuevo proceso penal*, ed. Idemsa, Perú, 2009, p. 324.

escala racional de medidas coercitivas, cuyo enfoque y tratamiento debe hacerse dentro del esquema de las medidas cautelares³¹.

4 LOS PRESUPUESTOS LEGALES PARA IMPONER LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LAS PROBLEMÁTICAS QUE SE PRESENTAN

4.1 INDICIOS RACIONALES RELATIVOS AL HECHO Y A LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Son comunes en los códigos y leyes procesales de la región los presupuestos legales para imponer la prisión provisional³². De esta manera rige el conocido *fomus bonis iuris*, que orienta la presencia de fundados y graves elementos para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe de este³³.

Como regla la prisión se acuerda cuando existan motivos suficientes de incriminación a partir de la detección de un hecho penal punible e indicios racionales de culpabilidad, los cuales darían también lugar al procesamiento. Esto nos lleva a dos cuestiones ampliamente discutidas por la doctrina procesalista: la necesidad o no de un procesamiento previo para decretar la prisión acordada y en segundo término el alcance de los elementos probatorios que indefectiblemente determinen una conducta antijurídica en una etapa tan temprana como aquella en la que se produce la detención.

En todo caso, cualquier fundamento es presuntivo y bastará con un mínimo de elementos que demuestren tras la noticia del crimen que el detenido es el presunto responsable de un hecho que reúne las características de un delito. En tal sentido el órgano que decrete la medida, deberá fundamentar su decisión haciendo alusión razonada sobre la

³¹ VÁZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. 2, No 3, Argentina, 1991.

³² Al respecto se puede ver el Artículo 140 Ley 20253, D.O. del Código Procesal de Chile de 14.03.2008; también el artículo 259 del Código Procesal de Guatemala, por solo citar dos ejemplos. (N.A)

³³ SALAS, Ob. Cit. p.187.

de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida procesal o 'cautelar y, en consecuencia, no penal, en lugar de una ilegítima "pena sin juicio"³⁶

Sin dudas la gravedad de la pena constituye un elemento de mucha carga subjetiva que no podría vaticinarse a comienzos del procedimiento, pues las circunstancias valorativas que rodearon al hecho punible trascenderán en etapas posteriores, cuando se realice la actividad probatoria, no antes, a menos que el imputado haya sido aprehendido en flagrancia, y se cuenten con los elementos de juicio para formar una reflexión de esta naturaleza en la etapa preliminar del procedimiento.

Cabe advertir que al modificarse las razones que en un principio podrían presagiar una sanción punitiva grave, ya en el transcurso del procedimiento, la medida de coerción podría ser legalmente variada por el juzgador, por lo que los primeros elementos que se recojan para adoptar la prisión preventiva, no son de ningún modo definitivos y concluyentes como para estimar cerradamente una sanción determinada.

Algunos códigos procesales, han introducido prohibiciones excarcelatorias para ciertos delitos o atendiendo a la *prognosis* de la pena, referida a la cualidad y cantidad de la pena dispuesta para el presunto delito cometido³⁷.

³⁶ FERRAJOLI, Ob. Cit. p. 553.

³⁷ Puede verse en el artículo 261 del Código procesal de Perú el que establece que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de privación de libertad. SALAS, Ob. Cit, p. 187. El Código procesal Chileno señala la adopción de prisión preventiva cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra (Ley No 20253/2005, Art. 2. No 7); mientras que el Código procesal de Guatemala regula en el artículo 261 que en delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad y que no o se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción. (Decreto Numero 51-92.) Por último el art. 227 del Código Procesal penal de república Dominicana establece que para la imposición de la medida cautelar se tendrá

4.3 LA ALARMA SOCIAL Y LA FRECUENCIA EN LA COMISIÓN DE DELITOS

La doctrina, la política criminal y la jurisprudencia se han ocupado de la llamada alarma social provocada por el delito cometido, como un presupuesto de aplicabilidad de la medida cautelar de prisión provisional. El criterio preponderante de la doctrina es negar este, en tanto solo sirve a efectos de los fines preventivos de la pena, siendo cosa distinta que ese elemento sirva de integración del juicio de ponderación que realizará el órgano facultado para decretar anticipadamente la prisión.³⁸

Mendoza por su parte entiende que no se puede desconocer la realidad social latinoamericana y la reprobación de la ciudadanía hacia determinadas conductas y por ello la eliminación del nivel de alarma que el delito produce en el seno de una comunidad, por la magnitud del daño causado a las víctimas o a una colectividad, debe ser tenida en cuenta e incluso, aunque no existan situaciones de violencia colectiva contra infractores de la Ley penal, la tradición cultural de cada país lo puede aconsejar³⁹.

Me parece prudente evaluar el carácter subjetivo que tiene orientar una política penal atendiendo a una supuesta e inmedible connotación social, sin que ese estado alarmante esté justificado puntualmente en el proceso. También en estos tiempos, Latinoamérica está imbuida de intereses mediáticos y es común las posturas del “populismo punitivo”, que proliferan con mucho desacierto en la región, unas veces por las masas, otras por los medios y no pocas veces también por los intereses políticos.

Por ello, entiendo que cualquiera que fuere la razón, las reglas coactivas relativas a la libertad deben ser fundadas, claras y precisas, con elementos demostrativos de las situaciones locales que resultan alarmantes, para de esta forma limitar a los poderes punitivos y evitar la

en cuenta que la infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad. CPPRD, 2002.

³⁸ MENDOZA, “Notas ...”, Ob. Cit. p.194

³⁹ Ídem.

inseguridad jurídica que también a la ciudadanía le provocan las decisiones atraídas por una aparente y eventual reacción social.

Una última reflexión como parte del estudio de las causales procesales que autorizan la prisión provisional teniendo como fundamento las estadísticas. En primer orden la política criminal actuarial carece de legitimidad normativa y no puede ser el sustento de decisiones limitadoras de derechos individuales, en especial cuando es necesario, personalizar e individualizar la imposición de la prisión cautelar. En segundo lugar las cifras y datos estadísticos, quizá constituyan el referente de un estado de cosas, pero no siempre reflejan una realidad social; cuestión sustentada a contrapelo, por las cifras negras u ocultas de la delincuencia, zona oscura de la criminalidad en la que el número de delitos y delincuentes no han llegado a ser descubiertos o condenados, sea por inoperancia en la detección o por la falta de denuncia de las víctimas y perjudicados de delitos.

En todo caso las estadísticas pudieran servir en *bonam parte*, más para trazar medidas preventivas positivas que represivas. Como expresara Stegemann el cálculo actuarial, carente de valoración científica, solo ha servido para justificar los procesos de criminalización y el control social de los colectivos sociales y no de las personas en concreto⁴⁰.

De otra parte, si se estima prudente valorar la posibilidad de imponer la medida de prisión provisional por conjeturas probabilísticas o como un factor de riesgo como sucede con las estadísticas de la delincuencia, en un proceso penal de corte acusatorio debe ser rechazado como instrumento de aplicación de la justicia penal, puesto que bastaría saber que al estar la información casi siempre de manera confidencial o restringida, al alcance únicamente de los órganos de la policía, la fiscalía y los tribunales, estas derivan también en desventaja para el acusado y la parte defensora que desconociendo esa información no pudieran objetar o contradecir la medida impuesta por esos motivos.

⁴⁰ STEGEMANN Dieter, Mauricio, *Política Criminal Actuarial a criminología do fim da historia*, ed., Revan, Brasil, 2013, p.20

4.4 EL PELIGRO PROCESAL Y LA OBSTACULIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Las normas procesales también hacen referencia a la adopción de la prisión provisional cuando existan elementos suficientes para estimar fundadamente que el acusado tratará de evadir la acción de la justicia, como es el caso de personas que no tienen domicilio o centro laboral reconocidos y han tratado de huir en el momento de la detención, todo lo cual ha de entenderse como un peligro procesal.

El peligro procesal, como presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta; por ende, su valoración debe estar basada en juicios certeros y válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos, puesto que de lo contrario estaríamos afectando el bien jurídico más importante consagrado en la Constitución después de la vida, que es la libertad, en este caso del imputado.

El peligro procesal hace alusión al *periculum in mora*, que tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al órgano facultado de imponer la medida coactiva. El mismo, se ha constituido en un presupuesto de toda medida cautelar referente a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación; al no ser así, en ocasiones se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena.

El *periculum in mora* desarrolla por tanto el riesgo de frustración y la peligrosidad procesal. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad. A saber son dos los peligros considerados autónomamente que las leyes reconocen⁴¹: el “peligro de fuga” y el “peligro de obstaculización”.

⁴¹ El artículo 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad

El primer peligro, se traduce en la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo se traduce en la función aseguratoria de la prueba.

La primera de ellas, de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga, postura legal que ha sido criticada cuando su finalidad se dirige más a lograr la seguridad que la cautela⁴². La segunda postura, que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga⁴³ como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria⁴⁴; y finalmente, existe una tercera tendencia

del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado "peligro de fuga" y en igual sentido, se pronuncian los principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2. b) lo siguiente: "solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad"

⁴² "Si la Ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos. Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales como el "riesgo de reiteración delictiva", la "alarma social", etc., impropios de una medida cautelar y más próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental". CUBAS Villanueva, Víctor y otros. *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 512.

⁴³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro de fuga que: "se reconocen cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado -referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes-; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales. PÉREZ López, Jorge A. *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva*, Revista Derecho y Cambio Social, Perú, Visible el 01/04/2014 en sitio web, www.derechoycambiosocial.com

⁴⁴ El Código Procesal de Perú establece en su artículo 268: Los criterios para determinar la existencia de perturbación probatoria: 1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, 2) influir para que coimputados, testigos o peritos informen

(legislativa y jurisprudencial), propia del modelo de prevención radical, que incorpora nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiterancia, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales, cuestiones de orden público, etc.

En todos estos casos se exige el principio de suficiencia probatoria⁴⁵ relativo al razonamiento integral, eficiente e idóneo, basado precisamente en datos objetivos y ciertos, no en verosimilitudes, sospechas o conjeturas, que demuestren la conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas o el llamado peligro de fuga en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida.

No es posible decretar medidas cautelares para proteger la investigación cuando los actos de sospecha que pudiera desarrollar el imputado quedan abarcados dentro de su derecho a la defensa, y se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación, siempre que existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

La tendencia más reciente de la doctrina ha sido la de cuestionar la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención, en este sentido se ha pronunciado Binder expresando que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer — dice — que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales y la propia justicia”⁴⁶.

falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, y 3). Inducir a otros a realizar tales comportamientos. SANCHEZ, p. 339.

⁴⁵ Ídem, p.326

⁴⁶ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, ed., Ad hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199.

En contra de esta posición también se afilia Gimeno Sendra, apuntando que “por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno ‘no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio’, prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado. El riesgo de este “peligro” — sin perjuicio de que solo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional —, estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él, el impulso de la investigación y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados”⁴⁷

A nuestro entender la presencia de esta causal es necesaria como presupuesto a valorar en la imposición de la medida de prisión; partiendo de la realidad que se observa en algunos tipos de conductas delictivas, especialmente en hechos penales económicos, en la que una de las características y *modus operandi* de la criminalidad es la de ocultar, desaparecer y alterar los documentos e indicios que sirven de pruebas materiales para demostrar la ocurrencia delictiva. Igualmente ocurre con la criminalidad organizada, en delitos vinculados al tráfico de drogas, etc. En el que un factor determinante lo es la posición social que ocupe el sindicado en la estructura organizada y aparatos de poder.

4.5 LA CONDUCTA DEL SUJETO Y LA FAVOR LIBERTATIS; PRESUPUESTOS DE EXCARCELACIÓN

Las disposiciones que coarten la libertad son de expresa interpretación restrictiva, correspondiendo — *a contrario sensu* — un sentido amplio en lo que respecta al otorgamiento, mantenimiento o restitución de la libertad que es, definitivamente, lo que ha de entenderse por el *favor libertatis*. Esto significa que ante la duda debería estarse a la exención

⁴⁷ GIMENO Sendra, Vicente; CONDE-PUMPIDO Touron, Cándido y otros. *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Formularios y Jurisprudencias*. T. VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 142.

de prisión, y cuando el imputado esté privado de la libertad, a la ex-carcelación o a los supuestos de libertad por falta de mérito o a la cesación de prisión, porque toda medida de coacción personal debe justificarse por su funcionalidad, cesando cuando no haya motivos para su mantenimiento.

De igual forma un aspecto importante, no ya relacionado con la duda, será el merecimiento de la libertad por la conducta del sujeto, lo cual enfatiza que la prisión provisional no es la regla general de aplicación tras la detención o el conocimiento que se tiene de quien es el presunto responsable de un hecho.

Si como hemos expuestos, un valor importante al momento de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional será la suficiencia probatoria, independientemente de la extensión de la prueba necesaria para ilustrar en su día al juez; inicialmente los órganos de persecución e investigación deberán acreditar los elementos que demuestren una conducta *ex ante* del sujeto. La “hoja de vida” del acusado y sus antecedentes policíacos y penales, serán un referente de valoración pero no definitorio para la adopción de la medida cautelar más severa, puesto que siempre habrá que acudir a los presupuestos que *up supra* hemos enunciado.

Al respecto siempre será importante individualizar y objetivar la conducta del sujeto mediante informes y pruebas fidedignas de su comportamiento anterior a la comisión del hecho y de las razones que dieron lugar a la detención y aseguramiento. Es este uno de los asuntos polémicos en la realidad procesal latinoamericana, dado el subjetivismo que en ocasiones prima por quienes tienen la misión de aportar informes psicosociales de la conducta anterior del acusado. Sería conveniente que para el proceso penal en general y muy especialmente para la imposición de la medida cautelar, estos informes orales o escritos, sean verdaderas y objetivas fuentes de pruebas testificales o documentales, obtenidas a solicitud de ambas partes, tras ser pretendidas y aportadas por familiares, vecinos, compañeros de trabajo, organizaciones sociales, laborales e institucionales o cualquier otra persona natural o jurídica; teniendo además en cuenta que la conducta del sujeto no solo esta coligada a sus antecedentes delictivos personales, vida

ejemplar o irregular en su comunidad y a la aptitud positiva o negativa ante el trabajo. También será menester ocuparse de los móviles y circunstancias que lo guiaron a la comisión del hecho, las características personales que posee como la edad, limitaciones físicas, enfermedades, situación familiar etc., e incluso su aptitud en la etapa preliminar de indagación — con el debido respeto al principio de no autoincriminación — y la posibilidad real de enmendar o resarcir los daños y afectaciones ocasionadas por la infracción antijurídica.

Aun dentro de cualquier legislación, el estado jurídico de inocencia, exige la operatividad *del favor libertatis*, lo que sienta el criterio interpretativo de que todos los institutos procesales deben tender al mantenimiento de la libertad durante el proceso y, en aquellos casos en que el imputado esté cautelarmente privado de ella, tiendan a la más rápida y mejor restitución de tal libertad. De esta manera la conducta del sujeto será un factor a valorar para una vez detenido se pueda decretar su libertad o encarcelamiento.

5 EL PLAZO RAZONABLE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. TÉRMINOS Y PERMANENCIA

Entre los contenidos esenciales que modifican la tradición conceptual del debido proceso, aparece la regla del plazo razonable, dirigido a determinar los tiempos que debiera insumir un procedimiento judicial. Ciertamente como expone Montañaño, el plazo razonable es un concepto indeterminado y pudiera tener lecturas diferentes⁴⁸, lográndose su definición desde una perspectiva amplia como el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz⁴⁹.

En este sentido y tratándose la libertad de una garantía constitucional, la invocación procesal a su restricción mediante la imposición de la prisión provisional requiere de prerrogativas y exigencias limitadas para resolver consecuentemente el tiempo para decretarla, así como los requisitos para la autorización excepcional de la permanencia del

⁴⁸ MONTAÑO de Cardona, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, ed., Leyer, Bogotá, 2002, p.61

⁴⁹ BANDRÉS Sánchez - Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y Tribunal constitucional*, ed, Aranzadi, Pamplona, 1992, p.43

imputado en dicho status procesal, con sujeción a la regla *rebus sic stantibus* que orienta que las medidas de coerción no son definitivas sino provisionales⁵⁰.

La Ley, fundada en el principio de provisionalidad hará el pronunciamiento sobre el diligenciamiento y la celeridad de esta medida cautelar de manera concreta, sin discrecionalidades desmedidas y a sabiendas de que cada minuto en prisión es a la vez un tiempo irrecuperable para el ejercicio de los derechos fundamentales que le conciernen al presunto acusado y que esa razón, tiene que ser reforzada durante el proceso. Con la implementación de los Códigos Procesal en numerosos países se han dado explicaciones sobre los términos judiciales, al parecer en lo que concierne a la etapa jurisdiccional, pero no debe traer dudas, que ello está referido también y de manera general a todos los términos proscritos en las diferentes etapas procesales y muy especialmente en el sentido del comienzo de un acto procesal conforme a lo indicado para cada uno de ellos.

Respecto a la prisión provisional, tendrán la obligación de tramitar el asunto con prioridad y darle una “atención preferente” respecto a los demás procesos incoados. En la actualidad las problemáticas más acuciantes referidas a los términos, están relacionadas con la modificación o cese del aseguramiento y el tiempo de permanencia del imputado una vez que ha sido decretada la medida de prisión preventiva.

La detención preventiva o la prisión provisional, impuestas bajo la autorización expresa del fiscal, son actos de coerción personal dictados en la etapa inicial de sustanciación del proceso y por tanto, correspondería la consecución de los términos bajo las exigencias de tramitar la respuesta a la solicitud de modificación dentro de los días no hábiles.

6 ÓRGANOS FACULTADOS. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL JUEZ NATURAL

En la etapa de indagación, como es conocido, le corresponde a la policía y al fiscal contribuir con el esclarecimiento del hecho y determinar

⁵⁰ SANCHEZ, p. 326

los presuntos responsables, y para ello tendrán que adoptar todas las medidas necesarias para evitar distorsiones procesales u otras incidencias derivadas de la investigación.

En el terreno de las medidas cautelares su misión principal será velar por el debido respeto de los derechos fundamentales y garantías del acusado; contribuyendo además a la suficiencia probatoria vinculadas a los presupuestos legales que admiten tal decisión; sin embargo apostando, como lo hacemos, por un proceso penal de corte acusatorio, correspondería cumplir — al menos en la prisión provisional — con el principio de judicialidad en las medidas de coerción⁵¹, en tanto la intervención del órgano jurisdiccional lograría un proceso con mayor transparencia y objetividad, a la par de una decisión motivada y fundamentalmente más justa.

Algunos autores se han pronunciado por la necesidad de una audiencia preliminar verbal de naturaleza jurisdiccional, sea en la etapa inicial o intermedia, con la finalidad de decidir sobre la apertura del juicio oral y el saneamiento del procedimiento entre otras actividades de control.⁵²

Es sin embargo una tendencia en los procedimientos penales modernos, la celebración de una audiencia verbal jurisdiccional en fase preparatoria, con jueces diferentes a los que realizan el juzgamiento, a efectos de decretar la imposición de la medida cautelar, controlar la legitimidad del acto y la presencia real de los presupuestos que determinan su imposición, para de esta manera proyectarse hacia el equilibrio e igualdad de armas que le es propio al sistema acusatorio.

La garantía que emana de la presencia y participación del juez no es privativa del juzgamiento penal⁵³, por lo tanto es dable en esta etapa del proceso. Y ello, porque no puede darse una decisión "justa" si quien la imparte está comprometido con alguno de los intereses derivados del conflicto, por lo que el requisito de imparcialidad aparece como inherentes a la noción de juez natural. El juez es un árbitro que debe resolver sobre las tesis planteadas, tanto en el orden de la

⁵¹ SANCHEZ, p. 327

⁵² MENDOZA, Ob. Cit. p.124

⁵³ VÁZQUEZ Rossi, Ob. Cit, p 278.

determinación del hecho histórico, como en cuanto a la aplicación del derecho⁵⁴; por ello creemos también que el fiscal debe seguir velando por la legalidad de la prisión y el juez por los méritos que existen para la decisión de manera que controle el resguardo de derechos fundamentales y resuelva sobre las medidas de coerción personal contra el imputado en el curso de la investigación.

Asimismo, la decisión de imponer o no la prisión provisional no podrá procurarse mediante la “autoreflexión” de los jueces, sino que deberá buscarse a través de la confrontación procesal y de los intereses contrapuestos entre acusación y defensa, es decir, mediante la “contradicción” de las partes y no solo con el “auxilio” de ella, como propone el sistema mixto.⁵⁵

Más recientemente la Comisión Interamericana se ha pronunciado, dejando recomendaciones para los Estados miembros en el sentido de que al objeto de garantizar los principios de contradicción, inmediatez, publicidad y celeridad, los Estados deben decidir la aplicación de la prisión preventiva en audiencia oral, con la intervención de todas las partes⁵⁶.

Durante estas audiencias, la autoridad judicial debe examinar no sólo el cumplimiento de los requisitos de procedimiento establecidos en la legislación nacional, sino también la razonabilidad de la sospecha en que se sustenta la detención, y la legitimidad de sus fines; asimismo, los jueces y juezas deben analizar la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva. Este procedimiento debe ofrecer la posibilidad de un contradictorio (adversarial) y asegurar siempre la igualdad de armas entre las partes, el fiscal y la persona detenida.

⁵⁴ CANDIA, Ob. Cit.

⁵⁵ CAFFERATA, Nores, José I. *La reforma procesal en América Latina*. Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal. Rústica, 3ª ed. Actual, 2007, p.305.

⁵⁶ Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 105 3 julio 2017, Consultado el 5 de Agosto de 2018 en sitio web: www.cidh.org

7 CONCLUSIONES

Tras el análisis de la institución estudiada, las valoraciones realizadas infieren que la prisión provisional, en el proceso penal de corte acusatorio, tiene un carácter excepcional, su vigencia dependerá de su utilidad y duración del proceso, de ahí también su carácter temporal, y pudiera ser necesaria en el proceso, para evitar que el imputado se fugue, entorpezca la actividad probatoria y se garantice su presencia en el acto del juicio oral; así como que con su imposición de cierta manera se le dé respuesta inmediata a la ocurrencia de un delito grave o alivie la alarma provocada por el delito. De igual forma la medida de prisión provisional adoptada debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido y las condiciones personales del imputado, así como el resto de los presupuestos legales y circunstanciales que determinen los motivos de su imposición.

Otro elemento es que dicha medida en tanto afecta intereses y derechos fundamentales deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional, sustentada en una audiencia en la que participen el fiscal, la víctima, el imputado y su defensor, con derecho a sustentar los fundamentos que la motivan y a contradecirla. En correspondencia con ese acto, la decisión debe decretarse por resolución fundada y motivada, adoptada por el juez o tribunal con fundamentos de hecho y de derecho, explicando los motivos por los cuales otorga o no la medida de coerción.

Ha quedado plasmado el criterio de que la medida cautelar no es un medio que sirve para la investigación, sino una forma de sujeción del imputado al proceso y es válida su aplicación cuando quede demostrado que su estado de libertad puede perjudicar la investigación, existen fundamentos razonables para estimar que evadirá la acción de la justicia o concurren otros presupuestos que la hacen inevitable.

La medida cautelar de prisión provisional es un acto de coerción de la etapa preparatoria al juicio oral, sus fundamentos no pueden estar regidos por los vetustos esquemas del sistema inquisitivo y por tanto, si deseamos afiliarnos al sistema acusatorio, para que este se torne verdaderamente operativo, es necesario que la norma procedimental defina los motivos o causales para decretar la prisión provisional; que además, al imputado — como regla — no se le detenga y anticipe un

tiempo innecesario de permanencia en prisión, aun y cuando luego comparezca libre al juicio y de esta forma pueda efectivamente participar en el proceso en pie de igualdad con la acusación, cuestión que no ocurre si hay encarcelamiento preventivo.

El principio de afirmación de la libertad, está llamado a ser uno de los pilares del sistema penal acusatorio. De esta forma se proclama que el imputado gozará de su libertad durante todo el desarrollo del proceso, siendo la privación de libertad una última opción y siempre subsidiaria de las demás medidas, que son excepciones al principio. La consagración de este principio se fundamenta en el hecho de dejar atrás la concepción de un proceso con una pena anticipada.

De esta manera los esfuerzos fundamentales deben dirigirse a intensificar y asumir la voluntad política necesaria para erradicar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o como forma de pena anticipada; y para asegurar que su uso sea realmente excepcional.

En último caso, es menester reorientar las políticas públicas, incorporando el uso excepcional de la prisión preventiva como un eje de las políticas criminales y de seguridad ciudadana y evitar respuestas de endurecimiento de los sistemas penales que repercutan en la restricción de la libertad durante el proceso penal ante demandas de seguridad ciudadana.

Neste volume:

AUTORES ESTRANGEIROS

Carlos Alberto Mejías Rodriguez
Christian Bernal
Diego Cuarezma Zapata
Franco Cordero
Manuel Vidaurri Aréchiga
Pasquale Bronzo
Renzo Orlandi
Sergio J. Cuarezma Terán

AUTORES BRASILEIROS

Alexandre Bizzotto
Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes
Ana Cláudia Pinho
Antonio Vieira
Aury Lopes Jr.
Bruno Augusto Vigo Milanez
Bruno Cunha Souza
Camilin Marcie de Poli
Djefferson Amadeus
Édson Luís Baldan
Elmir Duclerc
Fauzi Hassan Choukr
Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro
Fernando Laércio Alves da Silva
Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes
Giovani Frazão Della Villa
Gustavo Badaró
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jacson Zilio
Jeffrey Chiquini da Costa
Jéssica Ramos Saboia
José de Assis Santiago Neto
Leandro Gornicki Nunes
Leonardo Augusto Marinho Marques
Leonardo Avelar Guimarães
Leonardo Costa de Paula
Leonardo Marcondes Machado
Leonardo Marques Vilela
Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe
Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Luiz Eduardo Cani
Luiz Fernando de Vicente Stoinski
Marcio Guedes Berti
Márcio Soares Berclaz
Marco Aurélio Nunes da Silveira
Maria Francisca de Miranda Coutinho
Misael Neto Bispo da França
Mônica Denise Maia e Silva
Nereu José Giacomolli
Nestor Eduardo Araruna Santiago
Onéssimo César Gomes da Silva Cruz
Paola Alcântara Lima Dumont
Paulo Silas Taporosky Filho
Renata Ceschin Melfi de Macedo
Ricardo Jacobsen Gloeckner
Rômulo de Andrade Moreira
Thiago Miranda Minagé
Tiago Dias de Meira
Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-53151-09-7



9 788553 151097