

46

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRAX IDE ET PRO

Revista

Julio 2020

46

Revista Penal

Julio 2020

Penal



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 46

Sumario

Doctrina:

- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, por *Kai Ambos*..... 5
- Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* 17
- Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, por *Alfonso Galán Muñoz* 41
- El uso de ordenadores personales y de material informático por los internos en un centro penitenciario, por *Pablo García Molina*..... 67
- Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores, por *José Luis González Cussac* 95
- Documento, fotocopia y falsedad, por *Rubén Herrero Giménez*..... 109
- La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana, por *Alessandro Melchionda*..... 127
- La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente, por *Clara Moya Guillem* 141
- El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica, por *Miguel Ángel Núñez Paz* 157
- Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, por *Inés Olaizola Nogales*.. 157
- España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por *Marta Rodríguez Ramos* 169
- Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, por *Francesco Rossi*..... 190
- Neuroprevención: un nuevo paradigma para el estudio de la reincidencia delictiva, por *Aura Itzel Ruiz Guarneros y José M. Muñoz*..... 207
- Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, por *Juan M. Terradillos Basoco* 221
- Sistemas penales comparados:** La detención preventiva (*Pre-trial detention*)..... 230
- Especial:** Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro, por *Marianna Pignata y Antonio Tisci*..... 312

Bibliografía:

- Recensión: “Delitos Acumulativos”, de Miguel Bustos Rubio (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), por *Adrián Viejo Mañanes* 317

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Modena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Valentini (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



La detención preventiva (*Pre-trial detention*)

Alemania

Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer

Universidad de Colonia

Traducción de Laura Zambrano Ochoa

Universidad Externado de Colombia

I. SIGNIFICADO Y OBJETIVOS

La detención preventiva es un medio de coerción en los procedimientos penales y una expresión del interés general en un enjuiciamiento eficaz. Persigue **varios objetivos**. Tiene por objeto garantizar, en primer lugar, la presencia del acusado durante el proceso penal, en segundo lugar, el esclarecimiento sin trabas de los hechos y, en tercer lugar, la posterior ejecución de la sentencia¹. Como privación de libertad, la detención preventiva vulnera de manera especialmente grave los derechos constitucionalmente garantizados del acusado en virtud de los artículos 2 II y 104 I GG (Ley Fundamental), quien, sobre la base de la presunción de inocencia del artículo 6 II CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), es considerado inocente hasta que se dicte una sentencia definitiva. Dado que un acusado puede, en principio, esperar en libertad el resultado de un procedimiento penal, deben observarse a cabalidad los estrictos requisitos legales de la detención preventiva. La detención preventiva debe ser un último recurso, no debe parecer ni un arresto reflexivo ni un castigo anticipado², aunque a menudo los detenidos la perciben como tal y la población espere su orden en el caso de delitos graves y cuando haya pruebas claras. Además se descontará de la sanción que se imponga con posterioridad (parágrafo 51 I StGB (Código Penal)).

En la práctica, la detención preventiva es **muy importante**. En 2018³ se registraron procedimientos penales contra 879.988 personas, de las cuales 30.000 estaban en detención preventiva. Con 28.218 personas (96%), el motivo más recurrente para la detención era la fuga o el riesgo de fuga. La detención preventiva era más importante en el caso de los delitos contra la

propiedad, seguida de los delitos relacionados con los estupefacientes y los delitos contra la integridad física.

II. CONDICIONES PARA ORDENAR LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Los requisitos para ordenar la detención preventiva se establecen uniformemente en Alemania en los **parágrafos 112 y ss. StPO** (Código de Procedimiento Penal), ya que la competencia para regular las condiciones para ordenar la detención preventiva corresponde al Gobierno Federal. Por otra parte, la regulación de la ejecución de la detención preventiva se transfirió a los estados federales como parte de la reforma federal en 2006⁴. Hay que distinguir entre las condiciones formales y materiales.

1. Requisitos formales, parágrafos 114 y ss. StPO

Según el parágrafo 114 I StPO, la detención preventiva debe ser ordenada **por escrito por un juez**. El juez de instrucción del tribunal de distrito donde está establecido el tribunal o del distrito donde se encuentra el acusado (parágrafos 125 I y 162 I StPO) es el encargado de emitir una orden de detención antes de que se presente la acción pública; pero será el tribunal del procedimiento principal el encargado después de que se hayan presentado los cargos (parágrafo 125 II StPO). La **orden de arresto** se emite a petición de la fiscalía. No se puede renunciar a la reserva del juez (artículo 104 II 2 GG); la fiscalía o incluso la policía no tienen autoridad para actuaciones de emergencia. La orden de arresto debe contener la información requerida por el parágrafo 114 II StPO: Persona acusada (nº 1); hecho, momento y lugar de la comisión del delito, características jurídicas del delito y disposiciones penales aplicables (nº 2); motivo de la detención (nº 3); hechos de los que se desprende la sospecha urgente del delito y el motivo de la detención, en la medida en que ello no ponga en peligro la seguridad del Estado (nº 4).

La **ejecución** de la orden de detención es responsabilidad de la fiscalía (parágrafo 36 II 1 StPO), que se en-

carga de la aprehensión y detención del acusado. Al ser detenido, el acusado debe recibir una **copia** de la orden de detención y posiblemente una **traducción** (párrafo 114a StPO), debe ser informado de sus derechos (párrafo 114b StPO) y se le debe dar la oportunidad de informar a un pariente o a una persona de su confianza (párrafo 114c I StPO). Después de la detención, el acusado debe ser **llevado** ante el juez competente sin demora (párrafo 115 I StPO) para que tenga la oportunidad de hacer una declaración completa sobre la acusación y los motivos de la detención. Si esto no es posible a más tardar el día después del arresto, es llevado ante el juez del siguiente tribunal de distrito (párrafo 115a StPO). El juez decide si la orden de arresto debe ser revocada, suspendida o mantenida.

2. Requisitos materiales, párrafos 112 y ss. StPO

En virtud del párrafo 112 I StPO, sólo se puede ordenar la detención preventiva en espera de juicio si el autor es fuertemente sospechoso de un delito, existe (al menos) un motivo para la detención preventiva en espera de juicio y la orden de detención preventiva en espera de juicio es proporcionada.

a. Sospecha urgente de un delito

Se da una sospecha urgente (párrafo 112 I 1 StPO) si **los hechos concretos indican que** el acusado, según el estado actual de las investigaciones, muy probablemente haya cometido o participado en la comisión de un delito penal de manera antijurídica y culpable⁵. La sospecha urgente de un delito requiere —ya que las investigaciones aún no han concluido por un lado, una **base fáctica menos densa** que la sospecha suficiente de un delito (párrafo 152 II StPO), que es necesaria para la presentación de una denuncia pública después de la conclusión de las actuaciones preliminares. Por otra parte, el **grado de sospecha** debe ser mayor en caso de sospecha urgente que en caso de sospecha suficiente⁶.

b. Presencia de (al menos) un imprimante

Los motivos de encarcelamiento están **regulados de forma concluyente** en párrafo 112 II, III StPO y en párrafo 112a StPO: Fuga o peligro de fuga, riesgo de entorpecer la actividad judicial, delito capital, peligro de reincidencia.

aa. Fuga o peligro de fuga

El motivo de la detención por **fuga** (párrafo 112 II n° 1 StPO) se cumple si se establece sobre la base de ciertos

hechos que el delincuente huye o se esconde. Huye **si se aleja del lugar donde ha organizado su vida** para no poder ser localizado por un procedimiento penal o para evadir ser contactado por las autoridades⁷. Se esconde si aparece con un nombre falso, oculta su paradero a las autoridades u oculta su paradero de alguna otra manera para evadir el ser ubicado por las autoridades⁸.

El **peligro de fuga** (párrafo 112 II n° 2 StPO) debe afirmarse si, tras la evaluación de las circunstancias del caso concreto, se deduce una **mayor probabilidad** de que el delincuente evada el procedimiento penal que de que participe en él⁹. Para la **evaluación general**, deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente, la gravedad del delito, el castigo previsto y la conducta en procedimientos anteriores¹⁰. Una alta expectativa de llegar a ser castigado no es suficiente en sí misma¹¹; más bien, en vista de la grave violación de los derechos fundamentales y la presunción de inocencia, siempre debe examinarse en términos concretos si existen realmente razones para que el delincuente eluda el proceso penal.

bb. Peligro de entorpecer la actividad judicial

La causa de encarcelamiento por **peligro de entorpecer la actividad judicial** (párrafo 112 II n° 3 StPO) se da si el comportamiento concreto del acusado da lugar a la sospecha urgente de que está destruyendo, alterando, eliminando, suprimiendo o falsificando pruebas (lit. a), trata de influenciar a los coacusados, testigos o expertos (lit. b) o induciendo a otros a ese comportamiento (lit. c), y si existe por tanto el peligro de que la investigación de la verdad se vea dificultada. Por lo tanto, debe haber una alta probabilidad de **conducta contraria a las normas de procedimiento**¹². No basta con que el acusado sólo ejerza muy vigorosamente los derechos procesales que le corresponden¹³.

cc. Sospecha de un delito capital

Otra razón para la detención es la sospecha de un delito capital (párrafo 112 III StPO). El **catálogo de delitos** incluye no sólo el asesinato y el homicidio, sino también las lesiones corporales graves y los incendios provocados, así como la formación de grupos terroristas. La redacción (“urgentemente sospechoso”) sugiere que una sospecha **urgente de un delito es** suficiente. Sin embargo, al interpretar el término hay que tener en cuenta que se refiere a una injerencia particularmente grave en las libertades civiles y que la detención preventiva no debe adoptar el carácter de una pena por sospecha. Por lo tanto, la disposición debe interpretar-

se de conformidad con la Constitución de manera que una orden de detención sólo sea admisible si, en las circunstancias del caso concreto, **no pueden excluirse** al menos los motivos de detención del **riesgo de fuga o de encubrimiento**¹⁴.

dd. Peligro de reincidencia

La razón de la detención por el **riesgo de reincidencia** (parágrafo 112a I StPO) es **subsidiaria** de los otros motivos de la detención (parágrafo 112a II StPO). Si ya hay una razón para la detención en virtud del parágrafo 112 StPO, la detención preventiva en espera de juicio no puede basarse adicionalmente en el parágrafo 112a StPO. El motivo de la detención tiene por objeto impedir que el delincuente cometa nuevos delitos graves durante el proceso penal en curso y, por lo tanto, tiene **carácter preventivo**¹⁵. Dado que la regulación de la actividad policial preventiva es un asunto de los estados federales, a veces se cuestiona la constitucionalidad de la disposición¹⁶. Sin embargo, hay argumentos en contra de ello, como el hecho de que las razones del contexto fáctico, la eficiencia y la viabilidad hablan a favor de su diseño como una intervención procesal penal¹⁷.

Existe el **riesgo de reincidencia** si ciertos hechos dan lugar a la sospecha de que el acusado, que es urgentemente sospechoso de un delito enumerado en parágrafo 112a I n.º 1 y 2 StPO, continuará con el delito o cometerá nuevos delitos graves del mismo tipo. En este contexto, la **sospecha urgente** de un incidente enumerado en parágrafo 112a I n.º 1 StPO (ciertos delitos sexuales y acecho calificado) no tiene que estar dirigida a una comisión repetida o continuada, mientras que este debe ser el caso de los delitos enumerados en parágrafo 112 I n.º 2 StPO (incluidos los delitos de lesiones corporales calificadas y de robo). Los hechos concretos que indiquen un peligro deben indicar una **inclinación tan fuerte** a cometer los actos que se amenace la continuación del acto o los actos posteriores. Deben tenerse en cuenta las circunstancias respectivas del delito, la personalidad del autor, su entorno personal y el intervalo de tiempo entre los actos¹⁸.

c. Proporcionalidad

Según el parágrafo 112 I 2 StPO, la detención preventiva sólo puede ordenarse “si no es desproporcionada en relación con la importancia del caso y la pena o medida de rectificación y seguridad previstas”. Por lo tanto, debe ser **adecuada, necesaria y apropiada** en el caso concreto para lograr los objetivos de la de-

tención preventiva. **No es necesaria**, por ejemplo, si basta con suspender una orden de detención preventiva dictada por el peligro de fuga en un caso concreto de conformidad con el parágrafo 116 I StPO e imponer determinadas condiciones al acusado, o si existen otros medios más leves que sean adecuados para garantizar el desarrollo del proceso penal¹⁹.

La idoneidad no existe si la orden de detención preventiva es desproporcionada para el caso concreto²⁰. La importancia del caso penal y el castigo esperado deben sopesarse con el deterioro concreto de los derechos del acusado. Hay que tener en cuenta las circunstancias de la vida, especialmente la situación profesional y familiar, la integración en el medio ambiente y también el estado de salud²¹. Incluso en el caso de un **período excesivo de detención preventiva**, puede haber una falta de proporcionalidad, con el resultado de que la orden de detención debe ser revocada²².

El principio de proporcionalidad es especialmente pertinente en el caso de los **delitos menores y de bagatela** en los que la detención preventiva suele ser inapropiada. Por este motivo, en virtud del parágrafo 113 StPO, para las infracciones menores punibles con una pena de detención de hasta seis meses o una multa de hasta 180 cuotas diarias, la detención preventiva en espera de juicio por el riesgo de fuga sólo puede ordenarse si el acusado ya ha eludido una vez el procedimiento o ha hecho arreglos para huir, no tiene domicilio o residencia fija en Alemania o no puede demostrar su identidad.

3. Duración de la detención preventiva, parágrafos 121 y ss. StPO

La duración de la detención preventiva se limita a **seis meses**. Además, con arreglo al parágrafo 121 I StPO, la ejecución sólo puede mantenerse por orden del **tribunal regional superior** competente (parágrafo 122 StPO) si la dificultad o el alcance particular de las investigaciones u otra razón importante no permite todavía que se dicte la sentencia y justifica la continuación de la detención. De lo contrario, la orden de arresto debe ser revocada o suspendida. El examen debe ser repetido cada tres meses (parágrafo 122 IV 2 StPO). Si hay riesgo de reincidencia como motivo de detención, la duración máxima de la detención preventiva es de un año (parágrafo 122a StPO). A medida que **pasa el tiempo**, deben imponerse requisitos cada vez más estrictos sobre la proporcionalidad de la detención preventiva²³. Del principio de celeridad (artículo 6 I CEDH) y de la presunción de inocencia (6 II CEDH)

se desprende que el tribunal penal debe concluir el procedimiento lo antes posible en el caso de un acusado detenido. El Tribunal Constitucional Federal considera que la detención preventiva durante más de un año sólo se justifica en casos muy especiales²⁴. Un período de ocho años de detención preventiva en espera de juicio se consideró inadmisibles a pesar de la gravedad de la acusación (asesinato múltiple)²⁵.

A pesar de estas restricciones, todavía hay casos de **detención preventiva demasiado larga** en Alemania. Fritz Teufel, por ejemplo, miembro del movimiento terrorista 2 de Junio, pasó cinco años en detención preventiva; la sentencia impuesta se pagó cuando estaba en detención preventiva²⁶. Ralf Wohlleben, partidario del grupo terrorista Nacional Socialista Clandestino, fue liberado de la detención preventiva después de seis años y ocho meses, ya que ya no había peligro de fuga en vista del tiempo máximo de detención que quedaba por cumplir²⁷.

4. Detención en espera de juicio de menores, parágrafo 72 JG

Se aplican **restricciones especiales** a la detención preventiva de menores. La detención preventiva sólo puede imponerse y ejecutarse si su finalidad no puede alcanzarse mediante una orden provisional sobre educación u otras medidas, por ejemplo, la colocación temporal en un hogar de asistencia a los jóvenes (parágrafo 72 I 1 JGG (Ley de justicia de menores)). Al examinar la proporcionalidad (parágrafo 112 I 2 StPO), deben tenerse en cuenta las cargas especiales de la aplicación de la ley para los jóvenes. La orden de detención debe indicar expresamente las razones por las que otras medidas no son suficientes y la detención en espera de juicio no es desproporcionada (parágrafo 72 I 3 JGG). Mientras el menor no haya cumplido aún los 16 años, sólo se podrá afirmar que existe riesgo de fuga si ya se ha sustraído del procedimiento o ha hecho arreglos para huir (nº 1) o no tiene domicilio o residencia fija en Alemania (nº 2).

5. Alojamiento temporal, parágrafo 126a StPO

Si se espera que un delincuente que es **incapaz de culparse o cuya culpabilidad está reducida** (parágrafos 20, 21 StGB) sea internado en un hospital psiquiátrico o en un centro de detención (parágrafos 63, 64 StGB), la detención preventiva se sustituye por el alojamiento temporal en un hospital psiquiátrico o en un centro de detención de conformidad con el parágrafo 126a StPO. La reclusión temporal sirve para proteger al público en general de nuevos actos ilícitos impor-

tantes y, a diferencia de la detención preventiva, que tiene salvaguardias procesales, es principalmente una **medida preventiva** y, por lo tanto, no tiene motivos de detención, aunque de hecho también sirve de salvaguardias procesales²⁸.

6. Detención en espera de juicio, parágrafo 127b StPO

Una forma especial de detención preventiva es la denominada **detención del juicio principal**, que puede ordenarse si se prevé que el juicio principal se celebre en el plazo de una semana con arreglo al procedimiento acelerado y si hay motivos para temer que la persona detenida se ausente del juicio principal si es puesta en libertad. Un motivo de detención según los parágrafos 112 y ss. StPO no tiene que existir. La introducción de la detención para el juicio principal tenía por objeto no sólo asegurar el efecto de celeridad, especialmente en el caso de los acusados que viajan, sino también proporcionar un incentivo para llevar a cabo los procedimientos acelerados²⁹. El instrumento es controvertido en términos de política jurídica³⁰. Los objetivos que pretende alcanzar no se han logrado³¹.

7. Desobediencia, parágrafo 230 II StPO

Otra forma especial de detención preventiva es la denominada **detención por desobediencia**, que puede ordenarse cuando un acusado incumple su deber de comparecer ante el tribunal y la detención es necesaria para llevar a cabo el juicio. La presencia tiene por objeto no sólo dar al juez de instrucción una impresión inmediata del acusado, su apariencia y sus declaraciones, sino también garantizar que pueda hacerse oír y tenga la oportunidad de defenderse³². Un motivo de detención según los parágrafos 112 y ss. StPO tampoco tiene que existir aquí; la orden de arresto también puede ser emitida contra un acusado que sea incapaz de ser culpable³³. Puede considerarse la posibilidad de no ejecutar la orden de detención si se adoptan medidas menos drásticas que garantizan la participación del acusado en el juicio principal en el futuro³⁴.

8. Protección jurídica

En Alemania, el interesado tiene dos opciones de protección jurídica contra una orden de detención. Una es la solicitud de una **revisión de la orden de arresto** (parágrafo 117 I StPO), que es posible en cualquier momento. Aquí el juez examina si la orden de arresto debe ser revocada o suspendida. Por un lado, la **apelación de la detención** (parágrafos 304 y ss. StPO), que impugna una

decisión judicial. Sin embargo, además de la solicitud de una orden de detención, la apelación es inadmisible (parágrafo 117 II 1 StPO), y sólo es posible apelar contra la decisión judicial en los procedimientos de detención (parágrafo 117 II 2 StPO). Tras un período de detención preventiva de **seis meses**, el Tribunal Regional Superior lleva a cabo la revisión de la detención de oficio, que en caso necesario se repite **cada tres meses** (véase II 3.).

III. EJECUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva se lleva a cabo regularmente en un centro especial de detención preventiva o, al menos, en una sección especial de una detención general. Desde la reforma federal, los estados federales han sido responsables de las condiciones de las prisiones. En todos los estados federales se han promulgado **leyes sobre la detención preventiva en espera de juicio**.

La **legislación federal** tiene disposiciones incompletas sobre la aplicación de la detención preventiva. **Parágrafo 119 StPO** contiene algunas pautas. Según éstas, se pueden **imponer restricciones** a un acusado detenido si ello es necesario para evitar el peligro de fuga, colusión o repetición. En particular, el parágrafo 119 I 2 StPO, permite ordenar que la recepción de las visitas y las telecomunicaciones requiera un permiso (nº 1), que se vigilen las visitas, las telecomunicaciones y la correspondencia y los paquetes (nº 2), que la entrega de objetos durante las visitas requiera un permiso (nº 3), que se separe al acusado de los detenidos (nº 4) y que se restrinja o excluya el alojamiento conjunto y la residencia conjunta (nº 5). La orden es emitida por el tribunal (parágrafo 119 I 3 StPO). Si la orden no puede cumplirse a tiempo, el ministerio público o la institución penitenciaria pueden emitir una orden provisional, que debe presentarse al tribunal para su aprobación en un plazo de tres días hábiles (parágrafo 119 I 4 StPO). Debido a las posibles restricciones que interfieren con las libertades civiles, las condiciones de la detención son a menudo más estrictas que en las ejecuciones regulares. Sin embargo, a diferencia de los prisioneros en detención preventiva, los prisioneros en detención preventiva no están sujetos a la obligación de trabajar.

El **parágrafo 89c JGG** establece normas de protección para **jóvenes y adolescentes**. En el caso de los menores de 21 años, la detención preventiva se lleva a cabo de conformidad con las normas para la ejecución de la detención preventiva de los reclusos **jóvenes** y, de ser posible, en las **instalaciones especiales** previstas para los reclusos jóvenes (párrafo 89c I 1 JGG). Esto también

es posible por orden judicial si la persona no tiene aún 24 años cuando se ejecuta la orden de detención (parágrafo 89c I 2 y III JGG). Los menores de 18 años sólo podrán ser alojados con jóvenes presos que hayan cumplido los 18 años si el alojamiento conjunto no es contrario a su bienestar (parágrafo 89c II 1 JGG). Un joven sólo puede ser alojado con presos que hayan cumplido los 24 años si ello redundaría en su interés (parágrafo 89c II 2 JGG).

En lo que respecta a las **condiciones de las cárceles**, la ley de detención preventiva del estado federal de Renania del Norte-Westfalia, por ejemplo, estipula que los presos en detención preventiva se consideran inocentes y deben ser tratados en consecuencia, de modo que no parezca que están siendo retenidos para cumplir una sentencia (parágrafo 1 I 1 UVollzG NRW (Ley de detención preventiva de Renania del Norte-Westfalia)). Los presos en detención preventiva pueden obtener **comodidades y empleo** a su costa, siempre que sean compatibles con el propósito de la detención y no menoscaben la seguridad o el orden de las instituciones (1 II UVollzG NRW). Los prisioneros en detención preventiva pueden por lo tanto usar su propia ropa, por ejemplo. **Las restricciones oficiales** sólo pueden imponerse a los presos en detención preventiva, además de una orden judicial de conformidad con el parágrafo 119 StPO, en la medida en que sean indispensables para mantener la seguridad o evitar una grave alteración del orden de la institución. Estas restricciones deben estar en proporción razonable con el propósito de la orden y no deben afectar a los prisioneros en detención preventiva más y durante más tiempo del necesario (parágrafo 1 III UVollzG NRW). A menos que se hayan ordenado restricciones de acuerdo con el parágrafo 119 StPO, los prisioneros en detención preventiva pueden recibir y enviar cartas y recibir visitas.

Después del comienzo de la ejecución, se debe nombrar de oficio y sin demora un **defensor público para** cada prisionero en detención preventiva, siempre y cuando no tenga todavía un defensor (párrafos 140 I nº 4 y 141 II nº 1 StPO). La **protección jurídica** contra las decisiones o medidas oficiales de detención preventiva está disponible previa solicitud (parágrafo 119a StPO).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Höflich / Schriever / Bartmeier, Grundriss Vollzugsrecht: Das Recht des Strafvollzugs und der Untersuchungshaft für Ausbildung, Studium und Praxis, 4ª ed. 2013; *Huber*, Grundwissen Strafprozessrecht: Die Anordnung der Untersuchungshaft, JuS 2009, 994; *Morgenstern*, Die Untersuchungshaft, 2018; *Osten-*

dorf (Hrsg.); Untersuchungshaft und Abschiebehaft: Anordnung, Vollzug, Rechtsmittel, 2012; *Schlothauer / Weider / Nobis*, Untersuchungshaft: mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder, 3ª ed. 2016; *Seebode*, Der Vollzug der Untersuchungshaft, 1985; *Wiesneth*, Die Untersuchungshaft, 2010.

Notas

- 1 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29ª ed. 2017, § 30 marginal 1.
- 2 *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 5ª ed. 2019, § 9 marginal 2.
- 3 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2018, p. 364.
- 4 *Arloth*, GA 2008, p. 129 y ss.; *Bittmann*, NStZ 2010, p. 13 y ss.; *König*, NStZ 2010, p. 185 y ss.
- 5 *Graf*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 112 marginal 3.
- 6 *Graf*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 112 marginal 6.
- 7 *Graf*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 112 marginal 11.
- 8 OLG Saarbrücken StV 2000, 208, 209; OLG Stuttgart NStZ 1998, 427.
- 9 OLG Köln StV 1994, 582; OLG Karlsruhe StV 2001, 118, 119; OLG Koblenz StV 2002, 313, 314 f.
- 10 *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 11ª ed. 2018, marginal 212.
- 11 OLG Hamm NStZ-RR 2010, 158; KG StV 2012, 350.
- 12 *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 9ª ed. 2018, § 10 marginal 9.
- 13 *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 5ª ed. 2019, § 9 marginal 23.
- 14 BVerfGE 19, 342, 349 ff.; *Graf*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 112 marginal 42.
- 15 BVerfGE 19, 342, 349 f.; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 9ª ed. 2018, § 10 marginal 11.
- 16 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29ª ed. 2017, § 30 marginal 12.
- 17 *Graf*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 112a marginal 5.
- 18 *Graf*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 112a marginal 19.
- 19 *Graf*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, Vorbemerkung § 112 marginal 7.
- 20 *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 11ª ed. 2018, marginal 216.
- 21 *Schmitt*, en: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62ª ed. 2019, § 112 marginal 11 s.
- 22 OLG Koblenz NJ 2019, 78.
- 23 BVerfGE 36, 264, 270; 53, 152, 158; BGHSt 38, 43, 46.
- 24 BVerfG NJW 2006, 672.
- 25 BVerfG NJW 2005, 3485.
- 26 <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8721843.html>.
- 27 <https://www.sueddeutsche.de/politik/nsu-prozess-baldige-rueckkehr-nach-jena-1.4057033>.
- 28 *Schultheis* en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 126a marginal 1.

29 *Schultheis* en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 127b marginal 1.

30 *Herzog*, StV 1997, p. 215; *Meyer-Goßner*, ZRP 2000, p. 345, 348 s.; *Stintzing/Hecker*, NStZ 1997, p. 569.

31 *Wenske*, NStZ 2009, p. 63.

32 BGHSt 55, 87, 89; *Gmel*, en: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8ª ed. 2019, § 230 marginal 1.

33 *Schmitt*, en: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62ª ed. 2019, § 230 marginal 21.

34 *Schmitt*, en: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62ª ed. 2019, § 230 marginal 22.

Argentina

Luis Fernando Niño

*Universidad de Buenos Aires*¹

I. La discusión sobre el encarcelamiento preventivo es tan antigua como ineficaz ha sido su impacto en la praxis jurisdiccional globalmente considerada, a escala nacional y regional, a pesar de los múltiples esfuerzos por lograr normas y criterios hermenéuticos que definieran con nitidez la legitimidad del sistema penal a la hora de privar de su libertad ambulatoria a individuos sobre quienes no ha recaído sentencia declarativa de culpabilidad. La clara contradicción al principio de inocencia —axioma indispensable del sistema de garantías propio de un Estado de Derecho— debería convertir a la prisión preventiva —así se la denomina en nuestro medi. en una figura jurídica de excepción, rigurosamente ceñida a la necesidad y a la razonabilidad, extremos que, aunque demandados como base de toda especie de medida cautelar, obligan al legislador y al intérprete al máximo celo, cuando lo que está en juego es el sacrificio de un derecho fundamental de la persona en aras de la concreción de los fines del proceso penal.

Lejos de cualquier propósito de originalidad, esta introducción sólo pretende sintetizar argumentos esgrimidos desde la teoría del proceso penal y —al menos, en apariencia— aceptados genéricamente por nuestra comunidad académica², pero faltos de análoga receptividad en las decisiones judiciales de este país, como se intentará evidenciar en este informe.

II. Tal como hubo de señalarse en ocasiones anteriores, la adopción de la forma republicana y federal de gobierno y la correlativa existencia de facultades no delegadas por las provincias a la autoridad nacional, entre las que se cuenta la administración de la justicia dentro de sus respectivos límites territoriales³, dan lugar en Argentina a la vigencia de veinticinco

códigos en materia procesal penal, uno para la justicia federal, veintitrés dictados por aquellas autoridades locales y el restante, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Las lógicas limitaciones de espacio obligan en este caso a reducir las referencias al primero de tales cuerpos de leyes, máxime en circunstancias institucionales de transición entre dos textos sucesivos, el que permanece en vigor desde 1991⁴, y el creado por ley 27063⁵, cuya implementación progresiva viene regulando morosamente una comisión, integrada por representantes de ambas Cámaras del Congreso Nacional⁶. Esa singular situación permite apreciar algunas diferencias de importancia al compararlos, de cara al tópico que nos ocupa.

Conforme al artículo 312 del instrumento que aun rige en la mayor parte del territorio argentino, en la órbita nacional y federal, el juez *“ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando: 1º) Al delito o al curso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. 2º) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319”*.

La norma en cuestión combina con aquellas que tratan la exención de prisión y la excarcelación —artículos 316 y 317—, según las cuales corresponde la libertad de una persona detenida cuando, calificados los hechos, pudiere corresponder al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, o bien el juzgador estimare *prima facie* que procederá una condena de ejecución condicional, cuyo límite máximo en nuestro Código Penal es de tres años, conforme lo dispuesto en su artículo 26⁷.

Sin embargo, en virtud del mentado artículo 319 del código que aún mantiene vigor, la exención de prisión o excarcelación puede denegarse, de todos modos, *“... cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.”*

Este complejo sistema normativo dio lugar a enormes diferencias, en términos de interpretación y de aplicación a cada caso concreto, durante las casi tres décadas de vigor de dicho cuerpo de leyes. La espe-

culación sobre la eventual pertinencia de una pena de ejecución condicional convirtió a las resoluciones alusivas al dictado de la prisión preventiva en verdaderas profecías sobre el resultado de juicios futuros; y a esa indeseable metamorfosis contribuyó el difuso y heterogéneo elenco de causas impeditivas de la concesión de libertad bajo proceso, contenido en la disposición precedentemente citada, en el que destaca la evaluación de las características del hecho imputado.

Un intento significativo en el sentido de otorgar un mínimo de coherencia a las decisiones de los tribunales del fuero penal en esta materia quedó plasmado en el fallo plenario originado en el caso *“Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ Recurso de inaplicabilidad de la ley”*⁸ de la Cámara Nacional de Casación Penal, órgano que en el año 2008 resolvió sentar como doctrina que *“no basta en materia de excarcelación o eximición (sic) de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”*.

La decisión, en rigor de verdad, no hizo más que recoger y ampliar el criterio que ya había expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en distintos fallos, algunos años antes⁹, en línea con aquel desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes 2/97¹⁰ y 35/07¹¹, y reafirmar la excepcionalidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la no arbitrariedad como características fundamentales —aunque no las únicas— del instituto de la prisión preventiva.

En el año 2013, la misma CIDH elaboró un oportuno informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, en el que se dedica un apartado específico a las hipotéticas causas de justificación del encarcelamiento anticipado carentes de validez o insuficientes. En dicho documento todo gira, como no podría ser de otro modo, en torno a consideraciones de carácter general sobre el principio de inocencia y del ineludible requisito de fundar y acreditar debidamente las razones que hagan excepción, en la especie, a su normal preponderancia, so pena de arbitrariedad de lo decidido; y se cita expresamente como ejemplo el caso en que la aplicación de tal modalidad de cautela personal se determinare esencialmente en función del tipo de delito o de la expectativa de pena¹².

III. Tal como quedó expresado en el apartado II, el plexo normativo destinado a regir en todo el territorio nacional en materia de delitos federales es el creado por ley 27063, con sus sucesivas reformas¹³. En lo que aquí interesa, el precepto crucial, formalmente mejorado a través de la ley 27482, es el artículo 17, que quedó redactado del siguiente modo: *‘Artículo 17. Restricciones a la libertad. Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia de peligro real de fuga u obstaculización de la investigación. Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de libertad, conforme a las reglas de este Código’*.

Cabe apreciar, pues, que se deja de lado el alambicado cruce de reglas del régimen subsistente hasta nuestros días en veintitrés de las veinticinco circunscripciones, y se incide sobre los dos únicos riesgos procesales pasibles de aprobación, si se atiende a los lineamientos del aludido informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como sobre el recaudo de la existencia y suficiencia de elementos probatorios tendientes a imputar un delito reprimido con prisión.

Hacia fines del pasado año, ante la reiterada aparición de planteos judiciales fundados en el principio de igualdad ante la ley, motivados en la coexistencia de ambos ordenamientos en materia procesal penal federal, la aludida Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación dictó la Resolución 2/2019¹⁴, mediante la cual ordena, en el rubro que aquí importa destacar, la implementación, *“para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional”*, de los artículos 210, 221 y 222, sin perjuicio de la permanencia del restante ritual hasta su completa sustitución. A raíz de tal operatividad, además de reconocerse el carácter subsidiario de la prisión preventiva, se introducen los criterios específicos para su eventual aplicación, enumerándose, aunque no taxativamente, las pautas a considerar como indicadores de peligro de fuga o de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, respectivamente¹⁵.

IV. Ahora bien; más allá de la complicación que supone la convivencia parcial de dos códigos procesales, y sin perjuicio de reconocerse cierto avance en materia de encarcelamiento preventivo en el nuevo repertorio legal que se acaba de citar, lo cierto es que ni las consideraciones del fallo plenario “Díaz Bessone”, ni los recordados decisorios de la Corte Suprema de Justicia, ni los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ni los numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos consecuentes con aquellos, han incidido en la jurisprudencia nacional en punto a alcanzar un nivel aceptable de coherencia en la interpretación del derecho convencional, constitucional y legal aplicable sobre la procedencia del encarcelamiento preventivo que satisfaga tanto los requerimientos del principio de seguridad jurídica en la materia como la protección de la libertad individual.

No sólo se advierte que la expectativa de pena en abstracto continuó siendo un fundamento principal de las decisiones favorables a la imposición o mantenimiento de la prisión preventiva¹⁶, a menudo acompañado por la valoración de las características del hecho, sino que han hecho su aparición nuevos e insólitos argumentos, basados en consideraciones generales y —por lo tanto— desinteresados de las particularidades del caso, en pos de cimentar tanto el peligro de fuga como el entorpecimiento de la investigación.

A título de mero ejemplo, tratándose de procesos en los que se ventilan delitos relacionados con tenencia y tráfico de drogas, es de cita frecuente la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, seguido de la afirmación de que los rendimientos financieros que el tráfico otorga podrían ser utilizados para eludir la acción de la justicia, sin otra referencia objetiva al concreto asunto bajo análisis y sin que siquiera se haya discutido en el proceso la pertenencia del imputado a una organización delictiva¹⁷.

En cuanto al entorpecimiento de la investigación se ha abierto camino, en el caso de individuos que han sido funcionarios públicos, el argumento que considera, también en abstracto, que no obstante hallarse sometidos a proceso, la cuota de poder que —hipotéticamente— conservan podría ser empleada para facilitar la obstaculización del proceso¹⁸.

Resulta, pues, necesario insistir en la consideración de la prisión preventiva como medida exclusivamente cautelar y nunca asociada a finalidades diferentes de las estrictamente procesales en este único sentido¹⁹. Todo desvío en tan sensible tema representa una odiosa tendencia al punitivismo, cuya inasible meta radica en la evitación de la impunidad, aun a costa de la flexibilización de ciertas garantías básicas. Ello implica soslayar que son esas garantías las que otorgan legitimación al Poder Judicial y —en consecuencia— a sus decisiones, no así el consenso o la representatividad política, como ha sabido apostrofar Luigi Ferrajoli, al hallar en “la oposición y la resistencia manifestada hoy por muchos jueces hacia las garantías”, “un signo de miopía y de desconsideración”²⁰.

No es tarea sencilla desbrozar ese terreno; sin embargo, emprenderla se impone como obligación a todo hombre o mujer de Derecho. Incluso la política criminal tiene mucho que decir al respecto, puesto que las políticas criminales, como políticas públicas, no son decisiones aisladas sino por el contrario, constituyen verdaderos programas, con fundamentos específicos como punto de partida y con objetivos claros como destino final.

Notas

1 La profesora Mariana Trebisacce, destacada docente de la Cátedra a mi cargo, recolectó los datos que ilustran esta aportación y redactó el primer borrador.

2 V, por todos, MAIER, Julio: *"Derecho Procesal Penal"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, Tomo III, p. 415 y ss.

3 Constitución Nacional, art. 5º.

4 Ley 23984, sancionada el 21 de agosto de 1991 y promulgada el 4 de Setiembre del mismo año.

5 Publicado en el B. O. del 10 de diciembre de 2014. Su entrada en vigencia, prevista inicialmente para el 1º de marzo de 2016 se suspendió el 24 de diciembre de 2015, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 275/2015, según el cual quedó sujeta a un cronograma de implementación progresiva a establecerse por la mentada Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación. En el lapso subsiguiente se practicaron incorporaciones a su articulado, mediante ley 27.272, publicada en el B.O. del 1º de diciembre de 2016, que introdujo el procedimiento de flagrancia, así como ciertas modificaciones, introducidas por ley 27.482 (B.O. del 6 de diciembre de 2018).

6 Sobre la base de esa peculiar gradualidad, el nuevo ordenamiento procesal sólo ha entrado en vigor, hasta el momento de redactarse este informe, en las provincias de Salta y Jujuy.

7 *"Artículo 26: En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación."*

8 "Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ Recurso de inaplicabilidad de la ley" Cámara Nacional de Casación Penal. 30/10/2008. Acuerdo N 1/2008, en Plenario N 13.

9 CSJN "Estevez, José Luis s/solicitud de excarcelación" Causa nro. 33.769. 03/10/97 (320:2105)

CSJN "Nápoli, Erika Elizabeth y otros" 22/10/98 (321:3630)

CSJN "Trusso, Francisco Javier s/ incidente de excarcelación" causa nro. 91.833/51. 12/11/03 (326:2716).

10 CIDH. Casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255,

11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, Y 11.504. Argentina. 11 de marzo de 1997-

11 CIDH. Informe n° 35/07. Caso 12.553. Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay.

12 Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2013, pp. 62/72.

13 V. nota 5.

14 Publicada en el B.O. del 19 de noviembre de 2019.

15 Conforme al texto ordenado por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 118/2019, del 7 de febrero de dicho año, forzado por las sucesivas modificaciones impuestas al texto original de la ley 27063, dichos artículos rezan así: **"ARTÍCULO 210.** Medidas de coerción. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje; f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto"..... **"ARTÍCULO 221.** Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a. Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;

b. Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos; c. El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permita presumir que no se someterá a persecución penal. **ARTÍCULO 222.** Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el

imputado: a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;

b. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución;

c. Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos; d. Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e. Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaren”.

16 Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, causa 44.393-2017 “A., R. D. s/excarcelación” del 17/8/17.

17 Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 8 de la Capital Federal: CFP 5248/2019/TO1/2, del 13/12/19.

18 Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala 2: CFP5218/2016/17CA14, del 17/10/17.

19 PASTOR, Daniel: “Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal”. “Las funciones de la prisión preventiva” Hammurabi. Buenos Aires, 2012, p. 297.

20 FERRAJOLI, Luigi: “Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal - El juicio penal”. Hammurabi. Buenos Aires, 2013, p. 466.

Brasil

Prof. Dr. Alexsandro Couto de Brito

Universidade Mackenzie. São Paulo.

As prisões processuais podem ser classificadas em prisão para investigação e prisão cautelar. Nenhuma delas pode ser determinada *ex officio* pelo magistrado, é dizer, todas devem ser requeridas pelo Promotor de Justiça, pelo Chefe de polícia ou pelo Acusador privado. A seguir, analisaremos suas particularidades.

1. Prisões para fins de investigação

O sistema de justiça criminal dispõe de duas prisões para investigação. Na Lei nº 7.960/89 está a prisão temporária e no Código de Processo Penal, art. 302, encontramos a prisão em flagrante.

1.1 Prisão temporária

A origem da prisão temporária em nosso ordenamento não costuma ser associada a algo legítimo. Antes da Constituição de 1988, especialmente no período de ditadura militar que a antecedeu, era comum —mas igualmente ilícito— que as autoridades policiais e seus agentes “recolhessem” algumas pessoas para que depois pudessem “averiguá-las”. Tais pessoas eram mantidas presas sem que estivessem em situação de flagrante delito ou sem qualquer ordem judicial. Essa prisão que inicialmente era para investigações (ou averiguações) não era combatida e logo se tornou uma prisão para “correção”, um castigo dado pela polícia a

determinados sujeitos que incomodavam ou impediam seu trabalho. Nessa época, tornou-se comum que as carceragens dos distritos policiais ficassem repletas de pessoas detidas sem motivo legal.

A finalidade da prisão temporária foi sempre duramente criticada. Supostamente, deveria auxiliar na investigação, mas seus objetivos nunca foram muito claros, especialmente diante da previsão constitucional do estado de inocência e da não autoacusação, que garantem a qualquer acusado o direito de não colaborar com sua incriminação. Normalmente, se justifica que a prova poderá ser comprometida se o investigado permanecer solto, contudo este motivo se confunde com o previsto para decretação da preventiva (garantia da instrução criminal). A partir disso, iniciou-se um entendimento doutrinário de que a prisão temporária serviria para instrução da investigação nos moldes em que a prisão preventiva serve também para a instrução criminal. Por esse entendimento, a partir da edição da Lei nº 7.960/89 não mais se poderia decretar uma prisão preventiva na fase de inquérito policial, somente a prisão temporária. Esse entendimento vinha ganhando força, até a alteração do capítulo sobre a prisão promovida pela Lei nº 12.403/2011, que expressamente previu no inciso I do art. 282 do Código de Processo Penal a decretação de cautelar —no caso, prisão preventiva— para fins de investigação. Assim, a única diferença atual que existe entre uma prisão temporária e uma preventiva diz respeito à maior facilidade para a concessão da primeira, que não exige prova do fato, algo indispensável para a decretação da prisão preventiva.

De acordo com o texto legal, seria possível a decretação da prisão temporária nos seguintes casos (art. 1º da Lei nº 7.960/89):

I. quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II. quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III. quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; roubo; c) extorsão e extorsão mediante sequestro; d) estupro; e) epidemia com resultado de morte; f) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; g) associação criminosa; h) genocídio; i) tráfico de drogas; j) crimes contra o sistema financeiro; l) Terrorismo.

Tais incisos foram muito mal redigidos, e houve a necessidade de que o intérprete conciliasse e limitas-

se os casos de sua decretação. A grande dúvida surgiu quanto aos incisos serem alternativos ou cumulativos na hora de se decidir pela prisão. Uma rápida leitura permite-nos identificar que o inciso II prejudica o entendimento, tanto em um quanto em outro sentido. Prender somente por ausência de identificação ou não prender somente pela presença de identificação tornaria o instituto inaplicável. Atualmente, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que o inciso III deve sempre ser respeitado, por ser a limitação material das hipóteses mais graves e que justificariam uma privação da liberdade, em abstrato. Como parâmetro concreto, o magistrado deverá conciliar ou o inciso I ou o inciso II, a depender da fundamentação do requerimento oferecido pela autoridade policial ou pelo promotor de justiça.

Em nosso entendimento, os incisos I e III deveriam estar sempre presentes. Na atual configuração das estruturas do Estado, não seria possível se pensar que uma pessoa deve ficar presa por vários dias apenas para que seja identificada, ainda que nos casos previstos no inciso III.

Outro ponto importante a corroborar esse entendimento é que a prisão temporária deve sempre estar vinculada a um inquérito policial que é o instrumento reconhecido por lei para que se tenha uma investigação. O que formaliza a instauração do inquérito é a portaria editada pela autoridade policial. A autoridade policial não pode representar pela prisão temporária tendo por base apenas um mero boletim de ocorrência, por exemplo, ou tendo por base uma mera representação formulada pelo ofendido ou seu representante legal. É essencial que o inquérito policial tenha sido instaurado a partir dessas informações, já que esta é a exigência expressa do inciso I do art. 1º da lei.

Por força de lei, a prisão temporária deverá durar, no máximo, cinco dias, prazo que em caso de real e fundamentada necessidade poderá ser prorrogado por mais cinco dias. Esse prazo está exatamente em consonância com o prazo para o término das investigações do inquérito policial com o acusado preso, que é de dez dias. Em casos de crimes hediondos ou equiparados a hediondos (Lei 8.072/90), simplesmente por essa qualidade, o prazo poderá ser de 30 dias, prorrogável por igual período, o que se contrapõe ao prazo de inquérito policial.

Ressaltamos que os prazos poderão ser prorrogados uma única vez. Da mesma forma, somente se poderá prender alguém temporariamente por uma única vez, ainda que a prisão tenha durado apenas cinco dias. O fato de não ter sido prorrogada não implica que poderá ser dividida em duas prisões de cinco dias.

Decretada a prisão e expedido o mandado, o sujeito será procurado para cumprimento. A lei proíbe que se prenda ou se detenha uma pessoa para depois se apresentar pela prisão. O § 5º do art. 2º expressamente determina que “a prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial”.

Não havendo pedido de renovação ou terminada a necessidade de se manter o sujeito preso, deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sem a necessidade de alvará de soltura, comunicando-se o juiz que decretou a prisão.

1.2 Prisão em flagrante

A prisão antecedente à pena mais conhecida do leigo é a prisão em flagrante, motivada pela patente autoria e materialidade daquele que está cometendo o crime. Esta é a definição do flagrante propriamente dito, ou simplesmente próprio: estar cometendo um crime. Pelo texto do art. 302 do CPP, estará em flagrante quem:

I. está cometendo a infração penal;

II. acaba de cometer-la;

III. é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV. é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O Código de Processo Penal vai além, e aumenta o conceito legal de flagrante. Também poderá ser preso em flagrante quem acabou de cometer a infração ou ainda permite que apenas por presunção o suposto autor também seja preso, o que jamais conseguiu ser explicado satisfatoriamente pela doutrina.

Em tese, qualquer infração penal permitiria a elaboração de um auto de prisão em flagrante, mais como um registro fático e probatório do que como uma ordem de prisão. O auto é a materialização de que um sujeito foi surpreendido no momento que a infração estava sendo cometida. Como consequência da elaboração do auto, poderá surgir a prisão, caso a autoridade policial tenha a convicção de que o retratado no auto elaborado possua força probatória suficiente para autorizar a restrição da liberdade. O correto seria denominar o auto apenas como Auto Flagrancial, sem a referência à prisão. Em alguns momentos, a própria lei despreza a elaboração do auto, o que em termos de coleta da prova pode prejudicar o conjunto probatório. Mas entendemos que o interesse da lei é o de evitar a prisão, ainda que para isso —e na esteira de nossa cultura processual— dispense a elaboração do auto. Nos crimes de menor

potencial ofensivo (Lei 9.099/95. prisão de até 2 anos), caso o autor do fato se comprometa a comparecer em juízo oportunamente, não se lhe imporá prisão, bastando para registro a elaboração de um Termo Circunstanciado. Também não será preso o condutor do veículo que no momento do acidente de trânsito prestar socorro à vítima. E a lei de drogas também impede a prisão do usuário surpreendido na posse de drogas para consumo.

Tão logo à autoridade seja apresentada uma pessoa detida, sua prisão deverá ser formalizada em 24 horas. Esse é o prazo que a lei estipula para que se formalize a prisão ou que se liberte o acusado. Terminado o auto, a autoridade, fundamentando sobre seu convencimento acerca da suspeita contra o conduzido, mandará recolhê-lo à prisão (CPP, art. 304, § 1º). Como ato formal de comunicação ao acusado da imputação que lhe é feita, a autoridade policial entregará àquele um documento contendo o motivo da prisão e a infração penal, o nome das testemunhas e da autoridade responsável pela sua prisão e, sendo afiançável a infração, também o valor da fiança arbitrada. A esse documento a lei chamou nota de culpa (art. 306, § 2º) e que deve ser entregue ao preso no prazo de 24 horas. Se a infração for afiançável, significa que a própria lei considerou dispensável a prisão como medida cautelar, e a autoridade policial poderá arbitrar o valor da fiança a todos os crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos.

Lavrado o auto, o art. 306 do Código de Processo Penal determina que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Tão logo receba a comunicação da prisão o magistrado promoverá em até 24 horas uma audiência para decidir sobre a necessidade de sua manutenção. Caso seja ilegal ou não seja necessária, deverá colocar o réu em liberdade, incondicionalmente ou mediante pagamento de fiança. Se a o promotor de justiça entender que há necessidade de manutenção da prisão, deverá requere-la expressamente e o juiz decidirá agora pela decretação da prisão preventiva.

2. Prisão cautelar

2.1. Prisão preventiva

Tanto na fase de investigação quanto na fase processual poderá ser decretada a prisão preventiva se expressamente houver pedido do comissário de polícia ou da acusação (pública ou privada). Tal prisão deverá ser obrigatoriamente revista pelo magistrado a cada 90 dias, sob pena de se tornar ilegal. Conforme o texto

do Código de Processo Penal somente se decretará a prisão preventiva se houver:

a) prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o comumente denominado pela doutrina de *fumus commissi delicti* (art. 312, *in fine*, CPP);

b) um dos fundamentos aptos a demonstrar a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), cujas hipóteses estão previstas alternativamente no art. 312 e seu parágrafo único:

- garantia da ordem pública ou da ordem econômica;
- conveniência da instrução criminal;
- assegurar a aplicação da lei penal;
- descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

c) uma das condições de admissibilidade, previstas no art. 313 e seu parágrafo único:

- nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos;
- reincidente em crime doloso;
- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
- quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Para a prisão preventiva é necessária a demonstração, incontestada, da existência de um crime. Sem essa certeza, não há prisão preventiva, devendo-se valer a autoridade policial da prisão temporária para investigar o fato. Além da certeza do crime, é preciso que haja indícios suficientes e objetivos sobre a suposta autoria, já que a finalidade é evitar atos futuros sempre associados ao acusado.

Há discussão sobre a possibilidade de se decretar prisão preventiva em crimes culposos. A antiga redação do art. 313 era explícita nesse sentido¹, mas a nova redação igualmente não autoriza outra interpretação, já que todos os incisos do art. 313 obrigatoriamente possuem o elemento “dolo”. Conforme o artigo, caberá a prisão preventiva em crimes *dolosos* cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, também em reincidência *por outro crime doloso*, e em casos de violência doméstica, o que inevitavelmente no caso concreto exige tal *elemento subjetivo específico*, ou seja, que se atua em situação de violência de gênero de forma dolosa.

Em seguida, deve a autoridade judiciária identificar de forma objetiva quais os atos futuros que se pretende evitar (prevenir), igualmente apontando de forma objetiva quais os elementos fáticos que a levaram à convicção de que o ato futuro tem uma probabilidade alta de ser realizado.

A primeira situação —considerada extremamente controversa— é a prisão decretada para garantia da ordem pública ou econômica, normalmente associada à continuidade da prática criminosa. Costuma-se justificar a prisão nesses casos com o argumento de que o acusado continuará cometendo outros crimes, tenham ou não relação com o delito ao qual está sendo acusado no processo que derivou sua prisão.

A segunda situação é a de garantir a instrução criminal, por fatos objetivos e não conjecturas de que o acusado comprometerá a produção da prova, enquanto isto puder acontecer, poderá o magistrado fundamentar a prisão preventiva.

Na terceira situação o juiz também poderá determinar a prisão preventiva se, por motivos fáticos objetivos, identificar que o acusado se furtará à aplicação da pena e prepara sua fuga para não se submeter à sanção penal decorrente de futura condenação.

Com o quarta situação uma recente alteração do texto legal, que incluiu no parágrafo único do art. 312 a possibilidade de se decretar a prisão preventiva pelo descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal (fiança, monitoramento, recolhimento domiciliar etc.)

Além dos motivos fáticos, existem as exigências jurídicas para a decretação da prisão preventiva: pena máxima do crime superior a quatro anos; acusado reincidente em crime doloso; aplicação das medidas protetivas de urgência; e necessidade de identificação do acusado. Em qualquer desses casos, não se poderá decretar a prisão preventiva se os requisitos antecedentes do art. 312 não estiverem presentes.

2.2. Prisão domiciliar

Atualmente, o Código de Processo Penal permite que também o acusado em processo criminal possa ter sua liberdade restringida de forma menos gravosa, por motivos humanitários, determinando ao réu seu recolhimento em sua residência. Devemos ressaltar que a prisão domiciliar também é uma prisão, e por expressa previsão legal, para ser decretada, deverá possuir os requisitos da prisão preventiva. O art. 318 preceitua que a prisão domiciliar substituirá a prisão preventiva.

Segundo o art. 318, o juiz, justificando a necessidade de se manter cautela sobre o acusado, poderá converter a prisão preventiva em domiciliar, nas seguintes hipóteses:

- maior de oitenta anos;
- extremamente debilitado por motivo de doença grave;

- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência;
- gestante
- mulher com filho de até 12 anos
- homem caso seja o único responsável pelo cuidado do filho de até 12 anos.

A lei aparentemente é taxativa, mas nada impede que por outros motivos humanitários o juiz defira a prisão domiciliar, devendo este ser o entendimento a prevalecer. Tome-se, por parâmetro, casos de menor essência humanitária, como é o caso do deferimento de prisão domiciliar na ausência de vagas no sistema penitenciário de regime aberto. Mas mesmo o rol previsto proporciona, à primeira vista, alguns problemas de interpretação.

Certas situações são extremamente objetivas, como é o caso do réu maior de 80 anos e ser gestante de sétimo mês. Não nos parece que nestes casos possa o juiz denegar a conversão da preventiva em prisão domiciliar, por não haver espaço na lei para tanto. Preenchidos os requisitos, deverá converter. Também quanto a limite de 80 anos pode-se fazer uma crítica, já que tal idade não figura no sistema penal como limitadora de nada. A própria prisão albergue domiciliar prevê a idade de 70 anos para sua concessão, e nenhuma justificativa haveria para se aumentar este limite. Já os casos de debilitação por doença grave, imprescindibilidade de cuidar de menor de seis anos ou com deficiência e gestação de alto risco, caberá uma análise de conveniência por parte do magistrado, por serem situações que, em tese, admitem graduação.

3. Prisão especial

Nos casos de prisão cautelar, deve-se manter o preso em local separado daqueles que cumprem pena, por expressa determinação do art. 300 do Código de Processo Penal. Além dessa separação, outra considerada especial também deve ser feita. O art. 295 e várias leis extravagantes garantem o recolhimento em quartéis ou prisões especiais a determinados sujeitos. Pelo artigo citado, tais pessoas terão direito à prisão especial enquanto estiverem presas cautelarmente, mas algumas deverão ser mantidas separadamente mesmo durante o cumprimento de sua pena, como é o caso dos presos definitivos que, ao tempo do fato, eram funcionários da Administração da Justiça (art. 84, § 2º, da Lei de Execução Penal).

Pelo texto do art. 295, terão direito a serem recolhidos em regime especial:

- I. os ministros de Estado;

II. os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III. os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;

IV. os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”;

V. os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI. os magistrados;

VII. os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII. os ministros de confissão religiosa;

IX. os ministros do Tribunal de Contas;

X. os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI. os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos”.

Essa prisão especial consiste apenas no recolhimento em local distinto do local nos quais os presos sem essa prerrogativa se encontram e ao transporte em separado quando se deslocarem entre repartições ou estabelecimentos. A lei ainda prevê a possibilidade de a separação ser apenas com relação à cela, e não ao estabelecimento como um todo. Além dessas diferenças, sendo o preso militar de qualquer natureza, deverá ser encaminhado ao quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.

Notas

1 Redação antiga do artigo: “em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos **crimes dolosos** [...]”. Grifamos.

China

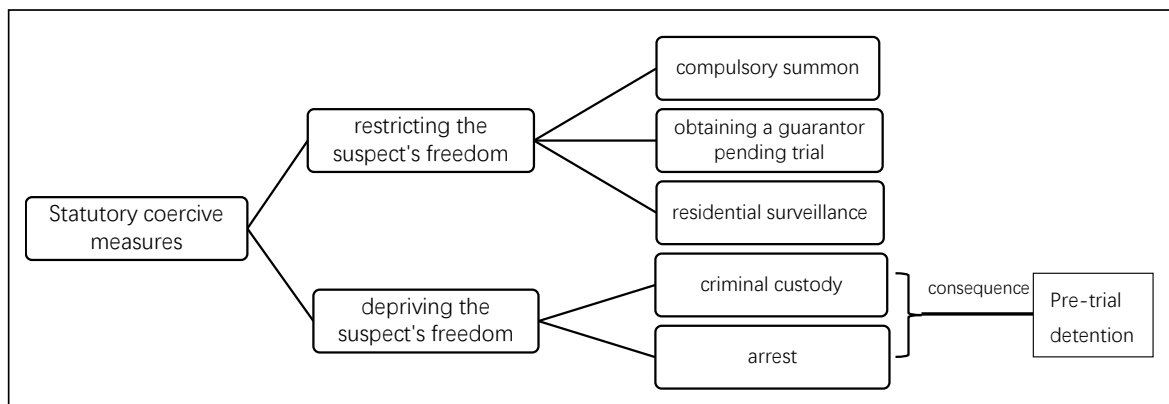
Jiajia Yu

Ph.D in juris (Tokyo University); Associate Professor in KoGuan Law School of Shanghai Jiao Tong University, China

I. THE NATURE OF PRE-TRIAL DETENTION IN CHINESE LAW

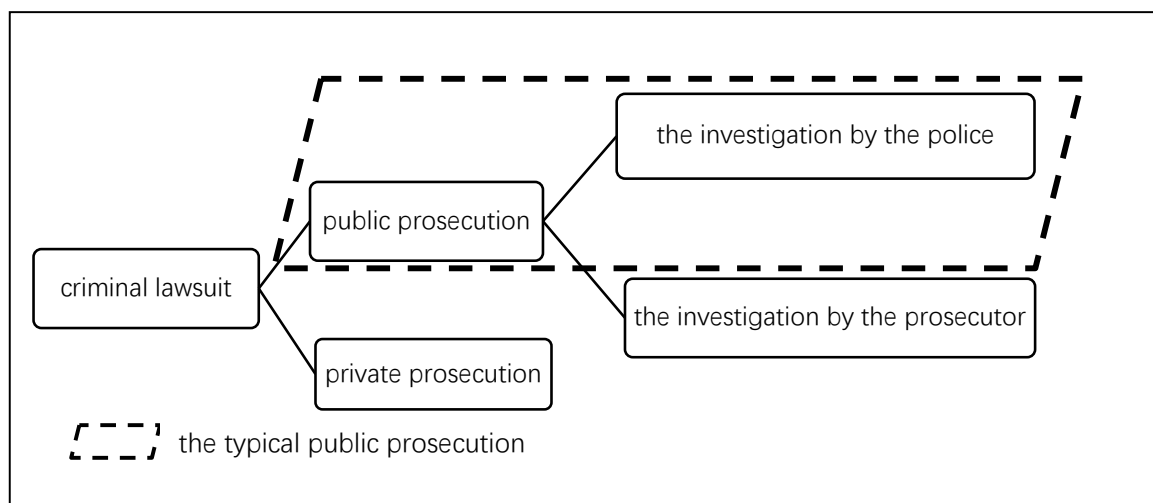
Pre-trial detention, which can be considered as preventive detention, means depriving a suspect of his/her freedom prior to trial. Its purpose is not to punish the suspect for his/her commission of an offence but to guarantee and safeguard the smooth development of the criminal process.

Pre-trial detention in Chinese law is based on the execution of the state’s power while its nature is different from statutory coercive measures defined in China’s Criminal Procedure Law (hereafter referred to as CCPL). Statutory coercive measures include “compulsory summon” (also called forced summon), “obtaining a guarantor pending trial”, “residential surveillance”, “criminal custody” and “arrest”. The former three serve to restrict the suspect’s freedom while the latter two serve to deprive the suspect’s freedom. According to the commonly accepted view in the literature, pre-trial detention is not a coercive measure but an inevitable consequence caused by criminal custody or arrest. In other words, the suspect will be in the situation of pre-trial detention once he/she comes to be under criminal custody or arrested. Therefore, it can be said that under the frame of Chinese law, almost all issues about pre-trial detention exist in the designs of the criminal custody system and the arrest system.



In Chinese law, procedures of a criminal lawsuit are differentiated based on “the public prosecution by the prosecutor” or “the private prosecution by the victim”. Procedures of the public prosecution depend on “the investigation carried out by the police” or “the investigation individually carried out by the prosecutor”¹. Hereafter the introduction is focused on “the typical

public prosecution”, saying the public prosecution with the investigation carried out by the police. During its procedure, pre-trial detention can happen in two cases: one happens during “the stage of the police’s investigation” and the other during “the stage of the prosecutor’s making a decision of filing the lawsuit in court”.



II. PRE-TRIAL DETENTION CAUSED BY CRIMINAL CUSTODY

Pre-trial detention can be caused by criminal custody.

i. The Material Requirement for Criminal Custody

In the case of the typical public prosecution², criminal custody of an individual is subject to the following prerequisites: the suspect must be a person caught in flagrante delicto or a person strongly suspected to commit the investigated crime; and at the same time, there must be one of the following so-called emergent situations: ①the suspect is preparing for the commission of the crime or is perpetrating the crime, or has been discovered immediately after the commission; ②the suspect has been identified by the victim or the witness at the scene; ③evidence of crime has been found beside the suspect or in the suspect’s residence; ④a suspect attempts to commit suicide, or attempts to escape or already escaped; ⑤the suspect will probably hinder the investigation by destruction of evidence or by collusion; ⑥the suspect’s real name, address or identity has been concealed or hidden; ⑦there is a strong suspicion that the person fled hither and thither to commit offen-

ces, or has been involved in three or more criminal cases, or has been involved in a joint crime with at least another one joint offender³.

ii. The Procedural Requirement and Duration of Detention

The suspect must be transferred into the detention house, which is under the administrative management of the police, within 24 hours after the execution of the criminal custody so that the police inquiry can be done there⁴.

The deprivation of the suspect’s freedom caused by the criminal custody has been clarified for the first time by “the Provisions on the Police Procedure in Criminal Cases (hereafter referred to as PPPCC)”, which was issued on December 13, 2012 by China’s Ministry of Public Security. Key points are included in PPPCC as below:

First, the police inquiry should be conducted within 24 hours⁵.

Second, if the police inquiry draws the conclusion that the criminal custody should not be executed, the suspect should be released immediately⁶.

Third, if the police inquiry draws the conclusion that the arrest is a must, the police should report it to the prosecutor in principle within 3 days since the criminal custody begins and ask for the prosecutor's approval. But there are two exceptions. The first exception is that the duration of criminal custody can be extended another 4 days in a special situation. The second exception is that the duration of criminal custody can be continuously extended another 30 days if the following two requirements are met at the same time: ① there is a strong suspicion that the person committed the crime; ② the suspect fled hither and thither to commit offences, or has been involved in three or more criminal cases, or has been involved in a joint crime with at least another one joint offender⁷. The exceptional extension of the duration requires the approval of the procurator-general at or above the county level⁸.

As a conclusion, it is clear that theoretically, the duration of criminal custody can be extended to 37 days, which convinces that the deprivation of the suspect's freedom caused by criminal custody cannot be regarded temporary. In this sense, it is fair to comment that even the police have the power to decide the pre-trial detention.

iii. The Prosecutor's Supervision

The prosecutor has the power of supervising the whole criminal procedure. Therefore, the prosecutor, of course, can supervise the execution of criminal custody. If discovering criminal custody is wrongly executed, the prosecutor can correct it.

III. PRE-TRIAL DETENTION CAUSED BY ARREST

In most cases, pre-trial detention is caused by the arrest.

i. The Material Requirement for the Arrest

An arrest is the harshest coercive measure, which, therefore, shall only be taken if necessary. In the case of the typical public prosecution, an arrest is subject to the following prerequisites: ① there is solid evidence for the commission of the crime; ② the imprisonment or more severe punishment may be the sanction for the committed crime; ③ the public may be endangered if the suspect is not arrested⁹.

According to "the Regulation on Issues Related to the Arrest Application" (hereafter referred to as RIRAA) issued on August 6, 2001 by the Supreme Procuratorate and China's Ministry of Public Security, on

the following conditions it is necessary to arrest the suspect: ① the suspect possibly continues to commit offences so as to endanger the society; or ② the suspect possibly destroys or forges evidence, or interferes with witnesses' testimonies or confessions; or ③ the suspect possibly commits suicide; or ④ the suspect possibly takes actions as revenge against the society; or ⑤ the suspect possibly hinders the investigation in other cases; or ⑥ the suspect possibly endangers the society in other ways.

RIRAA also states that the suspect in principle should be arrested if he/she has been involved in organized crime, a criminal syndicate, a violent crime or a frequently occurring crime, which can seriously harm the social security and social order; or if he/she possibly hinders the investigation.

According to RIRAA, on the condition that the suspect suffers from a serious disease (eg. the disease is incurable; or the suspect is close to death; or the disease is contagious); or that the suspect is pregnant or is breastfeeding her own baby, even though an arrest has reasonable grounds, rather than arrest other coercive measures such as "obtaining a guarantor pending trial" and "residential surveillance" should be taken.

ii. The Procedural Requirement for the Arrest

In the case of the typical public prosecution, the police request an arrest warrant and the prosecutor issues it¹⁰. Exactly speaking, it is the procurator-general who generally has the power to issue an arrest warrant while in a hard case the procuratorial committee makes the final decision through discussions¹¹. The arrest is executed by the police.

From the perspective of protecting the suspect's human rights, in the 2012 amendment to CCPL the legislator designed a new system — "the prosecutor's inquiry before arrest". First, the prosecutor may inquire of the suspect before the arrest. What's more, on the following conditions the prosecutor should make inquiries: ① there is still doubt as to whether the material requirement for arrest has been met; or ② the suspect requests to have a face-to-face statement in front of the prosecutor; or ③ seriously illegal investigation activities are suspected. Second, the prosecutor may inquire of the witness and other participants, and as well as listen to the defence lawyer's opinions. When the defence lawyer has requests, the prosecutor should listen to them¹².

As to the police's request for arrest, the prosecutor can make two different decisions — approval or no ap-

proval. When the decision is the latter, the prosecutor should give the reason and if necessary, can order the police to make a supplementary investigation. When the decision is the former, the police should execute it without delay¹³.

iii. The Duration of Detention

The duration of detention begins since the suspect is arrested by the police. Once the suspect is arrested, pre-trial detention will consequently last till the criminal procedure ends. This phenomenon is called “carrying the detention to the end”. The criminal procedure after arrest includes two stages. The first is “the stage of the police investigation”. The police investigate the case and then send the suspect together with case files to the prosecutor. The second is “the stage of the prosecutor’s deciding on filing the lawsuit in court”. The prosecutor reviews case files and decides whether the case should be filed in court. Therefore, the duration of detention caused by arrest includes two parts —“the duration of the police investigation” and “the duration of the prosecutor’s decision”.

(1) The Duration of the Police Investigation

Generally, it shouldn’t last longer than 2 months¹⁴.

But in the hard case, if the investigation cannot be terminated within 2 months, the duration of the police investigation can be extended another 1 month (in other words, extended to 3 months) with the approval of the procuratorate at the next higher level.

What’s more, the duration can be continuously extended another 2 months (in other words, extended to 5 months) with the approval of the procuratorate at the provincial level in the following situations: ①the case is serious and complicated in nature and its scene is located in a remote area where the traffic is not convenient; or ②an organized criminal group is involved in the commission and its nature is serious; or ③the case is serious and complicated and the suspect fled hither and thither to commit offences; or ④many participants are involved in the case, which is serious and complicated in nature and the investigation for gaining evidence is difficult¹⁵.

Further, if the suspect may be sentenced to more than 10 years in prison, with the approval of the procuratorate on the provincial level, the duration may be continuously extended another 2 months (in other words, extended to 7 months)¹⁶.

(2) The Duration of the Prosecutor’s Decision

In an ordinary criminal procedure, the prosecutor should decide within 1 month. But in the case which is

serious and complicated in nature, the duration can be extended another 15 days (in other words, extended to 1 month and 15 days).

In the case where the suspect confesses the crime and accepts the criminal sanction, the case will be handled through the “fast-track sentencing procedure”¹⁷. In such a procedure, the prosecutor should in principle decide within 10 days and as an exception, if the suspect may be sentenced to more than 1 year in prison, the term can be extended to 15 days.

(3) Conclusion and Notice

When we calculate “the duration of the police investigation” and “the duration of the prosecutor’s decision” together, we can say that theoretically, the duration of pre-trial detention after arrest can be as long as 8 months and 15 days in an ordinary criminal procedure and 7 months and 15 days in the fast-track sentencing procedure.

However, in the practice of law, the duration of pre-trial detention cannot stretch to that degree. According to empirical researches made by scholars, the average duration is about 60 days, which is different from the theoretically possible duration. Why does the difference exist? The reason is that neither the police nor the prosecutor can use up the time allowed by law. Nevertheless, the phenomenon of “carrying the detention to the end” is in any case still there. It can be said that the duration of pre-trial detention does not depend on whether the pre-trial detention is needed, but finally depends on how effective the police investigation can be approached and how fast the prosecutor’s decision can be made.

IV. A NEW SYSTEM: REVIEWING THE NECESSITY OF DETENTION IN INDIVIDUAL CASES

In order to protect a suspect’s rights and interests in a better way, the legislator introduced a new system called “reviewing the necessity of detention in individual cases” by amending CCPL in 2012. The system refers to a supervision activity where the prosecutor reviews the necessity of continuous detention of an arrested suspect and if considering it unnecessary, the prosecutor shall suggest that the police release the arrested suspect or take another coercive measure¹⁸. The Supreme Procuratorate issued “the Provisions on the Handling of Cases about Reviewing of the Necessity of Detention (for Trial Implementation)” on January 22, 2016 in order to clarify the new system in detail.

As to the new system, three points deserve special attention. First, reviewing the necessity of detention is not

the prosecutor's duty. Second, when the arrested suspect, his/her deputy, his/her relative or his/her defence lawyer applies for the prosecutor's reviewing the necessity of detention, the prosecutor has the power to ask for the statement as to why the detention is unnecessary and to decide whether the reviewing activity should be approached. Third, the prosecutor shall make a comprehensive assessment of factors including the nature of the crime committed by the suspect, his/her subjective culpability, his/her confession to the crime, his/her state of health, the development of the criminal procedure, the penalty which may be imposed, his/her character of continuously endangering the society, and so on.

IV THE DECREASING TENDENCY OF THE PROPORTION OF PRE-TRIAL DETENTION CASES

Since 2012, the proportion of pre-trial detention cases, especially pre-trial detention caused by arrest in all criminal cases showed a decreasing tendency and fell below 70%. In 2012 both criminal procedural law and criminal substantive were amended, which is thought to contribute to the decreasing tendency to a large extent.

In the field of criminal procedural law, first of all, the 2012 amendment refined the requirements of arrest and introduced the system of "reviewing the necessity of detention in individual cases", which serve to restrict the arrest. What's more, the 2012 amendment designed the special procedure for a minor suspect, in which the law enforcement should be restricted from arresting a minor suspect¹⁹.

In the field of criminal substantive law, the 2012 amendment lowered the thresholds of penalizing the offences such as theft, extortion, disturbing the social order and robbery, and as well as added a new crime "driving in a dangerous way" whose sentence is up to "6 months in jail"²⁰. The criminal cases concerning those offences, especially the crime of "driving in a dangerous way" take up a relatively large proportion of all criminal cases while in those cases, suspects are seldom arrested because of the nature of those crimes and the declared penalties. As a result, statistically, the proportion of arrest cases in all criminal cases has declined overall.

Finally, since 2019, the procuratorate system as a whole is carrying out a critical reform, which aims to introduce new systems like "the hearing system before arrest", "bail system", "using electronic bracelets as the alternative of detention" and to promote the establishment of a criminal procedure whose development can be independent on detention.

Notas

1 According to CCPL, Art. 13, the prosecutor carries out the investigation in the cases concerning the crime of bribery in the public sector (See Jiajia Yu, La administración desleal de patrimonio ajeno: China, Revista Penal, n° 39, 2017, pág.226), the crime against the democratic rights (eg. the crime against the right of vote), the crime of malfeasance in the public sector or other cases in which the prosecutor thinks taking over the investigation necessary.

2 In the case of the public prosecution carried out by the prosecutor, if a suspect ① attempted to commit suicide, or attempted to escape or already escaped; or ② would probably hinder the investigation by destruction or of evidence or by collusion, the prosecutor has the power to decide the criminal custody and then the police execute it (CCPL, Art. 163).

3 CCPL, Art. 80.

4 CCPL, Art. 83.

5 PPPCC, Art. 124.

6 PPPCC, Art. 124.

7 PPPCC, Art. 125.

8 In China, there are five practical levels of local government: the provincial (province, autonomous region, municipality, and special administrative region), prefecture, county, township, and village.

9 CCPL, Art. 79.

10 CCPL, Art. 87.

11 CCPL, Art. 89.

12 CCPL, Art. 88.

13 CCPL, Art. 90.

14 CCPL, Art. 156.

15 CCPL, Art. 158.

16 CCPL, Art. 159.

17 According to the "Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Authorizing the Supreme Court and the Supreme Procuratorate to Launch the Pilot Program of Fast-Track Sentencing Procedure for Criminal Cases in Certain Areas", which was issued by the Standing Committee of the National People's Congress on June 27, 2014, "to further improve the criminal procedure, rationally allocate judicial resources, enhance the quality and efficiency of a criminal trial, and safeguard the parties' lawful rights and interests, the Supreme Court and the Supreme Procuratorate are authorized to launch the pilot program of fast-track sentencing procedure for criminal cases in Beijing, Tianjin, Shanghai, Chongqing, Shenyang, Dalian, Nanjing, Hangzhou, Fuzhou, Xiamen, Jinan, Qingdao, Zhengzhou, Wuhan, Changsha, Guangzhou, Shenzhen and Xi'an. For a case involving dangerous driving, a traffic accident offence, theft, fraud, snatch, personal injury, picking quarrels and making troubles, or any other violation where the circumstances are minor and the accused may be sentenced to imprisonment of not more than one year, limited incarceration, or public supervision in accordance with the law or be fined only in accordance with the law, if the facts are clear, the evidence is sufficient, the defendant voluntarily confesses to the crime, and the parties do not dispute the application of law, the relevant procedure as set out in the Criminal Procedure Law shall be further simplified."

18 CCPL, Art.95.

19 CCPL, Art.269, Para.1.

20 Jiajia Yu, Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018): China, Revista Penal, N° 42, 2018, págs. 233-239.

Costa Rica

Dra. Angie Arce Acuña

Presidenta Instituto de Victimología de C.R.

Introducción

“La prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basado en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. (Llobet Rodríguez J., (1997) *La Prisión Preventiva*. San José: Imprenta Mundo Gráfico). El artículo 9 y 10 del Código Procesal Penal costarricense tutela el principio de presunción de inocencia mediante el cual se establece que el imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, de igual forma este principio se resguarda en nuestra *Constitución Política*, en los artículos 39, 41, 153 y 166, el artículo 8 de la *Convención Americana de los Derechos Humanos*, el artículo 11 de y en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 14 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*.

La excepción al mismo en nuestro sistema se discute en el instituto de la prisión preventiva que viene a ser tutelada en el Código Procesal Penal de 1996, a partir de su artículo 239, donde se regula de forma clara y limitada cuando procederá la prisión y en qué casos. De los fenómenos más importantes que vienen a replantear el tema de la prisión preventiva al menos en Costa Rica, es el fenómeno de la influencia de la prensa, los medios de comunicación en general y el humor del pueblo para juzgar determinado delito y exigir la inmediata detención y prisión del imputado, sin existir aún juicio y sentencia.

En años pasados, hemos visto la detención de importantes funcionarios del Poder Ejecutivo, expresidentes, empresarios, que tras una persecución por delitos de corrupción y tras el ojo público han llevado a la imposición de medidas cautelares como la prisión preventiva, únicamente porque la presión social, los medios de comunicación y determinadas posiciones políticas lo han expuesto así, esto por cuanto el tiempo les ha dado la razón y hoy al menos judicialmente son inocentes.

De esta forma un juez de garantías se encuentra en un panorama mucho más allá de la ley, donde se pone a prueba su humanidad, su vulnerabilidad, y muchas veces terminan cediendo a presiones políticas o bien de prensa, e imponiendo una prisión preventiva.

En otros casos el tipo de delito que se cometió, da para pensar que, si más bien la prisión preventiva debería operar de forma básicamente automática, por ser

grupos “peligrosos” los que en definitiva están siendo juzgados. En medio de un panorama mundial, donde los delitos de corrupción a nivel estatal están casi de moda, y no escapa ninguno a este mal, el tema de la prisión preventiva, debe ser replanteado y analizado, a la luz de los avances del mundo, la protección de nuevos bienes jurídicos y las nuevas formas de delinquir.

Procedencia de la prisión preventiva

El artículo 239 del Código Procesal Penal, regula de forma expresa cuales son las circunstancias que permiten imponer la prisión preventiva, dentro de la lógica del Código de rito como de la Dogmática penal, al ser una institución que suspende la libertad, con todo lo que esto conlleva debe estar debidamente regulado, el primer elemento que se señala es: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él, b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva, c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad, d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Existe un artículo 239 bis, que señala otras causales de prisión preventiva **a)** Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, **b)** El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos, **c)** Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, **d)** Se trate de delincuencia organizada.

Algunos países, como por ejemplo Alemania y Costa Rica, suman un tercer peligro procesal que justifica el encierro preventivo: es el peligro de reiteración delictiva (Llobet Rodríguez J, (1997) *La Prisión Preventiva*. San José: Imprenta Mundo Gráfico) y de igual manera se tutela la prisión preventiva para delincuencia organizada y grupos peligrosos, supuestos que han sido muy importantes de establecer, debido a las nuevas modalidades delictivas. El Código Procesal Penal indica que debe tomarse en cuenta para poder fundamentar un peligro de fuga en el numeral 240 a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga, b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso, c) La magnitud del daño causado, d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

En cuanto al peligro de obstaculización el 241 del mismo cuerpo normativo exige la grave sospecha de que el imputado: a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba, b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos. El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate. La imposición de una medida de prisión preventiva únicamente puede hacerlo un juez de garantías, puede ser solicitado por el Ministerio Público o por el querellante, en una resolución que acuerda la prisión preventiva debidamente fundamentada, en la cual se expresen cada uno de los presupuestos que la motivan y que deberá contener: a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificar, b) Una sucinta enunciaci3n del hecho o hechos que se le atribuyen, c) La indicaci3n de las razones por las cuales el tribunal estima que los presupuestos que motivan la medida concurren en el caso, d) La cita de las disposiciones penales aplicables, e) La fecha en que vence el plazo máximo de privaci3n de libertad.

Aspectos generales sobre la prisi3n preventiva

El art3culo 253 del C3digo Procesal penal, establece la revisi3n de la prisi3n preventiva durante los primeros tres meses de acordada la prisi3n preventiva, su revisi3n s3lo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decre-

t3, vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisi3n o internaci3n y, seg3n el caso, ordenará su continuaci3n, modificaci3n, sustituci3n por otra medida o la libertad del imputado. Despu3s de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisi3n preventiva, el imputado podrá solicitar su revisi3n cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acord3. Al revisarse la prisi3n preventiva el tribunal tomará en consideraci3n, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o participe en 3l. La prisi3n preventiva tiene recurso de apelaci3n ante el superior que dict3 la misma, esta procede, tanto en el procedimiento preparatorio, como el intermedio, y en etapa de juicio, luego de que se decrete la prisi3n preventiva por primera vez, dentro de los primeros tres meses, será revisable. (Art3culo 256 del C3digo Procesal Penal Costarricense).

En cuanto al cese de la prisi3n preventiva este se declarará cuando los motivos que le dieron origen desaparezcan, o bien cuando alcance o supere al monto posible de la pena a imponer, (Art3culo 257 del C3digo procesal penal)

Se estable ciertas limitaciones a la prisi3n preventiva por ejemplo en personas mayores a 60 a3os, si se estima que en sentencia no se le impondrá pena mayor a cinco a3os de prisi3n, tampoco se decretara en personas con enfermedad grave o terminal, en estos casos se sustituye la prisi3n por arresto domiciliario, o un hospital, y tambi3n se contempla en caso de embarazo, cuando la prisi3n represente un riesgo para el feto, o este sea menor de tres meses de edad. (Art3culo 260 del C3digo Procesal Penal)

La prisi3n preventiva y medidas alternas a su aplicaci3n

Ning3n legislador, dogmático o pol3tico se ha planteado al d3a de hoy como se debe tutelar el tema de la prisi3n preventiva, ante una tragedia como la que nos aqueja en este momento, nos referimos a la pandemia del virus covid-19 y es que es necesario hacer menci3n no solo porque recientemente se ha reformado el C3digo Penal de Costa Rica, tutelando figuras penales como el incumplimiento de una medida sanitaria de aislamiento, tal y como lo indica el art3culo 277 del C3digo Penal:

Violaci3n de medidas sanitarias y violaci3n de medidas para la prevenci3n de epizootias o plagas vegetales.

Art3culo 277.-Será reprimido con prisi3n de uno a tres a3os, o de cincuenta a doscientos d3as multa, el que violare las me-

didadas impuestas por la ley o por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia, y con prisión de uno a seis meses o de veinte a cien días multa, el que violare las medidas impuestas por la ley o por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epizootia o de una plaga vegetal.

Así como otras figuras que anteriormente no tenían relevancia de vida o muerte como lo es el contagio doloso o culposo de una enfermedad grave y mortal como lo es el COVID 19. Se cita a continuación el artículo 271 del Código Penal:

Propagación de enfermedad.

Artículo 271.-Propagación de enfermedades infecto-contagiosas Se impondrá prisión de tres a dieciséis años a quien conociendo que está infectado con alguna enfermedad infecto-contagiosa que implica grave riesgo para la vida, la integridad física o la salud, infecte a otra persona, en las siguientes circunstancias:

- a) Donando sangre o sus derivados, semen, leche materna, tejidos u órganos.*
- b) Manteniendo relaciones sexuales con otra persona sin informarle de la condición de infectado.*
- c) Utilizando un objeto invasivo, cortante o de punción que haya usado previamente en él.*

La infección con el nuevo coronavirus (síndrome respiratorio agudo grave coronavirus 2, o SARS-CoV-2), causa la enfermedad del coronavirus 2019, COVID-19). Los datos muestran que se contagia de persona a persona entre aquellos que están en contacto cercano (menos de 6 pies, o 2 metros). Se transmite por gotitas respiratorias que se liberan cuando alguien con el virus tose, estornuda o habla. También puede propagarse cuando una persona toca una superficie donde se encuentra el virus y luego se toca la boca, la nariz, o los ojos. (Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19) (10 de abril de 2020). Recuperado de <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>).

La gravedad del caso es que, al 10 de abril de 2020, hay 1.649.954, contagiados, 102 607 muertes, y 185 países infectados (Datos obtenidos de la Organización Mundial de la Salud (10 de abril de 2020). Recuperado de https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/situation-reports/20200411-sitrep-82-covid-19.pdf?sfvrsn=74a5d15_2)

Ante este apocalíptico panorama, se hace indispensable considerar, que un imputado contagiado con este tipo de virus, no podría ser llevado a una cárcel común, no solo por un tema de salud pública sino además por seguridad de los demás privados, situación que, en un panorama normal, no se presentaría.

Es así que la prisión preventiva se vuelva inaplicable, en términos lógicos, y es necesario sustituirla por un arresto domiciliario, o bien un aislamiento en un hospital, hasta la recuperación del imputado en este caso. Sobre este punto conviene citar el caso informado en el periódico costarricense La Nación el día 8 de abril de 2020 en donde un misionero costarricense fue condenado por el Juzgado Penal de Pococí a permanecer 12 días en arresto domiciliario por incumplir la cuarentena que debía realizar tras llegar al país el día 3 de abril, procedente de México. En dicho caso, la Fiscalía Adjunta de Pococí informó de que al hombre se le abrió una causa por el presunto delito de desobediencia, debido a que, al llegar a territorio costarricense, se le notificó que debía permanecer en su domicilio cumpliendo una cuarentena de 14 días y este desató la orden al salir de su vivienda. (Jiménez, E., Montero R. (8 de abril de 2020). Misionero bajo arresto en su casa por violar cuarentena *La Nación*, p. 13.)

Es de este modo que se ha tenido que dictar en casos particulares en Costa Rica, medidas preventivas hacia personas que han incumplido, las medidas de aislamiento en sus casas u hospitales, o muchos que sabiendo que portan el virus han decidido desplazarse por el país o tomar un avión, poniendo en riesgo de muerte al resto de las personas y causando una propagación mundial. Es necesario replantearse que, aunque los presupuestos establecidos por el Código Procesal Penal, dieran pie a una posible prisión preventiva, es que no sería posible, por la naturaleza de esta enfermedad, siendo que se convertiría en una excepción a la no aplicación a pesar de su procedencia a un aislamiento y vigilancia domiciliaria.

Una vez que pase esta crisis mundial, y se estudien las formas de propagación de la enfermedad, incumplimiento de medidas, y contagio de la enfermedad o exposición a terceros, habrá que discutir una posible reforma, u alguna opción en este tipo de casos, que cumpla con la necesidad de aislamiento, ante el peligro que representa exponer a un imputado contagiado a terceros, el grave daño social, y las consecuencias irreparables.

Conclusiones

La prisión preventiva, como medida cautelar más gravosa, se vuelve necesaria, ante determinados delitos, su naturaleza, lleva a la necesaria aplicación de parámetros establecidos y definidos que garanticen las libertades y derechos de los ciudadanos, para evitar la arbitrariedad. Principios como el de proporcionalidad

y estado de inocencia deben ponderar cada uno de los casos donde se opte por una prisión preventiva.

Ahora bien, la discusión si el tema de la prisión preventiva es jurídico, o en los últimos tiempos se ha convertido en un tema, político e influenciado por los medios de comunicación, es algo meramente especulativo en algunas ocasiones, en un artículo de la revista Río de Janeiro, Ezequiel Kostenwein, realizó un análisis empírico de 46 entrevistas a diferentes actores judiciales, en particular Defensores, Fiscales y JG, todos pertenecientes al PJ de la PBA. La finalidad era determinar si los medios de prensa ejercían algún tipo de presión sobre los casos para dictar una prisión preventiva.

En resumen, las posiciones de los entrevistados son diversas, a propósito, me llama la atención: “Aquí la prensa no aparece sola, sino en disputa por el control de la institución judicial. La idea de que casos graves hubo siempre, pero antes los Jueces leían el diario y no les importaba” o de que no es simpático tener a los medios en contra” permiten concluir que la prensa interviene. Sin embargo, termina siendo más decisivo quien se la aguantaba y quien no”. (Kostenwein, E. (2015). *Revista Río de Janeiro*, 06(11), 54-79).

En lo cual no deja de tener razón el autor, sin embargo, tomando en cuenta que muchos de estos puestos son políticos, que el humor y la simpatía del pueblo, no solo le pueden costar a usted el trabajo, sino además una estigmatización, pone en duda si la influencia existe o no. De igual forma, no solo los medios de comunicación y algunos políticos se han encargado de dicha labor, también lo han hecho las instituciones estatales encargadas de la prevención y represión del delito, (Ministerio de Seguridad Pública, Organismo de Investigación Judicial, Ministerio Público, entre otros. Rico, citado por Vega dice que la policía puede llegar a tener interés en afirmar que la delincuencia está aumentando para justificar con ello la exigencia de más efectivos policiales). (Vega, A. (2015). *Populismo Punitivo y Medios de Comunicación*. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 62.)

Y aquellas empresas privadas que obtienen beneficios económicos mediante la venta de equipos de seguridad, venta de armas (Rico citado por Vega explica que “*numerosas empresas (fabricantes de sistemas de alarma o de dispositivos contra el robo, por ejemplo) también están interesadas, por razones obvias, en mantener un clima de inseguridad en la población.*” (Vega, A. (2015). *Populismo Punitivo y Medios de Comunicación*. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 85).

Aproximadamente un 40% de las familias estadounidenses cuentan con armas de fuego. (. (Husak, Dou-

glas. Ob. cit., p. 58.) Por otra parte, las investigaciones criminológicas han establecido que existe una mayor posibilidad de morir en un asalto cuando la víctima posee un arma, ya que se genera un incremento en la violencia del victimario (Llobet, Javier en Rotman, E. (1998). *La Prevención del Delito*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., p. 15), personal de seguridad, entre otros.

Murillo sostiene que “*la sensación de que en Costa Rica no se aplica la “mano dura” contra la delincuencia es un sentimiento incentivado sobremanera por la agenda mediática de los tv-noticieros y otros medios de comunicación, en su afán de elevar sus niveles de audiencia. Señalan que el sistema es “alcahueta” con los delincuentes —discurso expuesto incluso desde un sector de la más alta jerarquía.* (Murillo, R. (2002). *Ejecución de la Pena*. San José: Editorial CONAMAJ, p. 283).

Situación que ante los aumentos en homicidios, narcotráfico y corrupción, vienen hacer expuestos en los medios de comunicación, sin embargo debe ser un tema que ha de ser abordado por la dogmática y el derecho, porque no puede dejar de perderse de vista que las personas tienen derecho a ser informadas, y también los funcionarios públicos deben ser controlados de sus actuaciones y rendir cuentas, pero esa balanza como el instituto de la prisión preventiva, debe ser sopesada por la justicia y los derechos de las partes.

Italia

Elena Valentini

*Professore associato di procedura penale
Università di Bologna*

Come nella generalità dei sistemi, anche in Italia nel corso del procedimento penale possono essere adottate misure cautelari (sia personali che reali). Tra le misure cautelari personali, quelle coercitive determinano una limitazione della libertà personale, la più severa fra le quali è la custodia cautelare in carcere, chiamata anche carcerazione preventiva. Il contenuto della custodia cautelare in carcere assomiglia a quello tipico della pena detentiva, da cui però si differenzia per l'assenza di scopo rieducativo; infatti, per poter assumere le funzioni proprie della pena, la carcerazione presuppone l'accertamento in via definitiva della colpevolezza dell'imputato (un accertamento che deve essere irrevocabile, visto che in Italia la presunzione di innocenza vige fino al giudicato, e dunque fino all'esaurimento di tutti i gradi di giudizio).

La disciplina delle misure cautelari coercitive, racchiusa nel libro IV del codice di procedura penale, è stata costruita nel rispetto dell'art. 13 Cost., che, dopo il riconoscimento della libertà personale quale diritto inviolabile (comma 1), nell'accordare la possibilità di comprimere tale diritto stabilisce la doppia garanzia della riserva di legge e della riserva di provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (comma 2).

Sebbene il concetto di 'autorità giudiziaria' impiegato nell'art. 13, comma 2, Cost. si presti a ricomprendere anche il pubblico ministero, il codice del 1988 ha scelto di affidare al solo giudice il monopolio del potere cautelare (in particolare al giudice procedente, o al giudice per le indagini preliminari se ancora non è stata esercitata l'azione penale: art. 279 c.p.p.). La sottrazione del potere cautelare al rappresentante della pubblica accusa è una delle novità più rilevanti del nuovo codice: infatti, nel codice precedente il pubblico ministero si vedeva riconosciuto il potere autonomo di restringere la libertà personale dell'imputato. Con il codice del 1988, il legislatore ha scelto di costruire una fattispecie complessa, che contempla il necessario intervento di entrambi gli organi: il pubblico ministero è sprovvisto di potere cautelare (potendo solo disporre il fermo di indiziato di delitto, misura pre-cautelare di natura provvisoria); tuttavia, il giudice può attivarsi solo su istanza presentata dal pubblico ministero (cosiddetto principio della domanda cautelare).

Al comma 2, l'art. 13 Cost. prevede esclusivamente la "doppia riserva". Ne deriva quello che la dottrina ha denunciato come il problema del "vuoto dei fini" (Elia, nel 1962): infatti, pur prevedendo le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione, l'art. 13 Cost. non stabilisce a livello sovraordinato le finalità che possono legittimare una restrizione della libertà personale.

Per riempire il vuoto costituzionale, e per offrire una lettura dell'art. 13 Cost. conforme alla presunzione d'innocenza stabilita dall'art. 27, comma 2, Cost., il legislatore ordinario ha definito i tre diversi tipi di finalità che possono sorreggere l'applicazione delle misure cautelari personali: finalità che negli anni precedenti erano state isolate dalla giurisprudenza, ma che sono state fissate dalla legge solo nel 1982. Questo ritardo legislativo riflette la convinzione che il soggetto sottoposto a procedimento penale per gravi delitti debba subire una restrizione della libertà personale. Questa radicata convinzione preesiste alla tipizzazione delle esigenze cautelari; i *pericula libertatis* costituiscono infatti una giustificazione postuma della carcerazione preventiva.

Oggi, gli scopi della carcerazione preventiva (come pure di tutte le misure cautelari personali) sono descritti dall'art. 274 c.p.p. Stando a tale articolo, le misure cautelari personali possono essere disposte solo per soddisfare una delle seguenti tre esigenze (c.d. esigenze cautelari): a) l'esigenza di impedire che l'imputato, lasciato in libertà, comprometta l'acquisizione delle prove; b) l'esigenza di impedire che l'imputato si sottragga, fuggendo, all'esecuzione dell'eventuale condanna; c) l'esigenza di impedire che l'imputato, lasciato in libertà, commetta reati (il principio della presunzione di non colpevolezza ci impedisce di dire "altri" reati). Questo almeno dice la legge; ma, come vedremo subito, il dato empirico non sempre corrisponde a quello normativo.

Sempre per la necessità di conciliare il più possibile la disciplina delle cautele personali con la presunzione di non colpevolezza è stata modificata la portata dell'altro presupposto legittimante l'adozione delle misure (*fumus commissi delicti*): a carico del soggetto nei cui confronti s'intende applicare la misura cautelare devono sussistere "gravi indizi" di colpevolezza (art. 273 c.p.p.), e non più "sufficienti indizi" di colpevolezza, come accadeva in passato, sotto la vigenza del codice del 1930. Tale condizione applicativa si sostanzia in una prognosi di elevata probabilità di futura condanna. Una prognosi che, nel caso in cui s'intenda applicare la custodia cautelare in carcere, deve altresì caratterizzarsi per l'alta probabilità che l'imputato debba scontare, *in concreto*, una pena detentiva. Infatti, non solo le misure coercitive sono applicabili solo in relazione a delitti (e non per contravvenzioni); ma tali misure possono trovare applicazione solo ove si proceda per un delitto punito con una pena detentiva di una certa gravità (art. 280 c.p.p.), proprio per evitare che l'imputato possa subire a titolo cautelare una restrizione della libertà personale che non sarà chiamato a scontare neppure a titolo di pena. In particolare, la custodia cautelare in carcere è applicabile solo ove si proceda per un delitto punito con la pena non inferiore nel massimo a 5 anni (art. 280, comma 2, c.p.p.), e il giudice preveda l'applicazione di una pena *in concreto* non inferiore a tre anni (art. 275, comma 2 *bis*, c.p.p.).

In generale, il sistema italiano prevede diversi tipi di misure coercitive, che vanno dalla più severa — la custodia cautelare in carcere — a quella meno restrittiva, che è il divieto di espatrio; alle misure personali coercitive si affiancano anche quelle interdittive, che limitano prerogative e diritti diversi rispetto alla libertà personale. La disciplina del codice oggi vigente in Italia offre al giudice cautelare un ampio ventaglio di pos-

sibilità, imponendogli di scegliere la misura in concreto più proporzionata alla gravità del fatto e più adeguata alle esigenze cautelari da affrontare. Tutte le misure cautelari possono trovare applicazione (anche congiuntamente) solo ove le misure meno restrittive risultino inadeguate; di conseguenza, la custodia cautelare in carcere può trovare applicazione solo come *extrema ratio*. Tuttavia, ove si proceda per delitti particolarmente gravi (tra cui spicca il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso), in applicazione alla logica del c.d. “doppio binario” il sistema presume legislativamente che solo la custodia in carcere sia adeguata a contenere il *periculum libertatis* riferibile all’individuo gravemente indiziato di tali delitti.

Nonostante sulla carta la disciplina dei presupposti applicativi e dei criteri di scelta delle misure cautelari risulti particolarmente garantistica, nella prassi continua a registrarsi un diffuso utilizzo delle cautele personali per finalità diverse da quelle indicate dal legislatore. Ciò è particolarmente evidente proprio rispetto alla custodia in carcere.

Per molti secoli la carcerazione preventiva è stata considerata uno strumento per ottenere un apporto confessorio (o comunque collaborativo) dall’imputato. Questo ancora nella logica del codice di procedura penale del 1930, che non a caso regolava la materia nel libro dedicato all’istruzione, come se le misure cautelari fossero mezzi di ricerca della prova. Oggi la disciplina normativa è profondamente mutata. Purtroppo, però, nella prassi applicativa questo impiego distorto delle misure cautelari è ancora largamente diffuso.

Tale uso improprio —particolarmente vistoso proprio rispetto alla carcerazione preventiva— non è il solo a caratterizzare la pratica del processo penale. La stessa espressione “carcerazione preventiva” —largamente in uso e tuttora rinvenibile nella Costituzione, all’ultimo comma dell’art. 13— riflette un’altra (distorta) proiezione funzionale dell’istituto: la tendenza a concepire la restrizione della libertà personale in corso di procedimento come vera e propria anticipazione della pena, cioè a ricorrere alla custodia in corso di processo per finalità (retributive, di prevenzione generale positiva e negativa, di prevenzione speciale negativa) che sono proprie della sanzione penale.

Il diritto vivente continua largamente ad assegnare alla cautela funzioni di anticipazione della pena, e, in particolare, di strumento volto a sedare l’allarme sociale (a tale ultimo proposito, le riforme legislative mostrano spesso di rincorrere la cronaca giudiziaria).

Quest’ultimo fenomeno è conseguenza dell’eccessiva durata del procedimento penale, oltremodo marcata

in Italia. La sanzione, se arriva, arriva ad una distanza di tempo “intollerabile” dal fatto: ciò determina l’assegnazione surrettizia di uno scopo punitivo alla tutela cautelare, e in particolare alla custodia cautelare in carcere. Una risposta repressiva troppo dilazionata nel tempo —specie a fronte di reati di forte impatto nell’opinione pubblica— mina la fiducia dei cittadini nell’efficienza della giustizia penale: di qui il ricorso alla custodia preventiva come surrogato di quella risposta sanzionatoria immediata ed esemplare al crimine che l’ordinamento processuale non è in grado di offrire, necessaria per tacitare la sensazione di allarme e di insicurezza ingenerata dal reato nella società (ma ottenuta a scapito dei diritti dell’imputato).

Ma non è tutto. Un fenomeno ancora diffuso —nonostante taluni correttivi predisposti dal legislatore per evitarne il verificarsi— è che alla detenzione dell’imputato a titolo di custodia cautelare non faccia seguito alcuna detenzione in espiazione di pena (non solo, ovviamente, quando l’imputato venga poi prosciolto, ma anche là dove venga condannato). Emblematica, in questo senso, la vicenda di “Tangentopoli”, che negli anni ‘90 vide numerosissimi uomini politici varcare le soglie del carcere per finalità cautelari, e pochissimi, poi (non più di due o tre), scontare la pena in regime di detenzione inframuraria. In concreto si può infatti osservare un fenomeno secondo cui la custodia cautelare in carcere non si limita ad anticipare la pena, ma ne prende interamente il posto come strumento sanzionatorio penale, alla luce del trattamento extracarcerario di cui l’imputato potrà godere a conclusione del giudizio in forza delle sanzioni alternative ovvero in conseguenza del *quantum* punitivo ridotto, magari perché concordato con il patteggiamento (Amodio). Ad analoga ispirazione sembra potersi ricondurre la prassi, piuttosto frequente, di concedere gli arresti domiciliari dopo un primo “passaggio” dell’indagato in carcere, anche quando fin dall’inizio sussistevano i presupposti per la custodia domestica.

Questa idea che l’imputato possa conoscere il carcere solo in corso di processo e non anche in espiazione di pena richiama alla mente l’origine storica delle pene detentive. Il carcere come forma di espiazione della pena è stato infatti introdotto successivamente alla carcerazione preventiva. Prima di divenire la sanzione per antonomasia (con il superamento delle pene corporali, a partire dalla seconda metà del ‘700), il carcere era il luogo dove l’imputato attendeva di essere giudicato, fondamentalmente per prevenire il pericolo di fuga; l’osmosi si è realizzata per analogia della pena con il trattamento processuale dell’imputato, non viceversa, e

proprio grazie alla constatazione dell'effetto preventivo e afflittivo della carcerazione preventiva.

Le tre distorsioni funzionali appena evocate sono tra le cause dell'abnorme ricorso italiano allo strumento cautelare nel nostro ordinamento processuale, impietosamente denunciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in una storica sentenza del 2013 (la sentenza Torreggiani contro Italia, dell'8 gennaio 2013). La Corte europea si è detta colpita, sbalordita (*"frappée"*) —e non poteva essere altrimenti— per il fatto che circa il 40% della popolazione carceraria italiana fosse costituita da detenuti in attesa di giudizio. Tutto ciò non è che il riflesso di un fenomeno più ampio che potremmo definire così (con Illuminati): *"la politica penale si fa sempre di più attraverso il processo"*.

Il procedimento applicativo delle misure cautelari personali (e dunque anche della carcerazione preventiva) si caratterizza per l'esercizio dei diritti difensivi solo dopo l'esecuzione dell'ordinanza cautelare (ossia l'ordinanza con cui il giudice *ex art. 279 c.p.p.* applica la misura cautelare). Infatti, nonostante si sia a lungo dibattuto circa l'opportunità di introdurre forme di contraddittorio anticipato rispetto alla decisione del giudice, la necessità di fronteggiare le esigenze cautelari ha indotto ad escludere questa possibile innovazione. Instaurare il contraddittorio prima della cattura dell'imputato rischierebbe infatti di aumentare il rischio di fuga, come pure, in ipotesi, gli altri *pericula libertatis*.

L'esercizio del diritto di difesa è dunque rinviato all'espletamento dell'interrogatorio di garanzia e alla proposizione di eventuali impugnazioni, tra cui spicca per importanza il giudizio di riesame.

In particolare, l'art. 294 c.p.p. impone al giudice che ha applicato la misura cautelare di procedere all'interrogatorio dell'imputato, alla presenza obbligatoria del difensore, entro termini perentori estremamente brevi (cinque giorni nel caso in cui sia stata applicata la custodia in carcere); ove tale termine non venga rispettato, la misura è destinata a perdere efficacia. Lo scopo di tale interrogatorio è proprio quello di recuperare la mancanza di un contraddittorio preliminare, e mira ad una verifica — alla luce dell'incontro tra giudice e imputato — circa l'effettiva esistenza e permanenza delle condizioni legittimanti l'applicazione della misura cautelare e dei parametri che hanno guidato la scelta di quella determinata misura. In concreto, l'imputato potrebbe anche scegliere di avvalersi del diritto al silenzio; nondimeno, l'incontro tra giudice e imputato deve comunque avvenire, pena la caducazione dell'ordinanza cautelare.

La difesa ha poi la possibilità di impugnare l'ordinanza applicativa della misura cautelare dinanzi a un giudice superiore. In ossequio a quanto previsto dall'art. 111, comma 7, Cost., il sistema riconosce la possibilità di presentare ricorso per cassazione, riservato a un controllo di legittimità. A questo mezzo di impugnazione si affiancano due strumenti di controllo nel merito — il riesame e l'appello (artt. 309 e 310 c.p.p.) — affidati al tribunale in composizione collegiale che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello (comunemente denominato "tribunale della libertà", ed istituito con un'importante riforma del 1982). In particolare, il riesame è il mezzo di gravame azionabile dalla difesa avverso le ordinanze che applicano le misure coercitive, e dunque anche la custodia cautelare in carcere. Questo mezzo di impugnazione si caratterizza per due peculiarità, che lo rendono assolutamente unico tra le impugnazioni disciplinate dal codice di procedura penale italiano. Innanzitutto, il giudizio rimesso al tribunale del riesame deve svolgersi entro termini perentori, che, ove non rispettati, determinano la perdita di efficacia dell'ordinanza cautelare. In secondo luogo, il giudizio di riesame si caratterizza per il suo effetto totalmente devolutivo: il tribunale della libertà è infatti tenuto a verificare il rispetto della disciplina concernente le condizioni applicative e i criteri di scelta della misura indipendentemente dai motivi di impugnazione (che potrebbero anche non essere specificati dalla difesa).

Conformemente all'ultimo comma dell'art. 13 Cost., la legge prevede termini di durata massima della custodia cautelare (con una disciplina applicabile tanto alla custodia carceraria quanto agli arresti domiciliari): tale disciplina è ispirata al principio di proporzionalità, e serve ad evitare che un'eventuale dilatazione temporale del procedimento possa tradursi in un'eccessiva compressione della libertà personale dell'imputato.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad De La Salle Bajío (México)

mvidaurri@delasalle.edu.mx

En el año 2008 se experimentó una profunda reforma constitucional y legal en México. Desde el texto constitucional se estableció el modelo procesal acusatorio, considerado como de corte garantista, centrado en la figura de la víctima, fijando nuevas reglas de investigación y sanción de los delitos. De manera expresa se afirmó la presunción de inocencia (art. Constitucional),

y ante la recurrente utilización de la prisión preventiva se indicó que, en el futuro, ésta sería la excepción y no la regla.

Con base en el sistema procesal acusatorio, se entiende que el principio de presunción de inocencia constituye el punto de partida y base del funcionamiento del propio sistema de enjuiciamiento penal. Es muy evidente que, contra tal principio, conjura el establecimiento de la prisión preventiva. Ésta última, por lo demás, forma parte de modo altamente protagónico en la arquitectura jurídica, al punto de haber trascendido la declaración política de ser una excepción para, en su lugar incrementarse los supuestos típicos que legitima (formalmente) su aplicación.

Dispone el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CM) los supuestos bajo los cuales podrá el Ministerio Público solicitar al juez la prisión preventiva, siendo tales: cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Por su parte, el mismo artículo 19 de la CM indica que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

La prisión preventiva es considerada por el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), como una medida cautelar (art. 155, fracción XIV), a la que se suman otras más: I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; II. La exhibición de una garantía económica; III. El embargo de bienes; IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; V. La prohibición de salir sin autorización del país,

de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares; VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; IX. La separación inmediata del domicilio; X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; XII. La colocación de localizadores electrónicos; XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga. Y en este mismo numeral el legislador se asegura de aclarar que: las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

Justo en el Capítulo IV del CNPP se trata de las medidas cautelares, las que serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento (art. 153), y que podrá imponer el Juez petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, en los casos previstos por este Código, cuando ocurran las circunstancias siguientes: I. Formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o II. Se haya vinculado a proceso al imputado. Puntualmente, queda señalado que en caso de que el Ministerio Público, la víctima, el asesor jurídico, u ofendido, solicite una medida cautelar durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse inmediatamente después de formulada la imputación. Para tal efecto, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas (art. 154).

En la imposición de este tipo de medidas, conforme el art. 156, la noción de proporcionalidad se tiene en cuenta, estableciéndose para el juez de control la obligación de tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 19

de la CM. A efecto de determinar tanto la idoneidad como la proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable. Obviamente, en la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado ((art. 156). Las solicitudes de medidas serán resueltas en audiencia y con presencia de las partes, pudiendo el Juez de control imponer una de las medidas cautelares ya señaladas o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso, o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. La de prisión preventiva solo podrá solicitarle el Sólo el Ministerio Público y no podrá combinarse con otras medidas cautelares, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

En ningún caso el Juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas en el presente Código. Por supuesto, todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares reguladas por este Código son apelables (art. 160). En tal sentido, cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al Órgano jurisdiccional, la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el Órgano jurisdiccional citará a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso, de mantenerla y resolver en consecuencia (art. 161).

La aplicación de la prisión preventiva, se supedita solamente a delitos que merezcan pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva (art. 165). Y no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. Con base en el art. 167, se entiende que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la

comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa.

Señala el artículo 167 que el Juez de control ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Considerandose como delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal, de la manera siguiente: I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323; II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis; IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145; IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter; XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

Ameritan prisión preventiva oficiosa, también los delitos previstos en el Código Fiscal de la Federación, de la siguiente manera: I. Contrabando y su equiparable,

de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 105, fracciones I y IV, cuando estén a las sanciones previstas en las fracciones II o III, párrafo segundo, del artículo 104, exclusivamente cuando sean calificados; II. Defraudación fiscal y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando sean calificados, y III. La expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.

Como casos de excepción, contemplados en el art. 166, se mencionan aquél donde el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, el Órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan. Y aquél otro, cuando se trate de mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia, pero no gozarán de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del Juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.

En otro apartado, establece el art. 168, ante la posibilidad de sustracción del imputado, que el Juez de control tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: I. El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga; II. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste; III. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal; IV. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, o V. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

Con fundamento en los artículos 171, 172 y 173 podrán las partes invocar datos u ofrecer medios de prueba con el fin de solicitar la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de la prisión preventiva y ofrecer alguno de los tipos de garantía que dispone el CNPP, que pueden ser: I. Depósito en efectivo; II. Fianza de institución autorizada; III. Hipoteca; IV. Prenda; V. Fideicomiso, o VI. Cualquier otra que a criterio del Juez de control cumpla suficientemente con esta finalidad. Las consecuencias por Incumplimiento del imputado de las medidas cautelaresse mencionan en el artículo 174 del citado ordenamiento.

El uso de la prisión preventiva no ha reducido la incidencia delictiva, como se ha llegado a argumentar, pero lo que si ha ligrado es contradecir la vigencia del principio de presunción de inocencia, pues a no dudar, con la aplicación de esta llamada medida cautelar se reducen las garantías del imputado y se afectan los derechos humanos que le son propios. El catálogo de delitos que ameritan este tipo de medida es muy extenso, abriendo inusitadamente las posibilidades del Ministerio Público de solicitar la aplicación de la medida, contado con la autorización en la gran mayoría de casos por parte de los jueces, en ocasiones por la fuerte presión mediática frente a casos de notorio impacto social.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)¹

A manera de introducción

“La prisión preventiva en nuestra región ha causado que más del 50 por ciento de la población penal esté presa sin condena”, expresa E. Raúl Zaffaroni, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)². Esta afirmación la hizo el jurista argentino el 22 de mayo de 2020 en el marco de una conferencia que promovió la Corte IDH. Este porcentaje de *presos sin condenas* debería ser menor si tomamos en consideración que era una de las finalidades originarias de la reforma de la justicia penal. La reforma, que inició aproximadamente hace treinta años, tenía la finalidad, entre otras cosas, que la prisión o detención preventiva fuera utilizada como última medida para garantizar el desarrollo del proceso penal.

Así, el Código procesal penal nicaragüense (CPP) establece que la finalidad las medidas cautelares “es asegurar la eficacia del proceso, garantizando la pre-

sencia del acusado y la regular obtención de las fuentes de prueba” y, respecto a los criterios, “el juez tendrá en cuenta la idoneidad de cada una de ellas en relación con la pena que podría llegar a imponerse, la naturaleza del delito, la magnitud del daño causado y el peligro de evasión u obstaculización de la justicia.” y, además, “en ningún caso las medidas cautelares podrán ser usadas como medio para obtener la confesión del imputado o como sanción penal anticipada (prisión preventiva).” (art. 166) (Entre paréntesis es mío).

Respecto a las condiciones generales de aplicación, el texto procesal penal indica que “nadie puede ser sometido a medida cautelar si no es por orden del juez competente cuando existan contra él indicios racionales de culpabilidad. Ninguna medida puede ser aplicada si resulta evidente que con el hecho concurre una causa de justificación o de no punibilidad o de extinción de la acción penal o de la pena que se considere puede ser impuesta” y la privación de libertad sólo procederá “cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar la finalidad del proceso. (art. 168 CPP).

En 1983, hace treinta y siete años, el promedio de presos sin condena en la región latinoamericana era de 68,47%, es decir un 18,47% más que el 2020. Este hallazgo lo encontramos en la investigación “El preso sin condena en América Latina y el Caribe”, realizada bajo la autoría de Elías Carranza, Luis Paulino Mora, Mario Houed Vega y E. Raúl Zaffaroni (pioneros de la reforma), y auspiciada por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delito (ILANUD)³

Esta investigación, presenta además el dato comparativo de los presos sin condenas conforme el sistema jurídico que pertenecen los países, los que siguen el sistema continental-europeo el porcentaje era de 68,47% y la situación en los países con sistema anglosajón era de 22,57%. La investigación destaca el detalle que entre el país de sistema continental europeo con menor número de presos sin condena (Costa Rica: 47,40) y el país del grupo de sistema anglosajón con mayor número de presos sin condena (Guyana: 37,44%) existe una brecha de 9,96%, distancia que separa netamente a uno y otro grupo de países. Otra manera de expresar lo anterior, dicen los investigadores, es la siguiente: ninguno de los países del grupo de sistema anglosajón tiene más del 37,44% de presos sin condena, y todos los países del grupo sistema continental-europeo tienen más del 47,40% de presos en esa condición⁴.

Esta diferencia se debe, según las conclusiones de la investigación, porque el juez, en los países de la re-

gión pertenecientes al sistema anglosajón, “tiene una amplísima autonomía de criterio”, en tanto que en el de la tradición continental se “tiende a restringirle marcadamente la posibilidad de excarcelación y a regularla con minuciosidad, conservado incluso las arcaicas formula de hacerle personalmente responsable por las consecuencias en caso de apartarse de la regulación.”⁵

Destaco esta valiosa observación de la investigación porque si la reforma de la justicia penal de América Latina y el Caribe no sólo se fundamentó en el desplazamiento del sistema de justicia inquisitorial al sistema de justicia acusatorio, sino que además implicó pasar del modelo jurídico continental-europeo, *civil law*, al modelo del *commow law*, el juez, a pesar de que el modelo procesal no es continental-europeo, sigue comportándose como si lo fuera: utiliza la prisión preventiva de manera sistemática e indiscriminada en los diferentes países de la región, “a pesar de su carácter aflictivo y de la grave situación de hacinamiento que se presenta en la cárceles de América Latina”⁶. Con base a la nueva dialéctica del *commow law*, el juez latinoamericano, no debería de considerar la prisión preventiva como una pena adelantada, sino como la excepción y no la regla, y no debería sentirse condicionado ni limitado por las formalidades de un sistema de justicia que ya no existe, el continental-europeo. Este tema, sin duda, requiere de una labor investigativa de mayor profundidad que pueda explicar, entre otras cosas más, por qué que el juez ahora laborando en un sistema del *commow law* aún sigue actuando como un juez propio del sistema jurídico continental-europeo.

La prisión o detención preventiva, aparece nuevamente, en un contexto de sobre confianza en la justicia penal, de la privación de libertad en particular, para abordar y resolver los problemas de naturaleza humana y social. “Los presos sin condena”, personas privadas de libertad que no han sido formalmente condenadas, pero que están cumpliendo de hecho o materialmente una condena, aunque un gran número de ellos serán posteriormente declarados inocentes (sobreséidos o absueltos), están teóricamente amparados por el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), que significa que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, y por la garantía procesal del principio de inocencia (Arto. 34 inc. 1 CP.), que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad de la persona.

El uso exorbitante del encarcelamiento —preventivo, usado como una pena adelantada— ha traído un

notable agravamiento de las consecuencias que acompañan a la cárcel. Las condiciones de salud, alimentación, higiene, de visitas, de seguridad personal, entre otras, se han visto notablemente deterioradas, y que los porcentajes de hacinamiento alcanzan niveles alarmantes, contraviniendo abiertamente las condiciones establecidas de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, que la prisión no puede implicar trato o penas crueles, inhumanos o degradantes, este estado de cosas, no sólo es impresentable, sino que además es urgente corregirlo.

Lo dicho hasta ahora, podría comprenderse por una institución penitenciaria en el marco de un sistema procesal penal inquisitivo, del cual, una de las características fundamentales era el uso arbitrario por parte del juez inquisitivo de la prisión preventiva, pero estamos hablando, como lo advertimos arriba, de una realidad penitenciaria bajo un modelo procesal acusatorio (derivado del *commow law*), que por denominarse como tal, indica que es respetuoso de los derechos fundamentales de la persona, y que, por tanto, no debería hacer uso indiscriminado de la prisión preventiva, sin embargo, su dinamismo, después de diecinueve años en vigencia en nuestro país, sigue con el vicio, y con mayor dureza, el uso desmedido de la prisión preventiva, lo cual no sólo repercute en la vulneración de los derechos humanos del procesado, sino que fortalece el grave fenómeno de la sobrepoblación penitenciaria. Estamos en el punto de partida de la reforma de la justicia penal.

Notas

1 www.ine.net · sergio.cuarezma@inej.net · www.sergio-cuarezma.com

2 En Covid-19 pone en relieve condiciones precarias de los sistemas penitenciarios de América Latina, Martha Vázquez Larios, La Prensa, 23 mayo de 2020 12:00 AM.

3 Carranza, Elías, Luis Paulino Mora, Mario Houed Vega y E. Raúl Zaffaroni (pioneros de la reforma), El preso sin condena en América Latina y el Caribe, ILANUD, 1983, p. 25.

4 Carranza, Elías, Luis Paulino Mora, Mario Houed Vega y E. Raúl Zaffaroni (pioneros de la reforma), El preso sin condena en América Latina y el Caribe, ILANUD, 1983, p. 27.

5 Carranza, Elías, Luis Paulino Mora, Mario Houed Vega y E. Raúl Zaffaroni (pioneros de la reforma), El preso sin condena en América Latina y el Caribe, ILANUD, 1983, p. 126.

6 Lander, Adriana y Ana Selene Pineda (Coordinadora), Conclusiones generales de los cursos internacionales de capacitación en Reforma al Sistema de Justicia Penal en Japón y América Latina, ILANUD, San José, Costa Rica, 2011, p. 207.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Panamá

I. INTRODUCCIÓN

El tema de esta colaboración, propio del Derecho Procesal Penal, no deja de ser uno de los que más interesa al penalista, pues en muchas ocasiones, como ocurre en Panamá, el sujeto privado de su libertad mientras se tramita el proceso seguido en su contra, cumple en detención preventiva una gran parte de la pena que luego le imponen los tribunales de justicia.

En muchos países de América Latina, la detención preventiva opera como una pena anticipada, ya que la inmensa mayoría de los delitos la permiten y los requisitos para imponerla son tan elementales, que casi nadie se escapa de ella.

Por esa razón, muchos de los Centros Penitenciarios de nuestros países, y Panamá no es la excepción, mantienen detenidos a sujetos en espera de juicio en su gran mayoría mientras que una escasa o insignificante proporción de los ingresados cumple la pena que por sentencia ejecutoriada se le impuso en su momento.

II. LA REGULACIÓN HISTÓRICA EN PANAMÁ

En los dos ordenamientos procesales que han regido en Panamá, antes que el actual Código Procesal Penal, vigente paulatinamente a partir de 2011, la detención preventiva de todo procesado era imperativa en la medida que fuere imputado por cualquier delito que tuviera pena privativa de libertad. No importaba la duración de la pena, solo que el delito fuere castigado o con pena privativa de libertad.

A partir de la reforma introducida al ordenamiento procesal penal por la Ley 3 de 1991, que en ese momento propuso al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en mi condición de Magistrado de la Sala Penal, de esa Corporación de Justicia, sólo se podía decretar la detención preventiva si se estaba en presencia de un delito castigado, por lo menos, con pena no menor de dos años de prisión, situación que se extendió hasta la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal de 2008.

El gran problema de la detención preventiva en los ordenamientos procesales anteriores al vigente hoy día, era que la decretaban los Agentes del Ministerio Públicos, como funcionarios de instrucción, sin la intervención de un juez, lo que tenía el efecto de ejecutarse una

limitación de la libertad individual sin la intervención de una autoridad judicial.

Con el advenimiento del nuevo Código Procesal de 2008, vigente de forma paulatina en todo el territorio nacional, a partir del 2 de septiembre de 2011, solo el Juez de Garantías puede ordenar o decretar la detención preventiva y cualquier otra medida cautelar de naturaleza personal y el secuestro penal y otras medidas cautelares reales, salvo casos muy puntuales donde las mismas las ordena el Fiscal de la causa, como viejo resabio del sistema inquisitivo que rigió en los ordenamientos procesales penales ya derogados.

El viejo ordenamiento procesal de 1986, vigente desde 1987, hasta la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal, de forma escalonada en todo el país entre 2011 y 2016, le atribuía a los funcionarios del Ministerio Público (Personeros Municipales, Fiscales y Procuradores) la función de investigar delitos y llevar a cabo otras actuaciones propias del Órgano Judicial sin necesidad de intervención judicial, lo que permitió que con el sumario, cuya investigación por delitos comunes, estaba a cargo del Ministerio Público, se condenara al procesado sin la práctica de pruebas en el juicio oral, que podía tramitarse como audiencia de alegatos entre los fiscales y los defensores. La simple lectura del expediente por el juzgador era suficiente para condenar al “desdichado” imputado ya procesado por el mismo juzgador que dictaba la sentencia de primera instancia.

Con el nuevo Código Procesal Penal, cuya Comisión redactora integró, el Fiscal investiga y acusa pero los jueces y magistrados son los que deciden y por lo tanto condenar hay que practicar las pruebas que funden la condena en el juicio oral. Todo ha cambiado en el proceso penal, desde la vigencia del nuevo Código Procesal Penal de 2008.

III. RÉGIMEN VIGENTE DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

La regulación de la detención provisional, nombre con el que hoy día se conoce a la preventiva en el Código Procesal Penal, aprobado en 2008 y vigente de forma escalonada entre 2011 y 2016, parte de la base que sólo la ordena o decreta un Juez o Magistrado de Garantías, pertenecientes al Órgano Judicial, siempre que se trate de un delito que tenga como mínimo cuatro (4) años de pena privativa de libertad, es decir, de prisión.

A partir de dicha vigencia, los functionales del Ministerio Público carecen de facultad para decretarla. En el Código Procesal Penal ninguna detención preventiva puede extenderse más de un año, por lo que todo sujeto

investigado y procesado debe ser sentenciado, cuando mucho, al año de su privación de libertad por razón del proceso penal que lo involucre y mantenga detenido en espera de la decisión sobre su responsabilidad, ya que de no ser condenado antes del año deberá ser puesto siempre en libertad.

Para que el Juez o Magistrado de Garantías decrete la detención preventiva, la misma debe ser solicitada por el Fiscal a cargo de la investigación preparatoria en audiencia oral donde se deben exponer las razones de hecho y de derecho que sustenten dicha solicitud. En esa audiencia oral, deben estar presente, por lo menos, el Fiscal, el imputado y su defensa para escuchar las razones que fundamentan dicha solicitud.

En todos los años en que ha funcionado el nuevo proceso de corte acusatorio o adversarial, consagrado en el nuevo Código Procesal Penal de 2008, los juzgadores, en la audiencia donde se discute la imposición de medidas cautelares, normalmente se decantan por conceder la solicitud del Ministerio Público y rara vez deciden en contra de lo solicitado por los fiscales.

Para imponer la detención preventiva, por un periodo inicial de 6 meses, que se puede extender si el Fiscal lo solicita, hay que acreditar que se ha realizado un hecho punible, la razones de hecho y de derecho que vinculan al sujeto cuya detención preventiva se solicita y la proporcionalidad de la medida respecto de la posible pena a imponer, la conveniencia o necesidad de la medida en cuestión, a fin de evitar que el sujeto no comparezca el proceso, pueda interferir con la adquisición de los medios probatorios, cuando la libertad del imputado puede ser un peligro para la Comunidad en atención a la naturaleza y números de delitos investigados, al hecho de contar con sentencias condenatorias vigentes o cuando exista peligro fundado de que el sujeto pueda atentar contra la víctima o sus familiares.

Un aspecto digno de resaltar, para la imposición de la detención preventiva es la necesidad de la misma detención preventiva, pues ella se debe imponer si se dan los presupuestos básicos, ya mencionados, y que no exista ninguna medida cautelar distinta que cumpla los objetivos de la medida cautelar de naturaleza personal más grave, como es el caso de la detención preventiva.

Por otra parte, fuera de las situaciones antes expuestas, no podrá imponerse la medida cautelar que nos ocupa, bajo ningún concepto, si le observa la concurrencia de causas de justificación, excluyentes de culpabilidad, causas que impidan la punibilidad, causas que extingan la acción penal o la pena.

Toda la normativa vigente en materia de medidas cautelares en general y en materia de aprehensión po-

licial y detención provisional aparecen previstas en el Código Procesal Penal a partir del art. 221 hasta el 251 inclusive.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Luego de las consideraciones anteriores, es necesario poner de manifiesto la existencia de una amplia mayoría de sujetos sometidos a detención preventiva en el sistema penitenciario panameño en espera de juicio frente a un mínimo porcentaje de condenados cumpliendo condena.

Desde los años '80 del siglo pasado, más de la mitad de los privados de libertad por medio de la detención preventiva son favorecidos con un sobreseimiento de los tribunales de justicia, por lo que del resto, la mitad son absueltos y la mitad son declarados responsables del delito que se le imputó en su momento.

Por otra parte, es preciso destacar que cuando se trata de procesos muy complicados en los que es muy difícil obtener la prueba para fundar la condena del procesado, los jueces siempre condenan al sujeto a la pena ya cumplida en detención preventiva, pues ello es más fácil y conveniente que dejarlos en libertad.

Muchos de los condenados reciben una pena privativa de libertad igual al término pasado en detención preventiva, pues el juzgador no tiene cara ni valor para condenarlos a una pena distinta, pues no se ha probado fehacientemente su responsabilidad penal y esa solución es mejor ya que de lo contrario habría que exonerar al sujeto y después se le cuestionaría por qué lo privó de su libertad sin una razón o causa legítima o verdadera.

Sin duda alguna, en Panamá la detención preventiva es una pena anticipada. Afortunadamente, en el nuevo Código Procesal Penal nadie puede estar en detención provisional por más de un año, salvo una excepción muy particular. Es uno de los postulados fundamentales del nuevo proceso de corte acusatorio o adversarial (art. 12 del CPP).

Perú

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Introducción

Uno de los cambios más importantes que aportó el Código Procesal Penal del 2004, fue el concerniente a la regulación de las medidas de coerción personal de

prisión preventiva, incomunicación, impedimento de salida del país y comparecencia¹. Sobre todo, porque ellas eran reguladas de manera más sistemática con reglas y procedimientos mejor especificados que aquellos que contenía el Código de Procedimientos Penales de 1940² y el Código Procesal Penal de 1991³

Sin embargo, entre las innovaciones que generaron mayor impacto especial entre los analistas y operadores del Sistema de Administración de Justicia Penal destacaron nítidamente las concernientes a la medida de prisión preventiva. Fundamentalmente motivaron particular atención las causales de procedencia y la regulación de indicadores legales alusivos a las situaciones y estados de peligro procesal⁴.

Ahora bien, en el devenir del periodo de vigencia que lleva ya acumulado el Código Procesal Penal han sido justamente las disposiciones y prácticas de aplicación de la prisión preventiva, las que han suscitado frecuentes controversias académicas y jurisprudenciales, las que han mostrado enfoques y criterios hermenéuticos las más de las veces contradictorios y en pocas ocasiones conciliables. En efecto, sobre el alcancé de las reglas de la prisión preventiva y sobre la oportunidad e idoneidad de su uso jurisdiccional, se ha debatido de manera continua en los últimos 10 años, como consecuencia de la incoación y tramitación de procesos penales contra personas expuestas políticamente-PEP e implicadas en publicitados casos de alta corrupción como los denominados “Odebrecht” y “Los Cuellos Blancos del Puerto”. En dicho contexto la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional han producido diferentes criterios jurisprudenciales que a la vez que han dado respuestas a determinados conflictos de interpretación han promovido el surgimiento de otros nuevos, motivando, a la postre, la persistencia de dudas y de decisiones en algunos casos abiertamente implicantes.

No obstante, en los dos últimos meses los debates sobre la prisión preventiva han adquirido nuevos contenidos y escenarios debido a la inserción en los centros penales del país de la pandemia del Covid-19. Dado que las cárceles peruanas adolecen endémicamente de altas cuotas de sobrepoblación y hacinamiento, los riesgos y amenazas de propagación de tan grave enfermedad, se vienen promoviendo propuestas legales y políticas excepcionales dirigidas a producir la excarcelación de un número considerable de internos a fin de mitigar tal contingencia sanitaria y de salubridad. Entre estas últimas destacan aquellas que proponen la revisión general de las medidas de prisión preventiva decretadas y que afectan a alrededor de 36 000 inter-

nos, las que con determinados criterios extraordinarios de selección, afines a la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno, deberían ser transformadas en medidas de comparecencia con restricciones o cesar de manera inmediata.

De modo sintético haremos a continuación una breve referencia a todos estos aspectos y que grafican la evolución reciente y el estado actual de la prisión preventiva en el Perú.

El Marco Legal Vigente

La prisión preventiva se encuentra regulada en el Título III (La Prisión Preventiva) del Código Procesal Penal del 2004. Se trata de un amplio catálogo normativo que comprende seis capítulos y un total de 17 artículos. La morfología normativa es la siguiente:

- El Capítulo I se refiere a los **presupuestos de la prisión preventiva** abarcando los artículos 26º a 27º.
- En el Capítulo II se regula la **duración de la prisión preventiva** entre los artículos 27º a 27º.
- Capítulo III, compuesto sólo por el artículo 27º, trata de la **impugnación de la prisión preventiva** (recurso de apelación)
- Finalmente, el Capítulo IV establece también en su único artículo 27º, el régimen de la **revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva**.

De todo este largo y variado listado normativo cabe transcribir los artículos pertinentes que corresponden a los Capítulos I y II, donde se definen los presupuestos y plazos que exige la legislación peruana para que pueda requerirse y disponerse una medida coercitiva personal de prisión preventiva⁵.

TÍTULO III LA PRISIÓN PREVENTIVA

CAPÍTULO I LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 26º. Presupuestos materiales (Vigente)

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Artículo 26º. Peligro de fuga (vigente)

Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Artículo 27º. Peligro de obstaculización

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Artículo 27º. Audiencia y resolución (vigente)

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.

2. Rige en lo pertinente, para el trámite de la audiencia lo dispuesto en el artículo 9º, pero la resolución de ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El Juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal. El Fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa frustra la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.

3. El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustentan, y la invocación de las citas legales correspondientes.

4. El Juez de la Investigación Preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.

CAPÍTULO II LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 27º. Duración

1. La prisión preventiva no durará más de nueve (9) meses.
2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho (18) meses.
3. Para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses.

También debe mencionarse y transcribirse el texto del artículo 27°, pues en él se describe el procedimiento que corresponde seguir a partir de un requerimiento de prisión preventiva y que involucra la realización de una audiencia con plazos breves y perentorios para que las partes sostengan sus posiciones. Es de mencionar que la Casación n° 626-2013-Moquegua del 30 de junio de 2015, estructuró un esquema operativo para dicho propósito, pero cuyas reglas y ritos fueron distorsionados en la práctica con excesos de formalidad y liberalidad expositiva que convirtió el desarrollo de las sesiones de audiencia en improductivas y dilatadas secuencias adversariales que perjudicaron la utilidad y eficiencia del procedimiento, generando en torno a él severas críticas.

Sin embargo, los principales problemas operativos que se derivaron de la *praxis* judicial asumida frente a la decisión de una medida de prisión preventiva, se vincularon sobre todo con los estándares exigidos para acreditar la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para decretar dicha medida. Particularmente se suscitaron sucesivas controversias en torno a la calidad y relevancia de los “elementos de convicción”, así como acerca de los indicadores de gravedad de los delitos imputados o de los “niveles o grados de sospecha” que recaían sobre los imputados. Igualmente, fueron frecuentes las discusiones acerca de la identificación de situaciones o estados de los “peligros de fuga y de obstaculización”. Similares debates se produjeron también en el plano académico, sobre todo cuando quienes participaban como actores de comentarios y cuestionamientos ejercían paralelamente como abogados, fiscales o jueces que participaban de procesos penales donde se planteaban medidas coercitivas personales de prisión preventiva⁶. Poco a poco esta clase de manifestaciones teóricas y prácticas sobre la prisión preventiva fueron tornándose más persistentes y radicales, generándose efectos colaterales de naturaleza psicosocial que se concretaron en dudas sobre la idoneidad de las decisiones judiciales que decretaban una prisión preventiva o prolongaban su duración, así como sobre la arbitrariedad y abuso de los representantes del Ministerio Público que formulaban recurrentemente requerimientos de igual naturaleza⁷. Es más, los medios de comunicación se hicieron eco de tales observaciones asumiendo en algunas ocasiones de que se había producido una excesiva y no siempre justificada aplicación de aquellas medidas de aseguramiento procesal, por lo que se exigía de las máximas instancias del Poder Judicial establecer criterios técnicos y uniformes que corrigieran cualquier desviación o distorsión al momento de decidir sobre la imposición de la prisión

preventiva o sobre el término de su duración. Además, que se debería de asegurar el valor de la presunción de inocencia y el carácter excepcional del procesamiento de un imputado en condición de preso preventivo.

Los Aportes de la Jurisprudencia Vinculante

El traslado del debate jurídico y sobre todo procesal, acerca de la pertinencia y legalidad de la prisión preventiva hacia el ámbito de la jurisdicción constitucional, fue también un suceso reiterado en la experiencia acumulada sobre el uso de dicha medida. Hubo muchos procesos constitucionales de habeas corpus que brindaron al Tribunal Constitucional peruano la oportunidad de pronunciarse sobre todos esos aspectos controvertidos, incluyendo aquellos relacionados con “casos emblemáticos” seguidos contra personas expuestas políticamente y que ejercieron altos cargos públicos o que lideraron organizaciones políticas nacionales. De la amplia miscelánea de sentencias del Tribunal Constitucional en dicha materia es de destacar la emitida en el Exp. n° 04789-2017-PHC/TC, Exp. n° 0050. 2018-PHC/TC (acumulados)-Piura, del 26 de abril de 2018, en cuyo fundamento jurídico octogésimo se sostuvo expresamente que “la presunción de inocencia exige también asumir, como regla general, que toda persona sometida a un proceso penal debe ser juzgada en libertad y solo por vía de excepción privada de ella”. Es más, en esta misma decisión se exige que los órganos de la justicia penal ordinaria cuando resuelvan requerimientos de prisión preventiva deben rechazar todo tipo de presión, especialmente las derivadas de sectores de la opinión pública o de los medios de comunicación (Cfr. Fundamentos jurídicos n° 140-141).

Sin embargo, los más importantes y difundidos desarrollos jurisprudenciales de eficacia vinculante en materia de prisión preventiva han sido generados desde la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual a través de sus Salas Penales y órganos afines ha producido importantes Acuerdos Plenarios y Casaciones sobre los diferentes aspectos controvertidos del empleo y decisión jurisdiccional de esa clase de medidas⁸. El más reciente de estas fuentes jurisprudenciales es el **Acuerdo Plenario n° 01-2019/CIJ-111 “Prisión Preventiva: Presupuesto y requisitos”**, del 10 de setiembre de 2019. Se trata de un detallado documento que aborda de manera esquemática las principales cuestiones referentes a dicha medida, destacando su exepcionabilidad y la necesidad de una motivación reforzada que debe brindar la autoridad judicial sobre la configuración de sus presupuestos y requisitos. El contenido de este Acuerdo Plenario incluye también referencias especifi-

cas a la evaluación de todos esos aspectos en el espacio complejo de las organizaciones criminales

Ahora bien, al margen de los distintos antecedentes, criterios teóricos y de jurisprudencia comparada que sirven de apoyo a los conceptos y posiciones que asume el citado Acuerdo Plenario, cabe destacar su insistencia por sostener la condición excepcional de la prisión preventiva y la necesidad de someter su adopción a estrictos juicios de proporcionalidad. Al respecto resulta útil transcribir los siguientes pasajes de sus fundamentos jurídicos:

“1º La prisión preventiva es una institución procesal, de relevancia constitucional, que, como medida de coerción de carácter personal, priva procesalmente de la libertad personal a un imputado por un tiempo determinado, legalmente previsto y judicialmente establecido, en función a la tutela de los fines característicos del proceso —que éste se desarrolle regularmente en función a su meta de esclarecimiento de la verdad (ordenada averiguación de los hechos), a la necesidad de garantizar la presencia del imputado a las actuaciones procesales y al aseguramiento de la ejecución de la pena [...]

34º. Los motivos de prisión preventiva, que se erigen en requisitos de la prisión preventiva, son dos: (i) delito grave, y (ii) peligrosismo procesal (*periculum libertatis*, que en el proceso civil se denomina *periculum in mora*).

3º. Delito grave: El artículo 268 del Código Procesal Penal, desde el sub principio de proporcionalidad estricta, fijó un mínimo legal de carácter objetivo, cuantitativo, en función a la pena privativa de libertad previsible para el caso concreto —no de simple conminación penal abstracta—. Estipuló, al respecto: “Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad”, bajo el entendido implícito que más allá de cuatro años de pena privativa de libertad siempre será efectiva (así, artículo 57 del Código Penal). El pronóstico judicial sobre el fondo o mérito de las actuaciones, siempre provisional por cierto, debe asumir los criterios de medición de la pena conforme al conjunto de las disposiciones del Código Penal; y, en su caso, si se está ante un curso ideal o real de delitos, delito continuado o concurso aparente de leyes (o unidad de ley)”.

Son dos pues los ejes de este requisito: **1.** Gravedad y características del delito imputado. **2.** Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. La valoración del legislador, respecto de la conminación penal, es desde luego determinante”.

4º. Peligro de fuga. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a (i) los antecedentes del imputado y (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia —existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva—.

A su vez, para calificar este peligro, el artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, como “*numerus apertus*”—se trata, en todo caso, de tipologías referenciales— [...]. Fijó las siguientes: **1.** El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residen-

cia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país —no simplemente, de viajar al extranjero— o permanecer oculto. **2.** La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. **3.** La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo. **4.** El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal —tal vez, el criterio rector de la misma. **5.** La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas”.

4º. Peligro de obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) —también requerirá la existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas—. Esta segunda finalidad o requisito también tiene carácter procesal; y, en definitiva, trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse —atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propia del proceso penal— [...].

4º. Para calificar este peligro, el artículo 270 del referido Código identificó tres situaciones específicas constitutivas del citado riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, en sentido enumerativo no taxativo [...]. Fijó las siguientes: **1.** Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba —en pureza, fuentes-medios de investigación o de prueba, materiales—. **2.** Influirá para que coimputados, testigos (incluso víctimas) o peritos —órganos de prueba, fuentes-medios de prueba personales— informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. **3.** Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. La sospecha fuerte de estas situaciones —datos o indicadores materiales—, por cierto, consolida que el imputado, por ello, dificultará la meta de esclarecimiento del proceso. Es inadmisibles, como enseñan Roxin-Schünemann, deducir automáticamente la existencia de este peligro a partir de la posibilidad de entorpecer que se presneten en el caso concreto; antes bien, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas [...].

5º. El plazo, que ha de ser fijado por el juez en el auto de prisión preventiva, previa petición fundamentada y específica del fiscal, como se indicó, no puede establecerse desde una perspectiva abstracta, sino de acuerdo con las particularidades de cada caso; y, si se prolonga o prorroga, debe mediar una sustentación apoyada en razones relevantes y suficientes que la justifiquen, a través de una motivación particularmente convincente [Infor, e CIDH, sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 30 de diciembre de 2013, párr. 177]”. Incluso, es de tener presente que, sin rebasarse tales plazos, también puede vulnerarse este derecho fundamental si el proceso queda paralizado sin causa de justificación alguna —es decir, existencia de tiempos muertos— y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa de la dilación indebida o paralización del procedimiento [...].

Para fijar el plazo de prisión preventiva se ha de tener en cuenta (i) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento —a partir del análisis de la disposición fiscal

de formalización y continuación de la investigación preparatoria y de los nuevos aportes que pueda fundar el fiscal, así como de los argumentos de la defensa—; (ii) la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; iv) las actuaciones de investigación ya realizadas —especialmente en sede de diligencias preliminares—; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (viii) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras(...)

La doctrina construida desde el Acuerdo Plenario fue recepcionada favorablemente por los especialistas nacionales, aunque también para algunos se trataba solamente de la consolidación de los criterios que se habían desarrollado con antelación por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por el Tribunal Constitucional del Perú⁹. En cambio, otros analistas si bien reconocieron las bondades de la nueva jurisprudencia vinculante sobre la prisión preventiva, manifestaron su escepticismo por la asimilación efectiva y futura de sus razonamientos y aportes. Ese fue el caso de Paredes Pérez, quien señaló lo siguiente: “En buena cuenta, el AP No. 1-2019 simplemente condensa o recoge los criterios establecidos en diversas casaciones y fallos del Tribunal Constitucional. Los operadores judiciales tienen todos los elementos para restringir el abuso de la prisión preventiva y convertirla en una medida realmente excepcional sin distorsionar su finalidad cautelar. Esperamos que se cumplan los estándares (constitucionales y jurisprudenciales) y no se perpetúe la vigencia del dicho colonial: “La ley se acata, pero no se cumple”¹⁰.

Prisión Preventiva y Medidas de Emergencia por el COVID-19

Desde mediados de marzo del presente año, el Perú, al igual que muchos otros países latinoamericanos, enfrenta la agresiva incursión y expansión de la pandemia del Covid-19 con diferentes políticas sanitarias y de salubridad que incluyen medidas de aislamiento e inmovilidad social. Sin embargo, desde finales de abril esta grave enfermedad ha ingresado a los centros penitenciarios del país, donde la sobrepoblación y el hacinamiento los han convertido en activos focos de contagio masivo. En efecto, con alrededor de 97 000 internos, de los cuales 36 000 tienen la condición de “presos preventivos”, el alto riesgo de la proliferación del contagio y las notables falencias de servicios de atención médica

o de cuarentena preventiva y de tratamiento, han generado ya víctimas mortales entre los encarcelados y el personal de la administración penitenciaria (INPE)¹¹. Como consecuencia de ello se produjo en el país una escalada de motines y reclamos sociales demandando medidas urgentes para paliar las precarias condiciones de salubridad producidas por el colapso de las instalaciones penitenciarias. En ese contexto el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, así como el Poder Judicial elaboraron y remitieron al Congreso de la República tres Proyectos de Ley dirigidos a regular medidas legales de urgencia que permitieran una revisión selectiva de los casos de procesados con prisión preventiva y de condenados cumpliendo penas privativas de la libertad. El objetivo común de todas estas propuestas era promover una excarcelación inmediata que permitiera un deshacinamiento de los centros penales. Lamentablemente, todos estos proyectos fueron rechazados y archivados por el Pleno de la Representación Nacional con argumentos y cuestionamientos que no asumían las razones humanitarias, excepcionales que motivaron aquellos documentos¹². Sólo a modo de ilustración en lo que concierne a la prisión preventiva son de citar los siguientes artículos del Proyecto Sustitutorio en mayoría que debatió y no aprobó el Congreso peruano:

TEXTO SUSTITUTORIO

El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS EXCEPCIONALES PARA EL DESHACINAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y CENTROS JUVENILES POR EMERGENCIA SANITARIA

Artículo 1. Objeto

La presente ley tiene por objeto incorporar, temporalmente, la remisión condicional de la pena privativa de libertad efectiva para los internos condenados con el fin de impactar positivamente en el deshacinamiento de la población penitenciaria a nivel nacional y preservar la vida, integridad y salud de las personas privadas de libertad por sentencia firme; establecer causales excepcionales y un procedimiento de urgencia que contribuya a la reducción del hacinamiento que se registra en los Establecimientos Penales y, en especial, garantizar el derecho a la salud de los internos procesados con motivo de la pandemia del coronavirus (COVID-19).

TÍTULO I CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA

CAPÍTULO I EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA ORDINARIO

Artículo 2. Procedencia de la revisión de la prisión preventiva

Procede la revisión de la prisión preventiva en los siguientes supuestos:

a. Cuando se trate de presos preventivos que han cumplido la mitad del plazo de prisión preventiva dispuesta por el órgano jurisdiccional y carezcan de antecedentes penales, siempre que no se trate de delitos exceptuados.

b. Cuando se trate de presos preventivos que tienen antecedentes penales, sólo procederá la revisión si han cumplido dos terceras partes del plazo de prisión preventiva, siempre que no se trate de delitos exceptuados.

c. Cuando se trate de presos preventivos a quienes se haya impuesto la prolongación de la prisión preventiva. En este caso, además, el juez informará al Órgano de Control Interno del Ministerio Público, bajo responsabilidad.

d. Cuando se trate de presas preventivas gestantes o con hijos menores de tres años, así como de los internos adultos mayores de sesenta y cinco (65) años.

Artículo 3. Delitos exceptuados

Están exceptuados los penados por los siguientes delitos:

a. Terrorismo (Decreto Ley 25475 y sus modificatorias y ampliatorias).

b. Contra la vida el cuerpo y la salud (artículos 107 al 108-D, y 121-B y 122-B, del Código Penal).

c. Contra la Libertad (artículos 152, 153, 153-A; 153-B; 153-C; 153-D; 153-H; 153-I; 153-J, 170; 171 al 174; 176, 176-A al 176-C; 177; 179; 179-A, 181-A; 183; 183-A; y, 183-B del Código Penal).

d. Contra el patrimonio (artículos 189; 189-C; y, 200 del Código Penal).

e. Contra la seguridad pública (artículos 279; 279-A; 279-B; 289; 291, 296-A, 296-B, 297; 303-A; y, 307-B, del Código Penal).

f. Contra la Tranquilidad Pública (artículos 316; 316-A, 317, 317-A y 317-B, del Código Penal).

g. Contra la Humanidad (artículos 319; 320; 321; y, 322, del Código Penal).

h. Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional (artículos 346 y 347 del Código Penal).

i. Contra la Administración Pública (artículos 382; 383; 384; 385; M 386; 387; 389; 389; 392; 393; 393-A; 394; 395; 395-A, 395-B; 397; 397-A, 398; 399; 400; y, 401, del Código Penal).

j. Lavado de activos (artículo 1-6 del Decreto Legislativo 1106 y la Ley n° 27765 y sus modificatorias).

k. Sin perjuicio de los anteriores, los demás delitos legalmente conminados con penas de cadena perpetua o con pena privativa de libertad no menor de veinte años.

Artículo 4. Procedimiento

4.1. Los jueces a cargo de las causas que están bajo su competencia dispondrán que el auxiliar jurisdiccional presente, inmediata y progresivamente, un listado de los procesos a su cargo que cumplan lo dispuesto en el artículo °. Igualmente, el Instituto Nacional Penitenciario y el Ministerio Público remitirán, en el más breve plazo, las listas, que deberán publicarse, de aquellos presos preventivos que pueden encontrarse en los supuestos legalmente fijados de procedencia de esta medida. Acto seguido, los jueces competentes, previo examen del expediente o cuaderno de prisión preventiva, constatado el cumplimiento de los plazos indicados en el artículo ° y siempre que no se cumpla la cláusula de exclusión del artículo °, de oficio y sin trámite alguno, dictarán el auto de cesación de la prisión preventiva.

El procedimiento observará, además, lo siguiente:

a. Por regla general el auto de cesación de la prisión preventiva convertirá la medida en comparecencia con restricciones. En este caso aplicarán, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, las pertinentes medidas del artículo 28° del Código Procesal Penal.

b. Se podrá aplicar mandato de comparecencia simple, siempre y cuando se acrediten concurrentemente circunstancias adicionales que revelen una total falta de sospecha fuerte o una absoluta falta de peligro procesal.

4.2. El Ministerio Público y el INPE, sin perjuicio de la remisión del listado previsto en el numeral 4.1, entregarán a las autoridades judiciales en el más breve plazo una relación de las causas en las que, por razones de extrema peligrosidad procesal, debe exceptuarse a determinadas personas del alcance de esta medida de urgencia. Las listas que se entreguen a estos efectos serán de conocimiento público. Los órganos judiciales, en estos casos, podrán recibir en contra de ellas alegaciones que serán resueltas previa audiencia, sin detener los procedimientos que se establecen en esta ley.

4.3. El Poder Judicial, el Ministerio Público y el Instituto Nacional Penitenciario dictarán los protocolos necesarios para viabilizar en el plazo de 7 días hábiles después de publicada la presente ley. Para tal efecto efectuarán las coordinaciones correspondientes.

4.4. Los presos preventivos, sin perjuicio de lo anterior, también podrán solicitar la aplicación de la presente disposición legal.

Artículo 5. Contenido del auto de cesación de prisión preventiva

5.1. El auto de cesación de la prisión preventiva cuando aplique restricciones, éstas deberán asegurar la presencia del imputado y los fines del proceso penal.

5.2. En estos casos, necesariamente se impondrá la obligación del procesado de reportarse de manera virtual ante el órgano jurisdiccional competente una vez al mes ratificando el domicilio o declarando la variación del mismo. Levantado el Estado de Emergencia Sanitaria, la obligación de reportarse ante el juzgado competente, se realiza de acuerdo a las disposiciones que dicte el órgano de gobierno del Poder Judicial para su cumplimiento.

5.3. En los casos en que proceda la restricción de detención domiciliaria, conforme al artículo 29° del Código Procesal Penal, en ningún supuesto el domicilio donde se cumple la medida puede ser el mismo donde reside la víctima del delito materia de proceso, ni tampoco uno que se ubique a menos de quinientos (500) metros del domicilio donde reside la víctima.

CAPÍTULO II

CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA PARA LOS DELITOS GRAVES

Artículo 6. CESACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA POR DELITOS EXCLUIDOS

6.1. Los presos preventivos que se encuentren dentro de los supuestos de exclusión previstos en el artículo 3, pueden acceder a la cesación de la medida de prisión preventiva siempre que se cumplan con los siguientes:

a. Los mayores de 65 años de edad;

b. Los que adolecen de enfermedades graves o enfermedades crónicas, calificadas como riesgosas frente al coronavirus. En este caso el juez examinará si la persona interna procesada

padece una enfermedad crónica grave, o presenta comorbilidad al COVID-19, conforme a lo señalado por el Ministerio de Salud; así como, si padece de otras enfermedades crónicas que, teniendo en cuenta las condiciones penitenciarias, se consideren vulnerables al contagio por COVID-19.

c. Las madres gestantes y las madres que tienen hijos menores de tres años.

6.2. En los supuestos anteriores el juez tendrá presente el estado de salud de las personas o, en su caso, ordenará una evaluación médico-legal, así como tendrá en cuenta el nivel de salubridad del Establecimiento Penal, el grado de contaminación del COVID-19 y las medidas que se han tomado para evitarlo y para atender a los afectados, así como el grado de hacinamiento del mismo, y, de ser posible, la situación concreta de cada interno procesado.

6.3. En los casos de presos preventivos por delitos sancionados con penas de cadena perpetua y, en su extremo mínimo, conminados con veinte años de pena privativa de libertad, así como por delitos referidos a graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, la evaluación requiere de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y estándares interamericanos aplicables.

6.4. Si el interno procesado está por cumplir el plazo de prisión preventiva o si ya se encuentra bajo la prolongación de prisión preventiva, el juez priorizará la posibilidad de reformar o cesar la prisión preventiva, en función al riesgo sanitario del Establecimiento Penal —riesgo para su vida o salud—, a la edad del interno y demás condiciones personales, y a la entidad del delito imputado. Para tal efecto el juez debe considerar que el tiempo de prisión preventiva es un factor, en sí mismo, factible para disminuir el riesgo de fuga o de obstaculización, a menos que se evidencie lo contrario en función a las circunstancias del caso concreto.

6.5. Para todos estos efectos, será valorable por el juez la información que las partes obtengan y, preponderantemente, todas las informaciones de fuente abierta, en especial las oficiales.

6.6. La resolución denegatoria de la cesación de la prisión preventiva debe estar especialmente motivada. En este caso el juez debe remitir la copia certificada del cuaderno correspondiente al Órgano Desconcentrado de Control de la Magistratura a fin de que obre con conforme a sus atribuciones.

CAPÍTULO III

REVISIÓN DE OFICIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 7. Revisión de oficio de la prisión preventiva por delitos excluidos

7.1. Los jueces de investigación preparatoria a nivel nacional, en un plazo máximo de quince (15) días luego de promulgada la presente norma, bajo responsabilidad funcional, revisan de oficio la necesidad de mantener o no la medida de prisión preventiva impuesta en todos los procesos que tenga a su cargo, y que no se encuentren en los supuestos de los artículos 2 y 6. Para tal efecto, el juez, bajo responsabilidad, deberá remitir un informe sustentado cada mes de las causas a su cargo y de las causas que revisó de oficio al Órgano Desconcentrado de la Magistratura para que este obre conforme a sus atribuciones.

7.2. En caso proceda la variación de la medida de prisión preventiva, el Juez debe emitir la resolución correspondiente e

imponer las reglas de conducta que estime convenientes, a fin de asegurar los fines del proceso penal.

Para efectos de esta revisión, el Juez debe valorar como elementos de convicción, que:

a. El procesado cuenta con un plazo de prisión preventiva ampliada una o más veces, sin fecha programada y notificada para el inicio de juicio oral. En este caso el Juez informa, bajo responsabilidad, de las causas de la frustración del inicio del juicio oral al Órgano Desconcentrado de la Magistratura para que este obre conforme a sus atribuciones.

b. El solicitante se encuentre dentro del grupo vulnerable de especial riesgo al COVID-19, según las disposiciones del Ministerio de Salud, incluyendo madres internas con hijos.

c. El riesgo a la vida y la afectación a la salud de las internas e internos procesados, y el riesgo de contagio y propagación al COVID-19 al interior de los establecimientos penitenciarios.

d. Las medidas limitativas a la libertad de tránsito dictadas en el Estado de emergencia Nacional y Estado de Emergencia Sanitaria que disponen el aislamiento social obligatorio, inmovilización social obligatoria, cierre de fronteras.

7.3. En ningún supuesto el domicilio donde se cumple la medida que se imponga puede ser el mismo domicilio donde reside la víctima del delito materia de proceso, ni tampoco uno que se ubique a menos de 500 metros del domicilio donde reside la víctima.

CAPÍTULO IV

SOBRE LA REVOCATORIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 8. Revocación de la cesación de prisión preventiva

La revocación de la cesación de la prisión preventiva dispuesta en la presente norma se rige por lo dispuesto en el artículo 285 del Código Procesal Penal.

TÍTULO II

REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

CAPÍTULO I

PROCEDENCIA Y PROCEDIMIENTO DE REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

Artículo 9. Remisión condicional de la pena

El juez competente dispondrá la remisión condicional de la pena cuando:

9.1 El penado fuere autor o partícipe sancionado con pena privativa de libertad no mayor de ocho años o, además, con penas de multa e inhabilitación.

9.2 Si el penado está sufriendo una pena mayor y ha cumplido ocho años de pena privativa de libertad efectiva y le falta, para cumplirla, entre cuatro y siete años, podrá disponerse la remisión condicional de la pena, cuanto se trate de:

a. Persona mayor de 65 años de edad.

b. Persona que padece enfermedad incurable y en estado terminal.

c. Persona que padece enfermedad crónica y vulnerable al Covid-19.

d. Mujeres en estado de gestación.

e. Madres con hijos menores de 3 años de edad.

f. Personas con discapacidad que le impide valerse por sí mismas.

g. Persona de más de 18 y menos de 21 años que carezca de antecedentes penales y siempre que el juez considere que no volverá a cometer un nuevo delito doloso.

9.3 El Juez dispondrá la remisión condicional de la pena y, en consecuencia, la libertad anticipada a los internos sancionados con una pena de hasta 20 años de privación de libertad, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

a. Han cumplido las cuatro quintas partes de la pena impuesta. Para los efectos del cómputo se incluirán los beneficios de reducción de pena por el trabajo y la educación, siempre que la ley de la materia no las excluya para los beneficios penitenciarios.

b. Se encuentren en las causales de vulnerabilidad previstas en el numeral 9.2 o estén contagiados con el COVID-19.

c. Han observado buena conducta durante su internamiento. A estos efectos se recabará el informe de buena conducta del Establecimiento Penitenciario y el record de medidas disciplinarias impuestas.

9.4 La aplicación de la remisión condicional de la pena no afecta el pago de la reparación civil que corresponda. Para tal efecto, se deberá notificar la resolución a las partes involucradas.

9.5. En caso se desestime la remisión condicional de la pena y no proceda la libertad anticipada, corresponderá al Establecimiento Penal brindar inmediatamente las medidas de salubridad que el estado de salud del interno aconseje e, incluso, disponer el traslado temporal del interno a otro Establecimiento Penitenciario adecuado al efecto o a un centro hospitalario, con aviso y control posterior del juez de la causa. Sin perjuicio de ello, el juez, bajo responsabilidad, deberá remitir copias certificadas al Órgano Desconcentrado de Control de la Magistratura para que obre conforme a sus atribuciones.

Artículo 10. Supuestos exceptuados

Están exceptuados los penados por los siguientes delitos:

a. Terrorismo (Decreto Ley 25475 y sus modificatorias y ampliatorias).

b. Contra la vida el cuerpo y la salud (artículos 107 al 108-D, y 121-B y 122-B, del Código Penal).

c. Contra la libertad (artículos 152, 153, 153-A; 153-B; 153-C; 153-D; 153-H; 153-; 153-J.; 170; 171 al 174; 176, 176-A al 176-C; 177; 179; 179-A, 181-A; 183; 183-A; y, 183-B del Código Penal).

d. Contra el Patrimonio (artículos 189; 189-C; y, 200 del Código Penal).

e. Contra la seguridad pública (artículos 279; 279-A; 279-B; 289; 291, 296-A, 296-B, 297; 303-A; y, 307-B, del Código Penal).

f. Contra la Tranquilidad Pública (artículos 316; 316-A, 317, 317-A y 317-B, del Código Penal).

g. Contra la Humanidad (artículos 319; 320; 321; y, 322, del Código Penal).

h. Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional (artículos 346 y 347 del Código Penal).

i. Contra la Administración Pública (artículos 382; 383; 384; 385; 386; 387; 389; 389; 392; 393; 393-A; 394; 395; 395-A, 395-B; 397; 397-A, 398; 399; 400; y, 401, del Código Penal).

j. Lavado de activos (artículo 1-6 del Decreto Legislativo 1106 y la Ley n° 27765 y sus modificatorias).

k. Los demás delitos legalmente conminados con penas de cadena perpetua o pena privativa de libertad no menor de veinte años.

Artículo 11. Procedimiento

11.1. Los jueces a cargo de la ejecución de las sentencias condenatorias que están bajo su competencia dispondrán que los auxiliares jurisdiccionales presenten inmediata y cada dos meses un listado de los procesos que cumplan lo dispuesto en el artículo °. Igualmente, el Instituto Nacional Penitenciario y el Ministerio Público remitirán, en el más breve plazo, las listas, que deberán publicarse, de aquellos penados que pueden encontrarse en los supuestos legalmente fijados de procedencia de remisión de pena.

11.2. Acto seguido, los jueces competentes, previo examen del expediente, constatado el cumplimiento de los plazos indicados en el artículo ° y siempre que no se cumpla la cláusula de exclusión del artículo 1°, de oficio y sin trámite alguno, dictarán el auto de remisión condicional de la pena en el plazo de cuarenta y ocho horas una vez se cuente con la información pertinente. El órgano judicial, previa identificación de la causas mediante la elaboración de las listas correspondientes y traslado al fiscal y al abogado defensor, de confianza o público, según el caso, por el plazo de tres días, decidirá lo que corresponda mediante auto debidamente fundamentado. En el supuesto del artículo 9, numeral 3, el juez, recibida la información pertinente, resolverá previa audiencia que señalará inmediatamente y expedirá la resolución en ese mismo acto o en el plazo de cuarenta y ocho horas.

11.3. El Ministerio Público y el Instituto Nacional Penitenciario, sin perjuicio de la remisión del listado previsto en el numeral 11.1., entregarán a las autoridades judiciales en el más breve plazo una relación de las causas en las que, por razones de extrema peligrosidad procesal, debe exceptuarse a determinadas personas del alcance de esta medida de urgencia. Las listas que se entreguen a estos efectos serán de conocimiento público. Los órganos judiciales, en estos casos, podrán recibir en contra de ellas las respectivas alegaciones que serán resueltas previa audiencia.

11.4. Para todos estos efectos, será valorable por el juez la información que las partes obtengan y, preponderantemente, todas las informaciones de fuente abierta, en especial las oficiales.

11.5. El Poder Judicial, el Ministerio Público y el Instituto Nacional Penitenciario dictarán los protocolos necesarios para viabilizar dentro en el plazo de 7 días hábiles después de publicada la ley. Para tal efecto, efectuarán las coordinaciones correspondientes.

11.6. Los penados, sin perjuicio de lo anterior, también podrán solicitar la aplicación de la presente disposición legal.

Artículo 12. Reglas de conducta

12.1 El auto de remisión condicional de la pena impondrá reglas de conducta por un plazo de dos a cinco años. Asimismo, en los supuestos del artículo 9, numerales 2 y 3, se impondrá como regla de conducta la vigilancia electrónica personal. El Instituto Nacional Penitenciario dispondrá su aplicación inmediatamente. La efectiva implementación de la vigilancia electrónica personal, en todo caso, no podrá impedir la excarcelación.

12.2 Las reglas de conducta que el juez puede imponer son las establecidas en el artículo 58 del Código Penal. Preferentemente, impondrá como reglas de conducta la obligación del procesado de reportarse de manera virtual ante el órgano jurisdiccional competente una vez al mes ratificando el domicilio

o declarando la variación del mismo. Levantado el Estado de Emergencia Sanitaria, la obligación de reportarse ante el juzgado competente, se realiza de acuerdo a las disposiciones que dicte el órgano de gobierno del Poder Judicial para su cumplimiento. Asimismo, en los supuestos de los numerales 2 y 3 del artículo ° de manera preferente aplicar como regla de conducta la vigilancia electrónica personal, cuya efectiva implementación no puede impedir la excarcelación.

12.3 Si durante el período de suspensión el penado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito doloso, se procederá conforme al artículo 5° del Código Penal.

12.4. La remisión de la pena será revocada si dentro del plazo de prueba, el penado incurre en los supuestos del artículo 6° del Código Penal.

Artículo 13. Impugnación de las resoluciones judiciales

13.1 Contra el auto judicial que se emita en el caso del artículo del artículo 11, numeral 2, procede el reexamen ante el mismo juez que lo emitió, que se planteará con expresión de los fundamentos de hecho y derecho que lo apoyen, dentro de dos días de notificado. En este caso, el juez realizará una audiencia dentro del tercer día, bajo las reglas del artículo 49°, numeral 3, del Código Procesal Penal. Esta será, de preferencia, por videoconferencia y la presencia del imputado está condicionada a la factibilidad de su presencia virtual. La resolución que se dicte puede ser apelada dentro del tercer día de notificada electrónicamente. En ausencia de este mecanismo tecnológico, se procederá a la notificación en la casilla correspondiente.

13.2 El auto que se profiere tras la audiencia correspondiente, en el caso del artículo 11.3, sólo podrá ser objeto de recurso de apelación. Es de aplicación, en lo pertinente, el artículo 40° del Código Procesal Penal. En este caso el plazo para formalizar el recurso de apelación es de dos días. Las notificaciones se cursarán por vía electrónica o, en defecto de este mecanismo tecnológico, se procederá a la notificación en la casilla correspondiente.

La desidia del Congreso ha motivado severas críticas por su falta de sensibilidad para con la población carcelaria que sigue expuesta a las amenazas del Covi. 19¹³. Al respecto, cabe advertir lo temerario de la actitud asumida por el Parlamento peruano y que no toma en cuenta el sostenido riesgo de daños para la salud y la vida de los internos reclusos, los que de concretarse en contagios masivos y muertes conllevaría la realización de lo que Zaffaroni ha denunciado recientemente como nuevos “**crímenes de lesa humanidad**”¹⁴.

Notas

1 Pablo Sánchez Velarde. El Nuevo Proceso Penal Idemsa. Lima. 2009, p. 323-351.

2 Sobre el régimen de las medidas coercitivas personales en el Código de Procedimientos Penales ver Domingo García Rada. Manual de Derecho Procesal Penal. Octava Edición. Eddili. Lima. 1985, p. 139-143.

3 Arsenio Oré Guardia. Estudios de Derecho Procesal Penal. Editorial Alternativas. Lima. 1993, p. 161-186.

4 César San Martín Castro. Derecho Procesal penal. Lecciones. INPECCP. Lima, 2015, p. 453-470.

5 En torno a los contenidos y desarrollos de las disposiciones sobre prisión preventiva ver José Antonio Neyra Flores. Tra-

tado de Derecho Procesal penal. Tomo II. IDEMSA. Lima. 2015, p. 158-197

6 Sobre todos estos problemas y debates ver Jorge Martín Paredes Pérez. La Prisión Preventiva una vez más. El Acuerdo Plenario n° 1-2019 reitera el estándar: se acata; pero... ¿se cumplirá? En Actualidad Penal n° 64. Octubre 2019, p. 61-79.

7 Fidel S. Rojas Vargas. La Prisión Preventiva. Algunas Reflexiones a Propósito de los denominados “Jueces Carceleros”. En Libro Homenaje al Maestro Luis E. Roy Freyre. Instituto Pacífico. Lima. 2018, p. 485-512.

8 Véase una selección de Sentencias de Casación y de Acuerdos Plenarios sobre diferentes aspectos de la prisión preventiva en César E. San Martín Castro y Miguel R. Pérez Arroyo. Jurisprudencia Penal, Procesal penal y de Ejecución Penal Vinculante y Relevante (2004-2017). 2ª Edición Actualizada y Comentada. INPECCP. Lima. 2018, p. 1072-1104.

9 En torno a los aportes y cuestionamientos del Acuerdo Plenario n° 1-2019/CIJ-116 ver varios comentarios en sección especial de Actualidad Jurídica n° 64. octubre 2019, p. 15-79.

10 Jorge Martín Paredes Pérez. La prisión preventiva, una vez más. El Acuerdo Plenario No.1-2019 reitera el estándar; ¿se acata, pero ..., se cumplirá?, cit., p. 63.

11 V. I. Atilano,. Informe 21. El Perú es el cuarto país de América Latina con más sobrepoblación en sus cárceles. Perú 21 edición del 12 de mayo de 2020, p. 7; Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. Perú: Primer censo nacional penitenciario 2016. Perfil de la población penal. INEI. Lima: 2016, p. 21-22 y 67-82.

12 Al respecto ver: V. I. Atilano. Pleno del Congreso archivo dos iniciativas para reducir sobrepoblación en los penales. Perú 21 edición del 18 de mayo de 2020, p. 7; A. Re. La mochila que nadie quiere cargar. Perú 21 edición del 18 de mayo de 2020, p. 11.

13 Editorial del Diario El Comercio: “No se aceptan proyectos impopulares”. Edición del 20 de mayo de 2020, p. 2.

14 F. Chuquicallata Reategui. Zaffaroni sobre coronavirus en cárceles: “*Nos encontramos ante una nueva forma de crímenes de lesa humanidad*”. Resumen de entrevista en portal digital Pasión por el derecho, edición del 21 de abril de 2020.

Polonia

Dra. Blanka Julita Stefańska

Assistant Professor en la Facultad de Derecho y Administración

Lazarski University en Varsovia

I. EL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares en el proceso penal en Polonia están reguladas exclusivamente en el código de procedimiento penal¹ y comprenden: la prisión provisional (art. 249a - 265²), fianza patrimonial (art. 26. 270), fianza social (art. 271), fianza personal (art. 272), vigilancia policial (art. 275), la obligación de abandonar temporalmente el hogar (art. 275a), suspensión de determinadas funciones y actividades (art. 276), la pro-

hibición de aproximarse al perjudicado que sea miembro del personal médico a distancia señalada, la prohibición de contactar con este perjudicado o prohibición de publicar contenidos que violen el bien jurídico de este perjudicado (art. 276a) y la prohibición de salir del país (art. 277). La prisión provisional es la única medida de aislamiento y consiste en privación de libertad del imputado o del acusado³ y su internamiento en el arresto. El arresto puede ser una unidad autónoma o una sección de la prisión. La ejecución de la prisión provisional es similar a la ejecución de la pena de privación de libertad con ciertas modificaciones resultantes de su naturaleza. Únicamente cuando el estado de salud del acusado lo requiera, la prisión provisional puede ejecutarse mediante el internamiento en el centro de salud pertinente, incluyendo centro psiquiátrico (art. 260 § 1).

Dicha medida —dado el principio de proporcionalidad de medidas cautelares (art. 257 § 1)— constituye *ultima ratio*. No se puede aplicar una medida más grave si la medida menos grave es suficiente. Esta regla queda reflejada en el art. 251 § 3 *in fine* que obliga al Tribunal a indicar en los fundamentos del auto sobre la aplicación de prisión provisional la razón por la cual no se considera suficiente la aplicación de otra medida cautelar. Este precepto obliga al Tribunal que aplica la prisión preventiva y al Tribunal que la prorroga, a deliberar, si para garantizar el transcurso correcto del proceso penal, será necesario aplicar esta medida cautelar o bien será suficiente otra medida cautelar de carácter no privativo de libertad.

Las demás medidas cautelares privan o restringen determinados derechos del acusado, pero lo dejan en libertad; pueden causar restricción de circulación, de derechos reales, profesionales o derechos de trabajadores.

II. FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional, tal como las demás medidas cautelares, tiene carácter procesal, excepcionalmente carácter preventivo. Su fin consiste en garantizar el transcurso correcto del proceso, así como en prevenir la comisión de nuevo delito grave por el acusado (art. 249 § 1). La necesidad de garantizar el transcurso correcto del proceso puede aparecer tanto en la fase de instrucción como en la fase judicial. Consiste en crear tales condiciones para el proceso penal para que pueda llevarse a cabo sin obstáculos y para conseguir fines del proceso penal. La eficacia del proceso no es una cuestión abstracta, sino que constituye una garantía constitucional de derecho a ser juzgado sin demora in-

necesaria, que sirve no sólo a acusados, sino también a otras partes del proceso, incluyendo a perjudicados. Se trata de privar al acusado de posibilidad de emprender acciones que podrían dificultar o impedir el proceso. La aplicación de la prisión provisional depende de la existencia del riesgo real relativo a la perturbación del transcurso correcto del proceso⁴. Las circunstancias de hecho determinadas durante el proceso penal han de demostrar la existencia de tal riesgo sólo en relación con el acusado contra el cual se aplica esta medida, y no en relación con otras personas.

La finalidad de prevenir la comisión de nuevo delito grave por el acusado es una excepción al carácter puramente procesal de esta medida. Es una finalidad particular, lo que viene subrayado en el art. 249 § 1. En el proyecto del código de procedimiento penal se destaca que “Esta excepción particular al carácter puramente procesal de medidas cautelares es importante, ya que los órganos de persecución penal no deben permanecer inactivos o impotentes en casos en los cuales existe riesgo grave de que el acusado de nuevo cometerá un delito grave, cuyo resultado pueda ser irreversible para las personas afectadas, p.ej. comete homicidio antes tentado motivado por venganza o bien de nuevo causa incendio con resultados graves”⁵. La doctrina con razón sostiene que los órganos procesales no deben ser privados de la posibilidad de reaccionar en tales casos, en los cuales los motivos, el comportamiento y características personales de supuesto autor de hecho en fundamentan gran riesgo de la comisión de nuevo delito grave. La sociedad, puesta en peligro por parte de los delincuentes depravados o con venganza u odio hacia determinadas personas o grupos de personas, ha de disponer de las medidas de protección pertinentes⁶. Tal posibilidad está prevista en el art. 5 ap. 1 letra c del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual, la prisión provisional es admisible cuando se estime necesario para impedir la comisión de una infracción. El código de procedimiento penal no define *expressis verbis* qué delitos son graves, tampoco el código penal prevé tal categoría. La doctrina deduce el ámbito de este concepto del art. 258 § 2 y 3, que regula los requisitos de aplicación de la prisión provisional y de las demás medidas cautelares. De dichos preceptos resulta que el concepto “delito grave” comprende el delito doloso contra la vida, salud, seguridad colectiva, así como el crimen o delito menor⁷ sancionado con la pena máxima de privación de libertad de al menos 8 años⁸. La prisión provisional no se convierte en una medida de prevención, porque para aplicarla es nece-

sario que el sujeto tenga imputada la comisión de otro delito.

III. REQUISITOS

1. Requisitos positivos

El requisito general sustantivo de prisión provisional es la gran probabilidad de que el acusado haya cometido delito, fundada en las pruebas recaudadas. Sin este requisito no será posible aplicar la prisión provisional, ya que el legislador en el art. 249 § 1 prescribe directamente que es posible “sólo cuando” se dé este requisito. La comisión de delito por el acusado no ha de ser cierto, o sea, este hecho en virtud de las pruebas recaudadas no ha de ser comprobado el 100%. La ley admite la aplicación de la prisión provisional cuando „las pruebas recaudadas demuestren gran probabilidad de que el acusado haya cometido el delito” (art. 249 § 1 *in fine*). El requisito de tan alto grado de probabilidad aporta la importancia a este requisito; es necesario hacer un análisis detallado de las pruebas desde el punto de vista de posibilidad de aplicar medidas cautelares, lo que viene fundado por la profunda intervención de esta medida en el derecho de libertad e intimidad personal.

Además de este requisito general, ha de cumplirse por lo menos uno de los requisitos especiales. Se trata de:

1) riesgo fundado de fuga o de escondimiento del acusado, particularmente cuando no se le puede identificar o no tiene residencia fija en el país (art. 258 § 1 punto 1); estas circunstancias implican el riesgo de que el acusado huya de la responsabilidad penal.

El riesgo de fuga tiene lugar cuando del comportamiento del acusado resulta que piensa abandonar la residencia fija para evadir de la justicia. Puede reflejarse en su intento de abandonar la residencia actual, el abandono de trabajo, compra de billete de avión para salir al extranjero, adquisición de pasaporte falso.

2) riesgo fundado de que el acusado vaya a inducir a prestar declaraciones falsas o de otra manera ilegal dificulte el proceso penal (art. 258 § 1 punto 2). Este requisito se llama el riesgo de trapicheo. El riesgo ha de ser real y concreto, no puede ser general y abstracto; ha de resultar de las circunstancias de hecho. Se trata de acciones que puedan afectar de forma negativa la veracidad y detalles de declaraciones prestadas por coimputados o por coacusados, así como las declaraciones de perjudicados y testigos.

3) necesidad de garantizar el transcurso correcto del proceso, dado la pena grave prevista cuando se le imputa al acusado la comisión del crimen o delito menor sancionado con la pena máxima de al menos 8 años

de privación de libertad o bien cuando el Tribunal de Primera Instancia condenó al acusado a la pena de privación de libertad no inferior a 3 años (art. 258 § 2). El legislador introduce una presunción de que la pena grave prevista por el delito implica perturbaciones al transcurso del proceso mediante intentos de acciones ilegales que desestabilizan el transcurso correcto del proceso y esto causa la necesidad de garantizar su transcurso correcto mediante la aplicación de la prisión provisional. No es necesario demostrar mediante pruebas que el acusado haya emprendido acciones concretas en el pasado conducentes a este fin. La pena grave aplicable al acusado no es la sanción prevista legalmente, sino la pena pronosticada que se le pueda imponer. El Tribunal Supremo acertadamente explica que “La condición de que la necesidad de aplicar la medida cautelar sólo con el fin de garantizar el transcurso correcto del proceso queda fundada en la pena grave aplicable al imputado y se da sólo cuando se le imputa la comisión de delito perteneciente a la categoría determinada en el art. 258 § 2 del código de procedimiento penal, y de las circunstancias de hecho resulta que se le puede imponer una pena grave de privación de libertad”. Por lo tanto, no es suficiente que al acusado se le imputa crimen o delito menor sancionado con la máxima de privación de libertad de al menos 8 años, ha de haber una probabilidad de que se le impondrá una pena severa. Sin embargo, no se requiere tal pronóstico de la pena en el caso cuando el Tribunal de Primera Instancia le haya condenado a la pena de privación de libertad no inferior a 3 años. La doctrina y la jurisprudencia entiende que este límite determina la pena grave. Este requisito se aplica exclusivamente

a la prisión provisional, los demás requisitos son aplicables a todas medidas cautelares.

4) existe riesgo fundado de que el acusado, imputado por haber cometido crimen o delito menor doloso, cometerá delito contra la vida, salud o seguridad colectiva, en particular cuando haya amenazado con la comisión de tal delito (art. 258 § 3). No se trata de riesgo de comisión de cualquier delito, sino de tres tipos de delitos previstos en este precepto mediante la remisión al bien jurídico protegido, o sea delitos contra la vida o salud o seguridad colectiva. Han de ser delitos dolosos, ya que se requiere la imputación del crimen o del delito menor doloso.

2. Requisitos negativos

La severidad especial de la prisión provisional, la intervención profunda en la esfera de libertades cons-

titucionales requiere observar circunstancias excepcionales que obligan a desistir de su aplicación. El código de procedimiento penal prevé la posibilidad de desistir de esta medida (requisito negativo relativo) si los motivos especiales lo impiden, en particular cuando la privación de libertad 1) causaría peligro grave para la vida o salud del acusado; 2) ocasionaría consecuencias particularmente graves para el acusado o su familia más próxima (art. 259 § 1).

No se aplica la prisión provisional cuando (requisito negativo absoluto): 1) en virtud de las circunstancias de la causa se puede prever que el Tribunal condenará al acusado a la pena de privación de libertad suspendiendo su ejecución o a la pena menos grave o bien cuando la duración de prisión provisional exceda la pena prevista de privación de libertad sin suspensión de su ejecución (art. 259 § 2), a no ser que exista gran probabilidad de imposición de medida de seguridad en forma de internamiento del sujeto en el centro cerrado (art. 259 § 4 *in fine*); 2) el delito está sancionado con la pena máxima de privación de libertad que no exceda 1 año (art. 259 § 3).

Estas limitaciones no se aplican cuando el acusado se esconde, reiteradamente no comparece a las citaciones o de otra forma ilegal dificulta el procedimiento, o no se le puede identificar (art. 259 § 4).

IV. DURACIÓN DE PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional es una medida temporal. La ley determina su duración y es más rigurosa en la fase de instrucción que en la fase judicial. No se fija duración máxima de esta medida. En el auto de aplicación de la prisión provisional se fija su duración y se establece la fecha final (art. 251 §2).

La prisión provisional se aplica en la fase de instrucción, previa solicitud del fiscal, por el Tribunal de Primera Instancia del partido judicial en el cual se lleva a cabo el proceso; en casos urgentes también por el otro Tribunal de Primera Instancia. El plazo de la prisión provisional aplicada en un auto no puede exceder 3 meses (art. 263 § 2 y art. 250 § 2). El Tribunal puede aplicarla por el tiempo máximo previsto o por el tiempo inferior, sin embargo, previa la solicitud del fiscal, puede prorrogarlo por periodo sucesivo dentro del límite señalado (3 meses).

En caso, dado las circunstancias particulares de la causa, no se haya podido terminar la instrucción en este plazo, previa solicitud del fiscal, el Tribunal de Primera Instancia competente para conocer la causa, siempre que fuere necesario, podrá prorrogar la prisión provi-

sional por el plazo que no exceda en total 12 meses desde que fue aplicada por la primera vez (art. 263 § 2).

El Tribunal de Apelación, en cuyo partido judicial se lleva a cabo la instrucción, puede prorrogar la prisión provisional por el plazo determinado que exceda 12 meses desde que fue aplicada por la primera vez, previa solicitud del fiscal competente superior del fiscal que lleva a cabo la instrucción, siempre cuando tal necesidad resulta de: a) la suspensión del proceso penal; b) diligencias encaminadas a determinar o comprobar la identidad del acusado; c) la práctica de prueba en la causa excepcionalmente complicada o en el extranjero d) la demora intencionada del proceso por el acusado (art. 263 § 4). No es posible su prórroga cuando la pena realmente aplicable al acusado por el delito imputado exceda 3 años de privación de libertad, a no ser que la necesidad de tal prórroga quede motivada por la demora intencionada del proceso por parte del acusado (art. 263 § 4b).

Dependiendo del etapa de la causa, la prisión provisional puede prorrogarse muchas veces dentro de la competencia del Tribunal en cuestión. A la hora de aplicar la prisión provisional o prorrogarla en la fase de instrucción, el plazo de la prisión provisional no puede exceder de la duración de instrucción. Ha de existir cierta correlación entre la fijación de plazo de la prisión provisional y la duración prevista de la fase de instrucción. Dado que dicha medida ha de garantizar el transcurso correcto del proceso penal, no puede fijarse por el plazo mayor que fijado para este proceso. El Tribunal ha de determinar la duración de prisión provisional. No queda vinculado por el plazo fijado en el auto de prórroga de instrucción, ni por el plazo fijado en la solicitud de prórroga de esta medida cautelar. El Tribunal puede fijar el plazo más corto de la prisión provisional, ya que fija el plazo que considere imprescindible para terminar la fase de instrucción. A la hora de fijarlo, el Tribunal toma en cuenta las circunstancias y carácter del caso en concreto, en particular, la forma de proceso, causas debido a las cuales aún no haya terminado y carácter de diligencias que todavía han de practicarse.

En la fase judicial el tribunal que conoce la causa aplica la prisión provisional (art. 250 § 2 *in fine*). El código no establece el plazo máximo, sin embargo el Tribunal queda obligado a fijar su duración, así como la fecha de su expiración. Antes de la expiración del plazo, el Tribunal tiene que fijar nueva fecha de expiración; esta obligación existe hasta la firmeza de la resolución que termine el procedimiento (art. 251 § 2). En caso sea necesario prorrogar la prisión provisional, cuando su duración en total, hasta la primera sentencia

del Tribunal de Primera Instancia exceda 2 años, será el Tribunal de Apelación que podrá hacerlo por un plazo determinado, previa la solicitud del Tribunal que conoce la causa, siempre que se den las mismas circunstancias que permiten prorrogar la prisión provisional en la fase de instrucción por el plazo que exceda 12 meses (art. 263 § 4). Queda inadmisibles su prórroga cuando la pena real aplicable al acusado por el delito imputado no exceda 5 años de privación de libertad, a no ser que la necesidad de su prórroga quede motivada por la demora intencionada del proceso por parte del acusado (art. 263 § 4b). Cada prórroga puede tener lugar por el periodo no superior a 6 meses (art. 263 § 7).

La prisión provisional puede aplicarse hasta la ejecución de la pena, siempre que se haya impuesto la pena de privación de libertad (art. 249 § 4).

En caso el acusado quede declarado inocente, en caso de sobreseimiento definitivo o sobreseimiento provisional, la suspensión de la ejecución de la pena, la imposición de la pena de privación de libertad que corresponda al periodo de la prisión provisional, en caso de condena a pena menos grave que la privación de libertad o en caso de desistimiento de imposición de la pena, se ordena inmediatamente la puesta en libertad del acusado, a no ser que esté privado de libertad en otra causa (art. 264 § 1).

Notas

1 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020, poz. 30 ze zm.).

2 Los artículos mencionados sin mención expresa de la ley son preceptos del código de procedimiento penal polaco.

3 El imputado es una persona a la cual se le imputan los hechos mediante el auto de imputación de los hechos o bien se le imputan los hechos sin tal auto, antes de la toma de declaraciones en calidad del imputado (art. 71 § 1). El acusado es una persona contra la cual se presenta el escrito de acusación al Tribunal, o en relación con la cual el fiscal presenta la solicitud de condenarla sin juicio o la solicitud de sobreseimiento provisional del proceso (art. 71 § 2). El término general "acusado" comprende también al "perjudicado" (art. 71 § 3). Toda la referencia al acusado en el texto se aplica también al perjudicado.

4 R.A. Stefański, Środki zapobiegawcze w nowym kodeksu postępowania karnego, Varsovia 1998, p. 19.

5 Nowe kodeksy karne. 1997 r. z uzasadnieniami, Varsovia 1997, p. 420.

6 A. Murzynowski, Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu, Varsovia 1963, p. 4751; P. Kruszyński, Podstawy tymczasowego aresztowania de lege lata i de lege ferenda [en:] Węzłowe zagadnienia procedury karnej. Księga ku czci Prof. A. Murzynowskiego, Studia Iuridica 1997, núm. 33, p. 158.

7 Según el art. 7 del código penal polaco, los tipos básicos de delitos son: 1) crímenes: son delitos sancionados con la pena

mínima de 3 años de privación de libertad o con la pena mayor, y 2) delitos menores que están sancionados con la multa superior a 30 cuotas-día o superior a 5.000 PLN (1 euro aprox. 4,50 PLN), con pena de restricción de libertad (libertad condicional) superior a 1 mes o con pena de privación de libertad (prisión) superior a 1 mes. Los crímenes son siempre dolosos, los delitos menores pueden ser imprudentes si así lo prescribe la ley (art. 8 del código penal).

8 R. A. Stefański [en:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, R. A. Stefański (dir.), S. Zabłocki (dir.), t. II, Varsovia 2019, p. 897.

9 Postanowienie SN z 20.03.2007 r., WZ 8/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 654.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa / Nova Law School (www.novalaw.unl.pt) FCostaPinto@Novalaw.unl.pt)

1. Enquadramento legal e constitucional

A prisão preventiva é a medida de coacção (de natureza cautelar) mais grave prevista no Código de Processo Penal de 1987 (CPP). Ao contrário do código anterior, que apenas previa duas medidas de coacção, o CPP de 1987 contempla sete medidas dessa natureza. A lei organiza as diversas medidas de coacção num quadro de gravidade progressiva e de subsidiariedade das mais graves em relação às medidas menos graves. O termo de identidade e residência (artigo 196º do CPP) é a medida menos grave e, por isso, tem um regime especial: aplica-se a todos os arguidos, obrigatoriamente, e pode ser decidida não só pelo juiz, como também pelo Ministério Público e pelos órgãos de polícia criminal. As outras seis medidas: a caução (artigo 197º), a obrigação de apresentação periódica (artigo 198º), a suspensão do exercício de actividade ou direitos (artigo 199º), as proibições e injunções específicas de condutas (artigo 200º), a obrigação de permanência na habitação (artigo 201º) e a prisão preventiva (artigo 202º). estão sujeitas a reserva judicial: só podem ser aplicadas por juiz, por sua iniciativa na instrução, no julgamento ou no recurso, e a requerimento do Ministério Público, durante a fase de inquérito (artigo 194º, n.º 1, do CPP). Nesta fase (de inquérito) só Ministério público pode requerer a prisão preventiva do arguido. Os órgãos de polícia criminal e o assistente não o podem fazer e o juiz de instrução criminal tem competência para decidir, mas sempre condicionada à promoção do Ministério Público (titular do inquérito criminal).

A prisão preventiva é a medida mais severa no plano da privação da liberdade pessoal e, por isso, é também aquela que tem um regime constitucional e legal mais exigente quanto aos pressupostos da sua aplicação e à sua vigência processual. A Constituição afirma a sua excepcionalidade, subsidiariedade e judicialidade (só pode ser aplicada por decisão judicial) e exige a sua limitação temporal através de um regime de prazos (artigo 28º da Constituição).

Compreende-se a razão de ser destas limitações: no plano jurídico, enquanto medida cautelar, a prisão preventiva aplica-se antes da imputação definitiva da responsabilidade (julgamento) e, por isso, só um regime legal especialmente condicionado e marcado por condições reforçadas de necessidade e de subsidiariedade seria compatível com a presunção de inocência do arguido (artigo 32º, 2 da Constituição); no plano humano, a prisão preventiva implica a privação da liberdade pessoal num regime prisional mais severo, com limitação de visitas e inexistência de saídas precárias.

2. As estatísticas oficiais

A prisão preventiva teve em Portugal níveis muito elevados durante os anos 90 do século passado, devido em parte à perseguição penal ao consumo e tráfico de estupefacientes. A despenalização do consumo de drogas (2001) levou a uma diminuição significativa do número de prisões preventivas decretadas, que se situam actualmente num nível médio-alto.

Seguindo os dados oficiais dos últimos anos (disponíveis em regime de livre acesso: www.dgrsp.justica.gov.pt) a população prisional total tem oscilado entre cerca de 13.000 e 14.000 presos, incluindo neste número cerca de 2.400 a 2.500 presos preventivos. O que significa que os presos preventivos têm representado nos últimos anos cerca de 18% da população prisional em Portugal.

Números recentes confirmam uma ligeira diminuição dos presos totais e dos presos preventivos, mas os grandes números mantêm-se na mesma ordem de grandeza:

Em 15 de Fevereiro de 2020 a população prisional total era de 12.872 pessoas, estando em prisão preventiva 2.350 arguidos, o que corresponde a cerca 18,2% do total. Entre estes, 519 arguidos já tinham sido condenados, aguardando o resultado dos recursos, e 1.831 arguidos aguardavam julgamento.

Em suma, a percentagem de arguidos em prisão preventiva tem sentido uma ligeira diminuição, situando-se em cerca de 18% da população prisional total.

3. Regime legal da prisão preventiva

A aplicação da prisão preventiva está condicionada a (i) um regime especial de subsidiariedade reforçada (só pode ser aplicada se as finalidades não puderem ser prosseguidas com uma medida menos grave), (ii) à reserva de juiz (só o juiz pode aplicar esta medida, não podendo uma pessoa ser detida mais de 48 h sem controlo judicial, como determina o artigo 28º, nº 1, da Constituição), a (iii) um juízo de precariedade por referência ao estado de coisas que determinou a sua aplicação (a alteração desse estado de coisas determina a revisão da medida) e (iv) a um prazo máximo de duração efectiva, indexado a cada fase processual (cfr. artigos 202º, nº 1, 194º, nº 1, 212º, nº 1, al. b) e 215º, do CPP).

Um regime que é decorrência das imposições constitucionais na matéria, previstas no artigo 28º da CRP, que apresenta a prisão preventiva como uma medida de natureza excepcional e subsidiária como se referiu.

O artigo 202º do CPP exige ainda, como condições essenciais para a aplicação da prisão preventiva a um arguido, que se esteja perante (i) fortes indícios (ii) da prática de um crime doloso, que (iii) essa incriminação tenha uma pena legal máxima superior a 5 anos de prisão ou que esteja prevista em algum dos catálogos específicos (enunciados nas alíneas do nº 1 do artigo 202º) e que (iv) tal medida se revele necessária pela insuficiência das demais medidas de coacção em relação ao caso concreto.

Os requisitos específicos cumulam-se com os requisitos gerais de aplicação das medidas de coacção (artigo 204º CPP), que exigem a comprovação de uma situação de perigo para o processo decorrente da continuação do arguido em liberdade (*pericula libertatis*).

4. O dever de fundamentação

Todos os requisitos legais devem ser comprovados na fundamentação do despacho que aplica a medida de coacção, sob pena de nulidade do mesmo (artigo 194º, nº 6 e 7, do CPP). Esta exigência foi especificamente desenvolvida na reforma de 2007 do CPP, procurando pôr fim a uma corrente jurisprudencial que, por o processo estar em segredo de justiça, aceitava uma concepção minimalista da fundamentação do despacho de aplicação da prisão preventiva. Ao ponto de permitir a fundamentação por reenvio para os autos, aqueles que o arguido não podia consultar livremente, contra a opinião dominante no Tribunal Constitucional sobre o mesmo assunto. Tal solução colidia directamente com o direito de defesa do arguido, ao

inutilizar substancialmente o recurso do despacho de aplicação da medida: como é que o arguido podia contestar a verificação fáctica, jurídica e probatória dos pressupostos da medida de coacção (designadamente, a subsunção dos factos ao tipo e os fortes indícios exigidos por lei) se lhe era negado o acesso aos autos onde tais elementos constariam?! Para evitar essa severa limitação, o artigo 194º, nº 7, do CPP, passou a proibir que fossem usados elementos dos autos para fundamentar o despacho de aplicação da medida de coacção que não fossem, simultaneamente, dados a conhecer ao arguido e à sua defesa.

Para além disso, o legislador acolheu em 2007 um modelo normativo de fundamentação da medida de coacção muito exigente e especificado, obrigando à descrição dos factos concretamente imputados ao arguido (e não meras referências genéricas por referência a um tipo de crime), os indícios que apontam nesse sentido (se tal não puser em causa pessoas ou o processo), a qualificação jurídica dos factos e os pressupostos específicos da medida aplicada.

5. Os prazos máximos e o reexame obrigatório

A Constituição exige que a lei fixe prazos para a prisão preventiva (artigo 28º, nº 4), mas não determina quais. O CPP adopta para o efeito prazos máximos dentro de cada fase processual. Um modelo de solução importante para a protecção dos direitos do arguido, pois impede que a inércia ou a demora em cada fase processual sacrifiquem a liberdade pessoal do arguido.

A prisão preventiva sempre esteve, na vigência do Código de Processo Penal de 1987, sujeita a um sistema de prazos indexados à duração da fase processual em que seria aplicada, que hoje são os que se encontram referidos no artigo 215º do CPP: a prisão preventiva não pode durar mais de 4 meses sem ter havido acusação, 8 meses durante a fase de instrução sem que tenha sido proferida a decisão instrutória, 14 meses sem ter havido condenação em primeira instância e 18 meses sem ser proferida condenação transitada em julgado. Estes prazos gerais são depois alargados em casos mais graves e em situações específicas, como descrito nos diversos números do artigo 215º do CPP.

Uma vez decorrido o prazo legal máximo, o arguido deve ser imediatamente libertado porque a medida se extingue por efeito legal automático (artigo 215º, nº 1, do CPP), podendo, contudo, ser aplicada outra medida de coacção (artigo 217º do CPP). Assim, a manutenção do arguido em prisão preventiva para além do prazo admissível corresponde a uma prisão ilegal, para todos

os efeitos (dever de actuação judicial, *habeas corpus*, indemnização, etc.).

A lei consagra ainda um regime especial de reexame periódico obrigatório, com uma particular relevância da cláusula *rebus sic stantibus*. Para além das iniciativas dos sujeitos processuais na matéria, o juiz procede de três em três meses ao reexame obrigatório da prisão preventiva, decidindo sobre a sua continuação ou revogação (artigo 213º). O que, por seu turno, não impede que de forma casuística a prisão preventiva seja revogada (e, eventualmente, substituída por outra medida de coacção) sempre que se tenha alterado o estado de coisas de determinou a sua aplicação (artigos 204º e 212º do CPP).

6. Impugnação da decisão sobre a prisão preventiva e responsabilidade por prisão ilegal

O arguido pode reagir ao despacho judicial de aplicação da prisão preventiva de três formas: (i) solicitando o reexame da medida por alteração da situação que determinou a sua aplicação (artigo 212º, nº 4); (ii) interpondo um recurso para o Tribunal da Relação do despacho que aplica a prisão preventiva; ou, em caso de ilegalidade da prisão, (iii) apresentando uma providência extraordinária de *habeas corpus* dirigida directamente ao Supremo Tribunal de Justiça (artigo 31º da CRP e artigos 222º e 219º, nº 2, do CPP), mas apresentada junto da autoridade que mantém o arguido ilegalmente preso.

A ilegalidade da prisão preventiva pode gerar responsabilidade civil do Estado, como é expressamente declarado no texto constitucional: “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer” (artigo 27º, nº 5, da CRP). Os pressupostos da responsabilidade do Estado nesta matéria estão formulados no artigo 225º do CPP, abrangendo três situações: (i) ilegalidade da prisão, nos termos que fundamentam a petição de *habeas corpus*, (ii) erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto que determinaram a prisão e (iii) absolvição do arguido por se comprovar que não foi agente do crime ou que actuou ao abrigo de uma causa de justificação.

A lei não contempla o direito à indemnização por insuficiência de prova. Por isso, se o arguido for absolvido por uma dúvida razoável (*in dubio pro reo*) incompatível com a presunção constitucional de inocência que lhe assiste (artigo 32º, nº 2, da CRP) ou por serem eliminadas provas proibidas (artigo 126º do CPP) não tem garantida indemnização do Estado pela

privação da liberdade que sofreu. Neste sentido se tem igualmente pronunciado o Tribunal Constitucional (cfr. Ac. TC nº 185/2010, de 12 de Maio, na senda de jurisprudência anterior no mesmo sentido, embora sem unanimidade) considerando que, por um lado, tal situação não está prevista na lei como fonte de indemnização e, por outro, que a sua consideração poderia subverter o equilíbrio das fases processuais e gerar grande incerteza quanto à própria condução do processo pelos magistrados nas fases preliminares. As reservas do Tribunal Constitucional são compreensíveis, mas a materialidade das situações e o sacrifício dos direitos fundamentais do arguido inocente poderia justificar uma solução diferente.

O período de sujeição a prisão preventiva é descontado por inteiro na pena de prisão a que o arguido seja sujeito em função de sentença condenatória, como determina o artigo 80º do Código Penal.

Rusia

Dr. Svetlana Paramonova

*Professor at the Master Program on International Criminal Justice of the Rovira Virgili University
Tarragona, Spain*

I. PRE-TRIAL RESTRICTIONS OR MEASURES OF PREVENTION: CONCEPT AND CLASSIFICATION

Pre-trial restrictions or **measures of restriction or prevention** (*меры пресечения*)¹ is a type of coercive or compulsory measures in the Russian criminal procedure, Art. 98 Criminal Procedural Code of the Russian Federation (CPC)², that primarily aim at the prevention of committing new criminal actions by the suspects and accused during the preliminary investigation.

Measures of restriction are divided into two groups based on the specific characteristics of an individual on whom they are imposed: general and special measures. To the *general* pre-trial restrictions—which can be applied to any suspect or accused—belong the following ones: recognizance not to leave, house arrest, personal guarantee, bail, and pre-trial detention. Among the *special* measures—that can be imposed only on the individuals with certain additional characteristics—are the following: supervision of suspect or accused by the command of a military unit (Art. 104 CPC) and supervision of a juvenile suspect or accused by his/her parents, by *in loco parenti*, other trustworthy

persons or by the officials of the specialized children's institution (Art. 105 CPC).

All coercive measures of prevention in the criminal procedure can be divided into several types depending on the major aim of the pertinent measure.

The first group refers to the measures that **restrict the right to personal freedom**, such as *pre-trial detention* (Art. 108 CPC), house arrest (Art. 107 CPC), recognizance not to leave and behave in a proper way (Art. 102 CPC), supervision of accused by the command of a military unit (Art. 104 CPC), and supervision of a juvenile accused (Art. 105 CPC).

Other measures can be classified as **restraining constitutional rights by search and seizure**. Among later ones are the following: search (Art. 182 CPC), personal search (Art. 184 CPC), seizure (Art. 183 CPC), search and seizure of postal and telegraph messages (Art. 185 CPC), search and seizure of electronic data (Arts. 182, para. 9.1, 183, para. 3.1 CPC), monitoring and recording of conversations (Art. 186 CPC), obtaining information about connections between subscribers and (or) the subscriber units (Art. 186.1 CPC); freezing of property (Art. 115 CPC); temporary dismissal from the post (Art. 114).

The third type of coercive measure is applied for **securing the order of the proceedings**, such as obligation to appear to a procedural activity (Art. 112 CPC), forcible bringing to court (Art. 113 UPK), disciplinary fine (Art. 117 CPC). These measures besides to a suspect and accused can be also applied to other participants of the criminal proceedings, for example, to the witness, victim or translator (Art. 111 CPC).

There are others coercive measures, such as bail (Art. 106 CPC) and personal guarantee (Art. 103 CPC)³.

II. PRE-TRIAL DETENTION

1. Introductory Remarks and Influence of the ECtHR

The Russian Constitution entitles the court to decide on the imposition of all the measures that *deprive personal freedom, including pre-trial detention* of suspects and accuseds in committing crimes (Art. 22, para. 2 Const.). This position corresponds to Art. 5, para. 4 of the European Convention on Human Rights.

Previously, the imposition of such pre-trial restrictions as arrest and detention were upon the discretion of the prosecutor, who in most cases made the decision in absentia, i.e., in the absence of a person who has been arrested/detained. The prosecutor was obliged to interrogate only some categories of persons, e.g., juveniles.

The judicial procedure that was introduced with regard to the imposition of the measures that deprive personal freedom was aimed at the adoption of the lawful mechanism for legal and just decisions. The provision of the Constitution (Art. 22) became effective after the criminal procedure legislation was amended in conformity with the international law norms. According to the amended version of the Code of Criminal Procedure (Art. 29, para. 2 CPC)⁴, only court, including the stage of the pre-trial proceedings, is entitled to make decisions on conducting measures of restriction in the form of detention as well as on its extension.

The imposition of the pre-trial detention as a restrictive measure in the preliminary investigation that has, firstly, a preventive goal in hindering the accused to commit new criminal acts, secondly, aims at maintaining evidence, thirdly, ensures the attendance of the accused at the procedure.

Since Russia's accession to the Council of Europe and recognition of the jurisdiction of the European Court of Human Rights in 1998, the Court has delivered more than 600 judgments finding inhuman and degrading treatment of individuals in Russia's restricted-access detention facilities, among them pre-trial detention facilities⁵.

The judgment in *Kalashnikov v. Russia*⁶ (application no. 47095/99) of July 2002 was the first judgment against Russia concerning detention conditions in pre-trial detention centres (SIZOs), followed by more than 200 similar cases which now form the *Kalashnikov* group of cases, pending implementation before the Committee of Ministers. The judgments in the *Kalashnikov* group of cases address the problems of cell overcrowding in SIZOs and inadequate detention conditions, such as a lack of separation between the sanitary and living areas, limited access to natural light, and problems with water, heating and ventilation.⁷

In January 2012, the Court also issued a pilot judgment in *Ananyev and others v. Russia*⁸. There, the ECtHR separately addressed the excessive recourse to detention on remand as a preventive measure and the need to take steps at the domestic level to ensure that remand in custody be used only as an exceptional measure. It stated the need for a domestic remedy for appealing detention conditions and obtaining compensation. The Court also noted that the award of compensation should not be conditional on the claimant's ability to prove the fault of officials or bodies and the unlawfulness of their actions⁹.

Over the years, Russia has in turn made substantial efforts to improve pre-trial detention conditions¹⁰. In

particular, the extent of SIZOs overcrowding has tangibly decreased. Although certain facilities continue to fall short of the minimum standard of floor space per person, the nightmarish situation of the 1990s is now mostly a thing of the past. However, a number of problems persist. Still common is the use of unsuitable cells at police stations for prolonged and overnight detention. Many temporary detention wards at all police stations are not designed for overnight detention; rooms for detainees are equipped with narrow wooden benches, which serve as beds for persons detained overnight; mattresses are generally unavailable. This problem has become particularly relevant in recent years due to a growing number of arrests of peaceful protesters.

The lack of proper detention conditions at police stations has repeatedly been challenged in Russian courts, and a few cases have been taken to the Court. In particular, the cases of *Kalmykova and others v. Russia*¹¹ that have been added to *Kapustin v. Russia*¹² and 18 other applications.

2. The Conditions for the Pre-trial Detention

The pre-trial detention as a measure of restriction, Art. 108 CPC, is applied only on the ground of judicial decision to the suspect/accused of committing crimes, for which the envisaged criminal punishment in the form of imprisonment exceeds the term of three years.

In exceptional cases, the pre-trial detention may be imposed on the suspect or accused of committing a crime that is punishable by imprisonment for up to three years, if one of the following requirements is fulfilled:

- the suspect/accused does not have a permanent residence on the territory of the Russian Federation;
- the identity of the suspect/accused has not been established;
- the suspect/accused violated the previously imposed pre-trial restriction;
- the suspect/accused escaped from the investigating bodies or the court.

The imposition of this pre-trial restriction is legal only, if the court justifies the impossibility to apply a different milder coercive measure. This way, the court in its decision is obliged to outline concrete factual circumstances which served as the grounds for the judgement. Such circumstances cannot be the information that has not been proved during the trial proceedings on the imposition of this measure, in particular the results of the investigative activities that were obtained in violation of the evidentiary law (Art. 89 CPC).

Detention as a preventive measure cannot be applied in respect of the suspect or accused of committing certain economic and tax crimes that did not include any elements of physical violence, such as fraud, forgery, illegal entrepreneurship, etc. However, in this case four exceptional conditions for the pre-trial detention mentioned above shall be absent (Art. 108, para. 1.1 CPC).

With regard to juveniles, the pre-trial detention can be chosen as a measure of restriction, if he/she is suspected or accused of committing a grave or especially grave crime, e.g., murder. In exceptional cases, this preventive measure may also be imposed on the juvenile, when a crime of medium gravity has been committed (Art. 108, para. 2 CPC).

3. The Procedure of Imposition and Decisions Made Regarding the Pre-trial Detention

The request of the imposition of the pre-trial detention is lodged with the court by the investigator with the consent of the head of the investigative body or by the inquirer with the consent of the prosecutor (Art. 108, para. 3 CPC). The request shall contain the reasons and the grounds that prove the necessity of the pre-trial detention as well as the grounds of the impossibility to choose a different restriction measure.

In some urgent cases that are stipulated in Arts. 91 and 92 CPC, such as when a person was caught red handed or when the victims or witnesses point out the person who has committed a crime, the request must be filed to the judge no later than 8 hours before the expiration of the period of detention, which cannot durate more than 48 hours (Arts. 94, para. 2, 108, para. 3 CPC).

The decision on the imposition of the pre-trial detention is considered by a single judge of the district court or a military court of a corresponding level with the obligatory participation of the suspect or accused, the public prosecutor, and defense counsel (Art. 108, para. 4 CPC). The legal representative of a juvenile suspect or accused, the head of the investigating body, the investigator, and the inquirer are entitled to participate in the court session.

The absence of the participants of the court proceedings that were notified of the court hearing without a serious reason is not an obstacle for consideration of the application, except in cases of absence of the accused. The imposition of the pre-trial detention in the absence of the accused is allowed only in the case, if the accused is on the international wanted list (Art. 108, para. 5 CPC).

Having considered the petition, the judge makes one of the following decisions:

- the imposition on the suspect or the accused the coercive measure in the form of detention;
- dismissal of the application;
- extension of the period of detention.

The **imposition** of the measure shall occur immediately. The judicial decision is sent to the person who initiated the request, to the prosecutor, to the suspect/accused and to the victim (Art. 108 p. 8 CPC).

In the case of detention of the accused/suspect, the person in charge of the criminal case (investigator or inquirer) is obliged to inform immediately about the place of detention of the suspect or accused or its change any of his/her close relatives. If the accused/suspect does not have such then other relatives shall be informed. If a soldier or a police officer have been detained, the information about their place of detention additionally has to be provided to the command of the military unit or to the head of the pertinent body of internal affairs, accordingly (Art. 108, para. 12 CPC).

In the case of **dismissal** of the application, the judge is entitled on his/her own initiative to choose detention as a pre-trial restriction, if the grounds provided for in Art. 97 CPC are present, such as the danger that the accused evades preliminary investigation or/and trial proceedings or he/she may threaten the witness or other participants of the criminal proceedings.

If the application was dismissed, a repeated request on the imposition of the pre-trial detention regarding the same person and within the same criminal case is possible only in the event of the newly discovered circumstances justifying the necessity of the person's detention (Art. 108, para. 9 CPC)¹³.

If detention was considered legal and justified, its **extension** can be imposed by the court. However, the period of extension cannot exceed 72 hours from the moment of passing a judgment on the request of one of the parties on the submission of additional evidence, on whether the pre-trial detention is justified or not. (Art. 108, para. 7 CPC).

It is prohibited to give the powers to decide on the imposition of pre-trial detention as coercive measure to the same judge on a permanent basis. These powers are shared between the judges in accordance with the principle of the jurisdiction of the pertinent criminal cases (Art. 108, para. 13 CPC).

4. The Review of the Pre-trial Detention and its Termination

The judicial decision on the imposition of the pre-trial detention or a dismissal of the request can be

appealed according to the rules of appeal (Art. 389.3 CPC). The court's ruling can be appealed within 3 days after the decision has been passed. The court of appeal shall decide on the complaint not later than 3 days from the date of its entry.

The decision of the court of appeal to abolish the decision of the judge on the imposition of the pre-trial detention has to be executed immediately. The decision of the court of appeal may be challenged in the court of cassation (Chapter 47.1 CPC).

The **termination** of the pre-trial detention occurs on the same grounds as the termination of the investigation, such as non-involvement of the suspect or accused in the committing crime (Art. 27, para. 1 CPC), absence of the event of a crime (Art. 24, para. 1 CPC), termination of the criminal proceedings in connection with the parties' reconciliation (Art. 25 CPC) and others¹⁴.

Notas

1 On the measures of prevention in criminal procedure, see *Paramonova, Svetlana*, International Encyclopaedia of Laws. Russian Criminal Law. Wolters Kluwer. *Forthcoming*.

2 Criminal Procedural Code of the Russian Federation, N 174-ФЗ, 18.12.2001. Further CPC.

3 *Paramonova, Svetlana*, International Encyclopaedia of Laws. Russian Criminal Law. Wolters Kluwer. *Forthcoming*.

4 Federal Law 18 Dec. 2001, N 174-FZ.

5 See *Paramonova, Svetlana / Bogush, Gleb*: Neue Entwicklungen im Strafprozessrecht Russlands / New Developments of the Russian Criminal Procedural Law. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW / Criminal Jurisprudence Journal 125/3, 703-728, 2013

6 *Kalashnikov v. Russia*, July 2002, App. No. 47095/99.

7 *Taubina, Natalia*, How do European Court Judgements influence detention conditions in Russia? Dec., 2017: <http://www.einnetwork.org/ein-voices>.

8 *Ananyev and others v. Russia*, Jan. 2012, App. No. 42525/07 and 60800/08.

9 *Taubina, Natalia*, How do European Court Judgements influence detention conditions in Russia? Dec., 2017: <http://www.einnetwork.org/ein-voices>.

10 Interim report/Plan of action on execution of pilot judgment *Ananyev and others v. Russia*; Russian NGO Shadow Report on the Observance of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment by the Russian Federation for the period from 2006 to 2012.

11 *Kalmykova and others v. Russia*, Nov. 2015, App. No. 56516/15.

12 *Kapustin v. Russia*, June 2017, App. No. 36801/09.

13 Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation N 4-P, 22 March 2005.

14 *Paramonova, S.* International Encyclopaedia of Laws. Russian Criminal Law. Wolters Kluwer. *Forthcoming*.

Ucrania

Volodymyr Hulkevych

Doctor en Derecho, Fiscalía de la Provincia de Ivano-Frankivsk

El problema de la regulación legal de la detención preventiva durante la investigación prejudicial siempre ha sido relevante para la doctrina penal procesal científica ucraniana.

Durante el período soviético de la historia ucraniana y en los primeros 10 años después de la independencia de Ucrania, el derecho a autorizar la detención preventiva de un sospechoso o acusado perteneció al fiscal. Bajo el régimen estalinista, la detención preventiva a veces incluso sirvió como una especie de castigo sin un juicio justo.

Después de la recuperación de la independencia en 1991, la legislación procesal penal de Ucrania se está mejorando constantemente y el nivel de garantías para los participantes en los procesos penales está aumentando. En 2001, la legislatura privó a los fiscales del derecho a la detención preventiva de sospechosos y acusados, transfiriendo este poder a la corte.

Por lo tanto, el Código Penal Procesal de Ucrania de 2012 estableció una serie de medidas para garantizar el proceso penal, que se utilizan para lograr la efectividad de este proceso. Las medidas extremadamente importantes para garantizar el proceso penal son medidas cautelares, a las cuales, de conformidad con el art. 176 del CPP, pertenecen:

- 1) compromiso personal;
- 2) garantía personal;
- 3) fianza;
- 4) arresto domiciliario;
- 5) prisión provisional;
- 6) detención de una persona (medida cautelar temporal).

El juez de instrucción aplica las medidas de precaución durante la investigación prejudicial, a solicitud del investigador, previo acuerdo con el fiscal o a solicitud del fiscal.

El propósito de la medida preventiva es asegurar que los sospechosos y acusados cumplan con sus deberes procesales, así como evitar intentos de:

- 1) esconderse de los cuerpos de investigación previa al juicio y/o del tribunal;
- 2) destruir, ocultar o distorsionar cualquiera de las cosas o documentos que son esenciales para establecer las circunstancias de un delito penal;

3) influenciar ilegalmente en una víctima, testigo, otro sospechoso, acusado, experto, especialista en el mismo proceso penal;

4) obstruir los procedimientos penales de cualquier otra manera;

5) cometer otro delito penal o continuar un delito penal en el que se sospecha o se le acusa.

La prisión provisional o sea la detención preventiva en Ucrania, es una medida de precaución excepcional que se aplica solo si el fiscal demuestra que ninguna de las medidas de precaución más indulgentes puede prevenir los riesgos mencionados.

La prisión provisional o la detención preventiva no puede aplicarse excepto:

1) a una persona sospechosa o acusada de cometer un delito por el cual la ley establece un castigo básico en forma de una multa de más de tres mil ingresos mínimos no imponibles, solo si el fiscal demuestra que el sospechoso, acusado, no ha cumplido con sus deberes, impuestos a él en la aplicación de otra medida de precaución previamente seleccionada, o no ha cumplido de la manera prescrita los requisitos para el depósito de fondos como fianza y la provisión de un documento que lo confirme;

2) a una persona previamente condenada sospechosa o acusada de cometer un delito punible con prisión de hasta tres años, a menos que el fiscal demuestre que, en general, la persona se escondió de organismo o tribunal de investigación previa al juicio, obstruyó el proceso penal o fue informada de la sospecha de haber cometido otro delito;

3) a una persona no condenada previamente, pero que se sospecha o es acusada de cometer un delito punible con prisión de hasta cinco años, a menos que el fiscal demuestre que, en general, la persona que estaba en libertad trataba de esconderse de cuerpo o tribunal de investigación previa al juicio, obstruyó el proceso penal o fue informada de la sospecha de haber cometido otro delito;

4) a una persona previamente no condenada que se sospecha o es acusada de cometer un delito punible con prisión por un período superior a cinco años;

5) a una persona previamente condenada que se sospecha o es acusada de cometer un delito por el cual la ley establece prisión por un período superior a tres años;

6) a una persona buscada por las autoridades competentes de un estado extranjero por un delito penal, en relación con la cual la cuestión de la extradición (extradición) a dicho estado puede resolverse para el enjuiciamiento penal o la ejecución de una sentencia,

de la manera y por los motivos previstos por el CPP o un acuerdo internacional, cuya naturaleza vinculante ha sido aprobada por la Rada Suprema de Ucrania.

El juez de instrucción, el tribunal al emitir una decisión sobre la aplicación de una medida de restricción en la forma de detención está obligado a determinar la cantidad de fianza suficiente para garantizar el sospechoso o acusado de cometer un crimen cumpla las obligaciones previstas en virtud de la CPP, excepto en los siguientes casos:

1) con respecto a un delito cometido con el uso de la violencia o la amenaza de su uso;

2) en relación con un delito que causó la muerte de una persona;

3) cuando se trata de una persona respecto de la cual ya se ha elegido una medida de precaución en forma de fianza en este procedimiento, pero ha sido violada por ella.

El término de decisión de juez de instrucción o de tribunal sobre prisión provisional o extensión de un período de prisión provisional no puede exceder de sesenta días naturales.

El período de prisión provisional se calcula desde el momento de arresto preventivo, y si el arresto preventivo fue precedido por la detención del sospechoso o acusado, desde el momento de la detención. El período de prisión provisional incluye el tiempo que una persona permanece en una institución médica durante un examen psiquiátrico para pacientes hospitalizados. En el caso de volver a arrestar a una persona en el mismo proceso penal, el plazo de prisión provisional se calcula teniendo en cuenta el tiempo de custodia anterior.

El juez de instrucción puede extender el período de prisión provisional dentro del término de la investigación prejudicial de acuerdo con el procedimiento provisto por el CPP. El período total de la prisión provisional de un sospechoso o acusado durante una investigación previa al juicio no deberá exceder:

1) seis meses: en procedimientos penales por delitos de gravedad pequeña o mediana;

2) doce meses: en procesos penales por delitos graves o especialmente graves.

Cabe señalar que estos plazos se aplican solo a la investigación previa al juicio, el CPP no establece un plazo máximo de prisión provisional del acusado durante el juicio de los procesos penales.

Las conclusiones expresadas en la decisión del juez de instrucción o en la decisión del tribunal sobre los resultados de la consideración de la solicitud de aplicación de una medida de restricción en cualquier circunstancia relacionada con la esencia de la sospecha,

acusación no tienen valor perjudicial para el tribunal durante el juicio o para el juez instructor o fiscal durante este u otro procedimiento criminal.

Si es necesario, el juez de instrucción puede extender el plazo de prisión provisional a solicitud del fiscal, juez de instrucción de acuerdo con el fiscal encargado. Una solicitud de extensión de la prisión provisional se presenta a un tribunal local, dentro de la jurisdicción territorial de la cual se lleva a cabo una investigación previa al juicio, y en un proceso penal por delitos dentro de la jurisdicción del Tribunal Superior Anticorrupción, ante el Tribunal Superior Anticorrupción.

La solicitud de extensión de la prisión provisional, además de la información general anterior, debe contener:

- 1) una declaración de las circunstancias que indican que el riesgo declarado no ha disminuido o han aparecido nuevos riesgos que justifican la prisión provisional de una persona;

- 2) una declaración de las circunstancias que impiden la finalización de la investigación previa al juicio antes del vencimiento de la orden de prisión provisional o detención preliminar.

El juez de instrucción está obligado a considerar la solicitud de prórroga del período de prisión provisional hasta la expiración de la resolución preliminar de conformidad con las normas previstas para el examen de la solicitud de aplicación de una medida de restricción.

El juez de instrucción está obligado a negarse a extender el período de prisión provisional si el fiscal o el juez de instrucción no prueban que la continuación de detención preliminar del sospechoso o acusado está justificada.

En general, la legislación ucraniana brinda un nivel suficiente de garantías al sospechoso y acusado, brinda la oportunidad de protegerlo de la prisión arbitraria durante la investigación prejudicial.

Sin embargo, en algunos casos, los tribunales nacionales no siempre justifican debidamente la necesidad de continuar la detención preliminar o prisión provisional de un acusado, citando solo la gravedad del delito y las circunstancias que caracterizan al acusado, señalando la existencia de riesgos específicos de posible conducta indebida del sospechoso sin evidencia de su existencia.

Al mismo tiempo, es conveniente que la legislatura establezca plazos para la prisión provisional del acusado durante la consideración de los procedimientos penales en los tribunales, especialmente en casos de apelación y casación, que a veces duran años.

Bibliografía.

1. Kolodchyn D.V. Trymannia pid vartoiu yak zapobizhnyi zahid. Dysertaciia (en ucraniano) // La prisión provisional como una medida de precaución. Tesis doctoral. Kharkiv, 2018.

2. Tertyshnyk V.M. Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho procesualnoho kodeksu Ukrainy. Vydannia 16 (en ucraniano) // El Commentario científico-práctico del Código Penal Procesal de Ucrania. La edición decimosexta. Kyiv, 2020.

3. Sereda K.O. Pravove rehulivannia zapobizhnykh zachodiv u kryminalnomu provadzhenni. Dysertaciia (en ucraniano) // La regulación penal de las medida de precaución en el procedimiento penal. Tesis doctoral. Kyiv, 2018.

Uruguay

Pablo Galain Palermo¹

Pamela Cruz²

A. Introducción

1. La prisión preventiva (PP) es una medida cautelar que tiene como función la sujeción física de una persona que será sometida a juicio; es una figura procesal que conlleva a la reflexión sobre la libertad individual (libertad física o corporal, que ha evolucionado hasta ser considerado un derecho fundamental consagrado en instrumentos internacionales como en la Declaración Universal de DDHH, la Convención Americana de DDHH y en nuestra Constitución), el estado de inocencia³, la dignidad humana y el respeto de los Derechos Humanos, pues se trata de una intervención directa en un derecho fundamental como es la libertad ambulatoria. El tiempo de duración de esta medida no puede sobrepasar los plazos establecidos por el principio de legalidad al que debe estar referida según sus fines netamente cautelares de sujeción del indagado al proceso o de salvaguarda del material probatorio. De algún modo ella se relaciona con la peligrosidad del sujeto en relación a su comparecencia a juicio (hecho por el cual se lo retiene compulsivamente para que no se fugue) y en relación a su posible acción intimidatoria contra la víctima y/o testigos o en cuanto a la desaparición de medios probatorios en su contra (una peligrosidad procesal). El Fiscal debe probar la necesidad, oportunidad y duración de la medida que solicita al juez de garantías. La prisión preventiva no debe tener ninguna finalidad extraña a lo procedimental, ni pretender cumplir con fines de prevención especial o general que la

convertirían en un adelanto de pena⁴ o como la única pena efectiva⁵.

2. En Uruguay, durante mucho tiempo, la política criminal consideró erróneamente que la PP era una parte de la pena pues la norma exigía la prisión preventiva obligatoria para la gran mayoría de delitos (considerados inexcusables)⁶ y porque su cumplimiento tenía lugar en el mismo establecimiento carcelario donde no existía separación entre privados de libertad en PP y condenados⁷. La PP no solo era una herramienta indispensable para someter a la persona a la justicia en mérito del Art. 27 de la Constitución⁸, sino que al igual que la pena perseguía fines profilácticos o preventivos del castigo^{9,10}. Con la Ley 17.726 del año 2004 se aprobaron penas sustitutivas a la PP como por ejemplo el trabajo comunitario o la reparación del daño¹¹, confundiendo aún más la naturaleza jurídica de la PP con la de la pena¹². El Decreto 225 de 2006 reglamentario de la Ley 17.897 “Ley de Humanización y Modernización del Sistema Penitenciario” aprobó un régimen de redención de pena por estudio o trabajo de la persona privada de libertad, que no distinguía el tiempo en PP del tiempo de ejecución de la pena.

3. Hasta 2017 la PP estuvo regulada en los Arts. 72¹³, 127¹⁴ y 128¹⁵ del Decreto 15.032, y en esencia podía ser adoptada por el tribunal sin previo pedido fiscal, lo que estaba dentro de la lógica de un sistema procesal inquisitivo en el que un único juez (instructor y de condena) dirigía la investigación, sometía a la persona a juicio, dirigía la audiencia y condenaba¹⁶.

Este sistema lesionaba los principios de imparcialidad, igualdad de las partes, necesidad, proporcionalidad y duración razonable; violentando garantías y derechos fundamentales de los justiciables. Al decretar la PP el juez realizaba una evaluación anticipada sobre la culpabilidad del imputado ya que el auto de procesamiento casi siempre suponía la PP, la mayoría de las veces porque se trataba de tipos penales que el código procesal exigía el procesamiento con prisión (preventiva) obligatoria. En este sistema la PP funcionaba como una pena anticipada y su duración estaba en sintonía con la gravedad del delito que se investigaba y con la pena mínima establecida en el tipo penal¹⁷. Dentro de esta lógica la presunción de inocencia se convertía en presunción de culpabilidad y la PP perseguía fines de prevención general y especial que son propios de la pena. Esto explica que en los establecimientos carcelarios todos fueran privados de libertad, sin necesidad de distinción entre “prisioneros preventivos” y “condenados”. En la praxis los procesados que habían cumplido largo tiempo en PP sin sentencia de condena, tenían

que ser liberados (libertad condicional o anticipada) al momento de la condena porque habían cumplido prácticamente las 2/3 partes o liberados definitivamente porque habían cumplido con toda la pena prevista en el tipo penal.

B. El nuevo sistema procesal penal

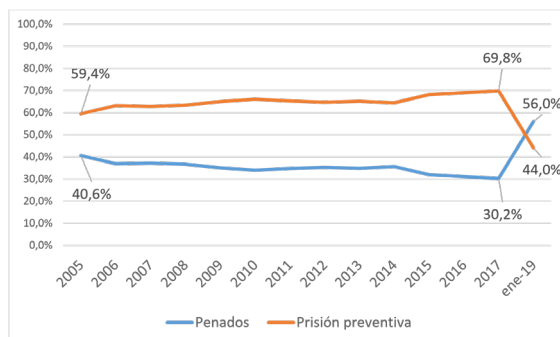
4. En 2017 la Ley 19.293 introduce el proceso acusatorio con un nuevo Código del Proceso Penal (CPP) y provoca una especie de cambio de paradigma que mueve todos los cimientos de la política criminal uruguaya y aparea cambios sustanciales en la manera de entender la gestión del delito, ahora en manos de la Fiscalía y el principio de oportunidad. Uruguay abandona la escritura y el secretismo para admitir la oralidad y publicidad de lo punitivo, basado en el principio de inmediación y la duplicidad de jueces en funciones de garantía (incluyendo la decisión sobre la PP) y de juicio oral (condena u homologación de los acuerdos procesales alternativos). En el nuevo sistema la PP está regulada en el Título VII “Medidas Cautelares”, Capítulo II “Privación o limitación de la libertad física del imputado”, Sección III, artículo 223 y siguientes del CPP. Sucintamente, la PP está reservada a la petición del Ministerio Público (MP) con control de un juez de garantía, cuando exista “**semiplena prueba** de la existencia del hecho y de la participación del imputado y **elementos de convicción suficientes**” (Art. 224 CPP) que permitan presumir que el imputado se **fugará¹⁸, ocultará pruebas o entorpecerá la investigación¹⁹, así como también cuando se considere necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad²⁰**. Existirá una presunción que se aplica para la protección de la víctima o la defensa social cuando el imputado sea reincidente (Art. 48.1 CP) o reiterante (Art. 54 CP) y el MP impute algunos de los delitos descriptos en el Art. 224.2 CPP²¹. Esta exigencia del legislador de aplicar necesariamente la PP en determinados casos rompe con la naturaleza cautelar de la medida producto del análisis de riesgos y peligros del caso concreto, para convertirla en algo similar al adelanto de pena en determinados delitos o a una política criminal de autores por culpabilidad por conducción en la vida. El MP no podrá solicitar la PP cuando “*a) se trate de procedimiento por faltas; b) el delito imputado esté sancionado únicamente con pena pecuniaria o de inhabilitación; c) considere que solicitará pena alternativa a la privación de libertad*” (Art. 229 CPP).

Asimismo, el CPP regula el tan cuestionado principio de duración razonable en el Art. 235 que establece el límite temporal a la PP²² y regula la separación en los

centros de reclusión de las personas privadas de libertad con sentencia de condena de aquellos con PP²³. La nueva regulación no ha estado exenta de críticas por parte de los garantistas que cuestionan se disponga la PP sin el diligenciamiento de prueba²⁴.

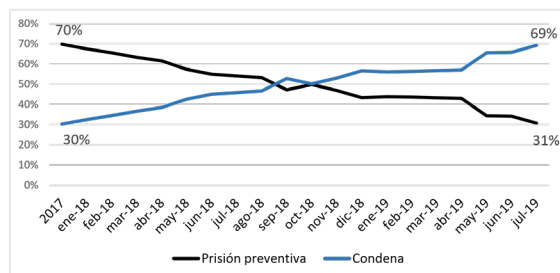
5. Las siguientes gráficas expresan en porcentaje la cifra de procesados sin sentencia de condena y de penados sobre el 100% de las personas privadas de libertad desde el 2005 al 2019. Del análisis de estas tablas y de las anteriores puede observarse una disminución del porcentaje de personas sometidas a proceso con PP sobre la totalidad de las personas privadas de libertad. Sin embargo, en el Informe “Desempeño del sistema penal uruguayo: balance a dos años de la implementación del CPP”²⁵ la Fiscalía considera que tal disminución no obedece a que el nuevo CPP es menos punitivo, sino a que los funcionarios de la Administración de Justicia necesitan adaptarse al nuevo sistema acusatorio y las distintas alternativas que ofrece a la PP y a la resolución final del proceso.

Ilustración 6. Porcentaje de PPL penados y con prisión preventiva



Fuente: elaborado por FGN en base a datos del Ministerio del Interior publicados en Portal de Transparencia Presupuestaria de Uruguay (hasta 2017) y proporcionados por la Oficina del Comisionado Parlamentario Penitenciario (enero 2019)²⁶

Ilustración 4. Adultos privados de libertad según situación procesal, en porcentaje (2017 - 2019)



Fuente: elaborado por FGN en base a datos del INR proporcionados por Oficina del Comisionado

6. Los datos de la praxis muestran que este nuevo paradigma “intenta” una mejora en los derechos del imputado (dignidad, celeridad, publicidad, posibilidad de llegar a acuerdos procesales y reparatorios que ponen fin al conflicto sin condena, etc.) y de la víctima; sin embargo seguimos en presencia de un sistema de tipo punitivista que pone el acento en los procesos de tipo abreviado en donde la cuestión se concentra en la negociación sobre la duración de la pena de cárcel a cambio de una aceptación voluntaria de la responsabilidad y la renuncia al juicio penal²⁷. Aunque la PP deja de ser la “regla” para convertirse en una “excepción”²⁸, ella se continúa aplicando a gran escala, y esta tendencia se presume que continuará en aumento hasta tanto no se logre un cambio de paradigma efectivo, esto es, ya no solo normativo sino en la cultura jurídica de los aplicadores de la misma.

7. En Uruguay, a pesar de la reforma procesal penal, no se puede hablar de un cambio de paradigma en la política criminal, la PP a —pesar de su naturaleza forma— sigue la lógica de una política criminal basada en la pena de privación de libertad en lugar de una que deje espacio para las alternativas al encierro hasta tanto no exista sentencia de condena. Esta lógica solo se ha visto contradicha durante la pandemia que desde principios de 2020 ha creado una situación de emergencia sanitaria a nivel global, a tal punto que muchos organismos internacionales y regionales han recomendado a los Estados que sus sistemas judiciales solo utilicen la prisión preventiva en los casos en que sea estrictamente necesaria y que en su defecto recurran a medidas alternativas²⁹. En el caso de los órganos regionales encargados de la protección de los Derechos Humanos, se recuerda a los Estados su posición de garante en relación a la salud y el trato digno a los privados de libertad³⁰. La estricta necesidad (conformada por el doble rasero de cautela procesal y ausencia de riesgo de contagio del Covid-19) se convirtió en un principio a considerar durante la emergencia sanitaria. Por primera vez se exige a los administradores de justicia, que consideren al momento de decretar la privación de libertad (preventiva o definitiva) que se tenga en cuenta la situación de hacinamiento y otras condiciones de reclusión (higiene, locativas, de acceso a la salud, de trato humanitario, etc.) que bien podrían marcar un camino a seguir en el futuro cuando hayamos retornado a la “nueva normalidad”.

8. Hasta el momento no podemos informar que la PP se aplique en Uruguay de forma excepcional o como *ultima ratio* (en cuanto a su necesidad por exclusivos motivos procesales), sino que aún se determina en

muchos casos en los que podría prescindirse de ella, máxime si consideramos que Uruguay cuenta con la segunda población carcelaria de todo el continente con aproximadamente 12.000 personas privadas de la libertad³¹. Esta situación incluso puede empeorar en el corto plazo, pues, el gobierno que asumió funciones en marzo de 2020 ingresó al Parlamento un proyecto de Ley de “Urgente Consideración” que tiene una orientación punitiva de *tolerancia cero* y plantea modificaciones sustanciales al sistema penal, entre ellas, y en lo que a este tema refiere, modificaría el actual Art. 224 del CPP. En la modificación propuesta en cuanto a los requisitos para solicitar la PP³² ahora el juez de garantías podría decretarla si aquellos se cumplen pero teniendo acceso a las investigaciones de la Fiscalía para tomar la decisión, que hasta el momento es una potestad que tiene vedada para la salvaguarda de la condición de proceso *adversarial* o de partes. Cabe observar que esta reforma mediante una “ley de urgente consideración” es una respuesta directa a la crítica que se hacía a la disposición de la PP por mera solicitud del MP sin diligenciamiento de prueba³³. Por otra parte se agrega el delito de hurto a la lista de tipos penales que exigen la PP de modo preceptivo. De esta forma, la PP sufre un retroceso en su naturaleza jurídica cautelar que nos recuerda a los tiempos que parecían haber quedado atrás.

Notas

1 Investigador y Docente de la Universidad Nacional Andrés Bello (Facultad de Derecho, Sede Bella Vista, Santiago de Chile). Director del Observatorio Latinoamericano de Política Criminal y Reformas Penales (OLAP).

2 Abogada. Integrante del Observatorio Latinoamericano de Política Criminal y Reformas Penales (OLAP).

3 Reconocido en instrumentos internacionales como en el artículo 11 de la Declaración Universal de DDHH, Art. 8 de la Convención Americana de DDHH, Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Arts. 7 y 72 de nuestra Constitución; Art. 217 del CPP “*En todo caso el imputado será tratado como inocente hasta tanto no recaiga sentencia de condena ejecutoriada. La prisión preventiva se cumplirá de modo tal que en ningún caso podrá adquirir los caracteres de una pena*”.

4 La Ley 19.946 “RÉGIMEN DE LIBERTAD ANTICIPADA Y PENAS SUSTITUTIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD” de 2016 terminó por identificar totalmente a la PP con la pena. Ver Perciballe, Ricardo, Estudios sobre el Código del Proceso Penal y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, FCU, Montevideo, 2017, p. 130. La PP como adelanto de pena es un problema que aqueja a todo el continente, razón por la cual la Comisión Interamericana de DDHH realizó el Informe sobre “Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, Doc 105, 3 de Julio 2017 (Ser. L/V/II.163).

5 En relación a la prisión preventiva como única pena, ver Rampoldi, Darwin, “La libertad anticipada. Una interpretación po-

sible del Art. 307 del Nuevo Código del Proceso Penal Uruguayo”, Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y puesta en práctica, FCU, Montevideo, 2017, pp. 383-391.

6 Hay quien sostiene que con el nuevo Código del Proceso Penal se derogan tácitamente todas las normas penales que hacen referencia a la “aplicación preceptiva de la prisión preventiva para los delitos con pena mínima de penitenciaria”, que son aquellos delitos cuya pena mínima sea superior a 2 años. Ver Camaño, Diego, “El encarcelamiento cautelar en el modelo acusatorio de justicia penal”, Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y puesta en práctica, FCU, Montevideo, 2017, pp. 142 y s.

7 Informe de actuación y evaluación del sistema penitenciario Nacional, 2007 Disponible en: <file:///C:/Users/estud/Downloads/Informe2007.pdf>

8 Art. 27 Constitución: “*En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley*”.

9 Artículo 26 inciso 2 Constitución: “*En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar,*

y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito”.

10 Naciones Unidas en el informe que realizó Manfred Novack en 2009 sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en Uruguay (<https://www.vozvivos.org.uy/wp-content/uploads/2015/09/g0917658.pdf>) recomendó, por un lado, la limitación de la utilización de la PP que se aplicaba como regla (procesal) y no como excepción (cautelar); y por otro lado, la separación efectiva de las personas en PP de los condenados. Según Novack Uruguay no cumplía con las normas y estándares internacionales de ejecución de la privación de la libertad. Ver “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. En realidad, en Uruguay se confundía la naturaleza de la PP con la de la pena de privación de libertad, lo que valió la intervención del sistema interamericano de protección de los derechos humanos con cuyo órgano político (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) el gobierno uruguayo llegó a un acuerdo amistoso en 2009 en el que asumió el compromiso de poner fin a las violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en relación a la PP y al sistema procesal penal. Entre las violaciones más flagrantes de la norma interamericana se encontraba la duración ilimitada de la prisión preventiva en el sistema procesal penal uruguayo, que fue lo que motivó la denuncia ante el sistema interamericano en el caso Peirano vs. Uruguay, por una prisión preventiva que tuvo una duración casi igual que la pena del delito que se investigaba (lavado de dinero). Com. IDD.HH Informe 86/09, caso 12553 (fondo), Jorge, Jose y Dante Peirano Basso contra República Oriental del Uruguay, 6.8.2009.

11 Ley 17.726 Art. 2: “El Juez podrá no decretar la prisión preventiva de procesados primarios cuando “prima facie” entienda que no ha de recaer pena de penitenciaría. En ese caso podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas reguladas en el siguiente artículo, siempre que el procesado así lo consienta. La sustitución de la prisión preventiva no se decretará cuan-

do la gravedad del hecho o el daño causado por el delito así lo ameriten. En todos los casos se requerirá la opinión del Ministerio Público, que a tales efectos, además de las condiciones del imputado y su causa, tendrá en cuenta el no aumentar los riesgos de la población. Estas medidas no podrán disponerse por un plazo mayor al establecido para las penas por los delitos imputados. Toda medida alternativa deberá ser tomada respetando en su más amplia acepción los principios inherentes a la dignidad humana".

12 Críticamente, Galain Palermo, Pablo, ¿"La reparación del daño como tercera 'tercera vía' punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin", en Preza, Dardo (Ed.), El proceso penal uruguayo, FCU, Montevideo, pp. 193-235.

13 Art. 72 Decreto Ley 15032 (*"Excepciones a la regla precedente [Procesamiento sin Prisión]"*). No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez podrá decretar la prisión preventiva: A) Si hubiere motivo fundado para presumir que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia; B) Si fuere igualmente presumible que la libertad del prevenido obstaculizará la eficacia de la instrucción; C) Si fuere necesario, por razones de seguridad pública; D) Si se tratare de procesado reincidente o que tuviera causa anterior en trámite. En la consideración de este extremo, el Juez estará, provisoriamente, a los dichos del imputado y, en definitiva, a las resultancias de la planilla de antecedentes judiciales que el Instituto Técnico Forense deberá expedir dentro de las veinticuatro horas de serle solicitada".

14 Artículo 127 Decreto Ley 15032 (*"Privación de libertad"*). Cuando corresponde la privación de libertad del imputado, en el auto de procesamiento se incluirá la orden de mantenerlo en prisión preventiva. Si ésta no procede, se dejará constancia de su sustitución por las medidas que corresponden a juicio del Juez (Artículo 73)".

15 Art. 128 Decreto Ley 15032 (*"Formalidades de la orden de prisión preventiva"*). Si la persona procesada se halla en libertad, para llevar a cabo su prisión, el Juez deberá expedir un mandamiento destinado al funcionario policial que haya de ejecutarlo. El mandamiento debe contener, en cuanto sea aplicable, los datos enunciados en el primer inciso del artículo 119, sin perjuicio de los demás que el Juez considere necesarios para su mejor cumplimiento. La orden de prisión preventiva se cumplirá en la forma establecida en el inciso final de la disposición últimamente citada".

16 Esto llevaba a que la doctrina sostuviera que "Todo encausado penal (imputado, procesado, prevenido, etc.) puede, cuando se perfeccionan determinadas condiciones o circunstancias, aspirar a recobrar la libertad, que le fuere privada transitoriamente, por prisión preventiva". Ver Preza, Dardo, El proceso penal uruguayo, 3era ed., FCU, Montevideo, 2009, p. 97. En este sistema la libertad provisional que ponía fin a la prisión preventiva era la aspiración máxima de toda persona sometida a juicio. Ibídem, pp. 99 y ss.

17 Camaño, Diego, "Luces y sombras de la prisión preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal" en Discutir la cárcel, pensar la sociedad contra el sentido penal punitivo. Montevideo, Trilce, 2015, p. 175.

18 Art. 226 CPP (*"Peligro de fuga"*). Para determinar la existencia de peligro de fuga se tendrán en cuenta entre otras, las siguientes pautas: a) desarraigo determinado por la carencia de domicilio o residencia habitual asiento de su hogar, de sus negocios o de su trabajo; b) disposición de facilidades extraordinarias para abandonar el país; c) circunstancias, naturaleza del hecho y

gravedad del delito; d) ocultamiento de información sobre su identidad o domicilio, o que los hubiera proporcionado falsamente".

19 Art. 225 CPP (*"Entorpecimiento de la investigación"*). Se entenderá que la prisión preventiva resulta indispensable para el éxito de la investigación cuando exista sospecha grave y fundada de que el imputado puede obstaculizarla mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos probatorios, o cuando exista la presunción de que podrá inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros, a fin de que declaren falsamente o se comporten de manera desleal o reticente".

20 Art. 227 CPP (*"Riesgo para la seguridad de la víctima o de la sociedad"*). 227.1 Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en riesgo cuando existan motivos fundados que permitan inferir que el imputado puede atentar contra ella, su familia o sus bienes. 227.2 Se entenderá que existe riesgo para la sociedad cuando el imputado posea la calidad de reiterante o de reincidente, o cuando se tratare de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra".

21 Art. 224.2 CPP: "a) Violación (artículo 272 del Código Penal). b) Abuso sexual, cuando la violencia se presume de acuerdo a las situaciones previstas por los numerales 1 a 4 del artículo 272. BIS del Código Penal. c) Abuso sexual especialmente agravado (artículo 272. TER del Código Penal). d) Atentado violento al pudor, cuando el sujeto pasivo del delito fuese un menor de doce años (artículo 273 del Código Penal) e) Rapiña (artículo 344 del Código Penal). f) Rapiña con privación de libertad. Copamiento (artículo 344. BIS del Código Penal). g) Extorsión (artículo 345 del Código Penal). h) Secuestro (artículo 346 del Código Penal). i) Homicidio agravado (artículos 311 y 312 del Código Penal). j) Los crímenes y delitos contenidos en la Ley n° 18.026, de 25 de setiembre de 2006. k) Los delitos previstos en el Decreto-Ley n° 14.294, de 31 de octubre de 1974, y sus modificativas, que tuvieren penas mínimas de penitenciaria. l) Los delitos previstos en la Ley n° 19.574, de 20 de diciembre de 2017, que tuvieren pena mínima de penitenciaria".

22 Art. 235 CPP "235.1 En los procesos regidos por este Código, cesará la prisión preventiva cuando: a) El imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal; b) El imputado haya agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por sentencia de condena, aún no ejecutoriada; c) El imputado haya sufrido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena ejecutoriada, le habría permitido iniciar el trámite de la libertad anticipada; d) Hayan transcurrido más de dos años contados desde el momento efectivo de la privación de libertad y aún no se haya deducido acusación; e) Al concluir el proceso con sentencia de condena ejecutoriada y comenzar a cumplirse la pena privativa de libertad. (*) 235.2 Para resolver estas cuestiones, el trámite se seguirá por la vía incidental".

23 Art. 232 CPP (*"Condiciones de cumplimiento de la medida cautelar"*). La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, separados de aquellos lugares de reclusión donde son alojados los condenados con sentencia ejecutoriada. La autoridad competente dispondrá lo necesario para el efectivo cumplimiento del designio legal".

24 "(...) debe decirse que es absolutamente ilógico que la segunda decisión más importante de todo el proceso penal (consideremos que la sentencia definitiva es la más importante; y la segunda en importancia viene a ser la formalización y la imposición de medidas cautelares como la prisión preventiva) se adopte vedando intencionalmente al Juez la posibilidad de resolver pre-

vio diligenciamiento de prueba. Se trata de una solución de muy dudosa constitucionalidad, desde que el artículo 15 exige semiplena prueba para el arresto, y cualquiera sea la interpretación que se le dé al término "arresto" contenido en la disposición, no cabe duda de que con mayor razón la Carta exige por lo menos la misma cantidad de prueba (semiplena) para la imposición de la prisión preventiva, que conllevará un tiempo mucho mayor al del arresto. Y el propio artículo 224.1 del nuevo CPP lo exige: el Juez —para imponer la medida cautelar— debe contar con semiplena prueba de la existencia del delito y de la participación del imputado, así como elementos de convicción suficientes para presumir peligros procesales (riesgo de fuga, riesgo de entorpecimiento de la investigación) o riesgo para la seguridad de la víctima o de la población". Pacheco, Luis. La reforma procesal penal y la relativización del Derecho Penal sustancial. UDELAR: Montevideo. 2019. Disponible en: <https://www.fder.edu.uy/node/1684>

25 Disponible en: http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/9183/1/20191202_fgn_2-anos-del-cpp-v-publicacion-1.0.pdf

26 Actualización mensual de imputaciones alcanzadas Nov. 2017 a Feb. 2019, Principales cambios en la población de adultos privados de libertad, Fiscalía General de la Nación. Disponible en: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/7749/1/actualizacion-imputaciones.pdf>

27 Sobre el funcionamiento del nuevo sistema, Larriau, Beatriz/Negro, Carlos, "Con los pies en la tierra. Una evaluación de la Reforma Procesal desde la perspectiva de sus protagonistas", RUDP, 2, 2018, pp. 9-30.

28 Fernández, Gonzalo, "Notas sobre proceso acusatorio y prisión preventiva", Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y puesta en práctica, FCU, Montevideo, 2017, p. 216.

29 Corte Interamericana de DDHH, Declaración 1/20 de 9 de Abril 2020; Comisión Interamericana de DDHH, Comunicado 066/2020 de 31 de Marzo 2020.

30 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado DD.HH (Abril 2020), "Covid 19: Argumentos que justifican medidas para reducir la población privada de libertad"; Consejo de Europa (6 de Abril de 2020), <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe>; Council for Penological Co-operation Working Group "Covid-19 Related statement by the members of the Council for Penological Co-Operation Working Group (17 April 2020).

31 Informe Comisionado Parlamentario 2018, p. 18. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/DocumentosCPP/5.2.2020%20Informe%202019%20Parte%201.pdf> "La tasa de prisionización de Uruguay a inicios de diciembre de 2019 es de 330 adultos cada 100.000 habitantes. Eso ubicaría a Uruguay en el puesto 28 de una lista de 222 países relevados por el Institute for Crime & Justice Policy Research de la Universidad de Londres. En América del Sur Uruguay sólo es superado por Brasil, que según los últimos datos disponibles, en 2017 tenía una tasa de 348 privados de libertad cada 100.000 habitantes (Prison Studies, 2019)". Fuente: https://www.prisonstudies.org/highestto-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=24

32 "Art. 224 (Requisitos para disponer la prisión preventiva).-224.1 Iniciado el proceso y a petición del Ministerio Público, el tribunal podrá decretar la prisión preventiva del imputado si hubiera semiplena prueba de la existencia del hecho y de la participación del imputado y elementos de convicción suficientes

para presumir que intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad (artículo 15 de la Constitución de la República). 224.2 El riesgo de fuga, el ocultamiento, el entorpecimiento de la investigación, así como el riesgo para la seguridad de la víctima y de la sociedad se presumirá cuando el imputado posea la calidad de reiterante o reincidente y el Ministerio Público imputare alguna de las siguientes tipificaciones delictuales: a) Violación (artículo 272 del Código Penal). b) Abuso sexual, cuando la violencia se presume de acuerdo a las situaciones previstas por los numerales 1 a 4 del artículo 272. BIS del Código Penal. c) Abuso sexual especialmente agravado (artículo 272. TER del Código Penal). d) Atentado violento al pudor, cuando el sujeto pasivo del delito fuese un menor de doce años (artículo 273 del Código Penal). e) Rapiña (artículo 344 del Código Penal). f) Rapiña con privación de libertad. Copamiento (artículo 344. BIS del Código Penal). g) Extorsión (artículo 345 del Código Penal). h) Secuestro (artículo 346 del Código Penal). i) Homicidio agravado (artículos 311 y 312 del Código Penal). j) Los crímenes y delitos contenidos en la Ley nº 18.026, de 25 de setiembre de 2006. k) Los delitos previstos en el Decreto-Ley nº 14.294, de 31 de octubre de 1974, y sus modificativas, que tuvieran penas mínimas de penitenciaría. l) Los delitos previstos en la Ley nº 19.574, de 20 de diciembre de 2017, que tuvieran pena mínima de penitenciaría. 224.3 En los casos previstos en el inciso 224.2, el Ministerio Público deberá solicitar la prisión preventiva".

33 Ídem Ref. 27; Soba, Ignacio, Proceso Penal uruguayo: estructuras procesales y vías alternativas, Montevideo, Mayo, 2020. p. 46. Disponible en: https://www.academia.edu/43064821/PROCESO_PENAL_URUGUAYO_ESTRUCTURAS_PROCESALES_Y_VIAS_ALTERNATIVAS

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho Penal, Juez Penal (Jub.) Profesor de Derecho Penal General y Especial Profesor de Postgrado de Procesal Penal y Penal VicePres. Academia de Ciencias Jurídicas del Zulia

Introducción

La libertad es un derecho humano básico, esencial, fundamental y primordial, de todo ser humano, y consiste en la capacidad que tiene cada persona de poder hacer o no hacer, todo lo que esté lícitamente permitido, de acuerdo a sus propias opciones y convicciones, de manera que pueda ejercer y disfrutar de todos sus derechos, especialmente de los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de la manera que le parezca, sin restricciones ni limitaciones indebidas o no razonables¹. Este concepto es amplio y extenso, en razón a que la libertad tiene que ser necesariamente la regla y la privación o restricción de la misma, la excepción, sólo justificable en algu-

nos casos, cuando se den y cumplan los requisitos exigidos por la Ley.

Tanto la Constitución Nacional como el Código Orgánico Procesal Penal (COPP)², así como los Convenios, Tratados y Pactos Internacionales, suscritos y ratificados por Venezuela³, son de tinte y corte garantista, que reconocen y prevén claramente, que tanto la privación como la restricción de la libertad, son medidas excepcionales, que sólo se justifican legalmente en ciertos y determinados casos, cuando concurren algunas circunstancias especiales, que hagan prever que el imputado no va a concurrir a los actos del proceso, que pretende abstraerse del mismo u obstaculizar la investigación, y que la única manera de garantizar su comparecencia es imponiendo esas medidas.

El artículo 44 de la Constitución Nacional venezolana vigente establece⁴, que “*La libertad personal es inviolable, en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti*”. De tal manera qué, de conformidad con dicha disposición constitucional, las personas sólo pueden ser detenidas mediante una orden judicial o si se les consigue cometiendo un delito en flagrancia. Considerándose por lo tanto toda otra detención, que no se encuentre enmarcada en alguno de esos dos supuestos, como ilegal y/o arbitraria.

En este sentido, el máximo Tribunal del país ha establecido que “...la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, pero también un derecho fundamental que funge como presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. De esto se deriva que tal derecho, el cual se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad humana, ostenta un papel medular en el edificio constitucional venezolano, siendo que el mismo corresponde por igual a venezolanos y extranjeros”⁵. Reiterando: “*La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas o faltas deben, en principio, serlo en libertad*”⁶ y “*Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida in fraganti*”⁷.

Adicionalmente dicho artículo 44 constitucional, también exige que si una persona es detenida (en flagrancia o por orden judicial), tiene que ser “*llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención*”, así como que “*Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso*”. Por lo

tanto, legalmente y en teoría, no existe en Venezuela, la posibilidad de que la policía o el Ministerio Público, puedan detener u ordenar la detención de persona alguna, a menos que exista una orden judicial previa o se le consiga *in fraganti* perpetrando un delito, aunque en la práctica, en la realidad, todos los días ocurre, incluso en contra de Jueces⁸, Diputados⁹ y otros altos funcionarios¹⁰ en funciones, no digamos en contra de simples ciudadanos. A diferencia de otros países, en Venezuela el Ministerio Público no está facultado para ordenar detenciones preventivas, por lo que, de requerir alguna y considerarla absolutamente necesaria, el Fiscal tiene que dirigirse a un Juez de Control y solicitar una orden de aprehensión, cumpliendo con todas las exigencias legales. Lo mismo aplica para los casos en que el Ministerio Público solicite la revocación de las medidas cautelares sustitutivas que se le hayan impuesto a un imputado, por haber éste incumplido injustificadamente con las obligaciones establecidas y su sustitución por la medida privativa de la libertad.

La detención ilegal es un delito contra la libertad, especialmente en lo referido a la libertad ambulatoria, de toma de decisiones y de obrar. Puede ser perpetrado tanto por funcionarios y autoridades, como por particulares. La libertad ambulatoria ha sido entendida como la facultad que cada uno tiene de fijar su posición en el espacio que considere oportuno o pertinente, siempre que no lesione o perturbe el derecho de alguna otra persona.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reiteradamente ha establecido, que los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, deben “*ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta última sea compatible con la Convención*”¹¹. Venezuela es Parte de dicha Convención.

La Detención Preventiva

Como su nombre lo indica, la detención “*preventiva*” es eso, una medida “*cautelar*”, provisional, por un breve lapso de tiempo, durante un plazo razonable, generalmente de horas o días, el menor posible, por razones procesales, mientras el órgano investigador (Policía y Ministerio Público), realiza la investigación y la persona es presentada por ante un Juez de Control de la constitucionalidad y de la legalidad, quien debe constatar, verificar y comprobar, la necesidad, justificación y pertinencia de dicha privación de libertad, y el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos con-

currentes exigidos por el artículo 236 del COPP, para la procedencia de dicha detención y para garantizar la realización del proceso sin dilaciones indebidas. Como no es una pena ni es una condena anticipada, el sitio de reclusión no puede ser en una cárcel o prisión, sino en un centro de arrestos y detenciones preventivas.

El artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece el derecho que tiene toda persona a la libertad y a la seguridad personales, especificando una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente¹² o arbitrariamente¹³, así como a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido, entre otras cosas. Pues, como dice la locución latina “*actori incumbit onus probando*”, el actor tiene la carga de la prueba.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende el derecho a la libertad personal de una forma amplia, que no sólo comprende la libertad física o de movimiento, sino también la posibilidad de autodeterminación¹⁴. De acuerdo con la Corte IDH, se considera ilegal la detención y contraría a la Convención Americana, cuando la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no sea observada, al privar a una persona de su libertad. Y se considera arbitraria la detención, cuando no se encuentra justificada en parámetros de razonabilidad. La arbitrariedad también puede darse o consistir, en la “prolongación” injustificada de dicha detención, más allá del tiempo estrictamente razonable o cuando ya no existan o hayan cesado, los motivos que justificaban dicha privación.

Legislación interna venezolana

Acatando y desarrollando lo establecido en la Constitución Nacional, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), dispone como regla general, el juzgamiento en libertad de las personas¹⁵ a las cuales se les impute algún delito, y, excepcionalmente, establece la posibilidad de que se les detenga preventivamente y que se les impongan medidas de coerción personal a quien se le siga un proceso penal, y entre dichas medidas de coerción personal, se encuentra la privación judicial preventiva de la libertad, que en otros países se conoce como **detención preventiva** y que considero no debe llamarse “prisión” preventiva, por ser esa una expresión impropia, ya que la prisión es una pena, no una medida provisional.

La facultad de decretar medidas de coerción personal y muy especialmente la de la privación de la libertad, le corresponde exclusivamente en Venezuela a los Jueces de Control, generalmente durante la celebración de la

audiencia de presentación, actuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236 del COPP, donde se establecen **los requisitos mínimos necesarios** para ello, que son los siguientes: 1) **que así se lo solicite expresamente al Juez el Fiscal del Ministerio Público**, por ser el director de la investigación; 2) **que para ello el Fiscal deberá acreditar la existencia de un hecho punible que merezca privativa de libertad y cuya acción no se encuentre evidentemente prescrita**; 3) **también indicará el Fiscal cuales son los fundados elementos de convicción** que tiene el Ministerio Público **para estimar que el imputado ha sido autor o participe en la comisión del hecho punible que le imputa**; y 4) **Explicará el Fiscal por qué considera que existe una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad**, respecto de un acto concreto de investigación, por parte del imputado. Lógicamente, la presencia del imputado y de su Defensa en dicha audiencia, permitirá que el Juez aprecie todo lo que ellos expongan o aleguen, antes de tomar cualquier decisión. Ya que así como al acusador le corresponde la prueba de los hechos que alega (“*actor incumbit probatio*”), al imputado le concierne lo propio con las excepciones que decida oponer (“*reus excipiendo fit actor*”), en fin, que quien alegue algo, debe probarlo, lo cual no contradice en nada el principio de la presunción de inocencia, que es otra cosa muy diferente.

El principio de la presunción de inocencia se encuentra expresamente consagrado, en el numeral 2 del artículo 49 Constitucional, así como en el artículo 8 del COPP, y, tal como lo ha señalado reiterada, pacífica y continuamente la jurisprudencia, “...*consiste en dar un trato de inocente a toda persona que sea sometida a proceso penal, con las consecuencias que de ello se deriva, hasta que sea condenado mediante sentencia definitivamente firme*”¹⁶, por lo cual, “*la carga de la prueba corresponde al Estado y por tanto es a éste a quien corresponde demostrar la existencia del hecho, la infracción a una norma penal, la autoría, culpabilidad, y responsabilidad penal del imputado o acusado*”¹⁷.

De tal manera que, en dicha audiencia de presentación, es necesario e imprescindible, es obligación del Fiscal del Ministerio Público, alegar y demostrar ante el Juez, la defensa y el acusado, claramente, la existencia de esos 3 requisitos exigidos por el ya antes mencionado artículo 236, **los cuales son concurrentes y no puede faltar ninguno**. Determinando y explicando especialmente el Fiscal, cuáles son esas fundadas razones que tiene, para considerar que realmente existe

peligro de fuga y motivos para temer, que el imputado no vaya a comparecer a los actos del proceso, o que pretenda obstaculizar la investigación, la búsqueda de la verdad de los hechos y la realización de la justicia, por lo que su presencia en el proceso y/o la evitación de sus ilícitas acciones obstruccionistas del mismo, sólo podría ser garantizada mediante su detención preventiva. El Juez de Control debe verificar la existencia de todos esos tres requisitos, dejando expresa constancia de esas circunstancias, asentándolas y explicándolas debidamente en la motivación de la decisión.

En relación con la orden de aprehensión, de conformidad con ese mismo artículo 236 del COPP, esos tres (3) requisitos que se requieren para que el Ministerio Público solicite la detención preventiva contra alguna persona, son exactamente los mismos que para solicitarle al Juez de Control se sirva decretar la orden de aprehensión contra algún ciudadano, requisitos que, como ya antes se precisó, **tienen que ser concurrentes, porque así expresamente lo establece dicho artículo**, cuando textualmente dice: “*En caso de estimar que **concurren** los requisitos previstos en este artículo para la procedencia de la privación judicial preventiva de libertad, deberá expedir una orden de aprehensión del imputado o imputada contra quien se solicitó la medida*”(negritas agregadas). En ese caso, el ciudadano aprehendido debe ser presentado por ante el Juez que decretó esa medida en su contra, que es su Juez Natural, “*dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión*”, para que ese mismo Juez, resuelva “*sobre mantener la medida impuesta, o sustituirla por otra menos gravosa*”, luego de oír al imputado y/o a su defensa, en caso de que decidan exponer.

Hay que distinguir entonces entre la detención inicial de una persona, que como ya antes dijimos, puede ser mediante orden judicial, denominada también “*orden de aprehensión*” o “*de captura*”, practicada por las autoridades policiales, y aquella ocurrida en flagrancia, que puede efectuar cualquier persona, incluso la víctima, y también las autoridades policiales, por una parte, y la privación judicial preventiva de la libertad o “*detención preventiva*”, decretada por un Juez de Primera Instancia en lo Penal¹⁸, luego de la detención o aprehensión, generalmente al final de la audiencia de presentación del imputado. Estas son detenciones legales y consideradas necesarias, autorizadas por la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal, que no son consideradas penas anticipadas y que se imponen con la finalidad de evitar que el imputado o acusado, obstaculice u obstruya la investigación, se dé a la fuga o se abstraiga del proceso penal, entorpeciendo así la

labor fiscal y judicial, ocasionando retardo procesal, creando impunidad e impidiendo que se haga justicia.

Podemos por lo tanto concluir, que las privaciones a la libertad personal autorizadas por el Texto Constitucional pueden ser de dos clases: 1. Como sanción o pena (de presidio, de prisión o de arresto, según el Código Penal venezolano); y 2. Como medida preventiva (bien sea mediante la orden de aprehensión emitida por un Juez Penal, la privación judicial preventiva de libertad decretada por un Juez de Control en la audiencia de presentación y la detención en flagrancia).

La Constitución Nacional no define la flagrancia, pero el Código Orgánico Procesal Penal sí lo hace en el artículo 248, el cual establece lo siguiente: “*Definición. Artículo 248. Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él o ella es el autor o autora*”. Parte de la doctrina patria le ha dado otra visión a la flagrancia, distinguiendo entre el *delito flagrante*, como un estado probatorio y la *detención in fraganti*, como la aprehensión del individuo¹⁹.

Jurisprudencia nacional (TSJ)

El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha dictado numerosas decisiones, en relación con las detenciones preventivas, sobre las órdenes de aprehensión y captura, así como con respecto a las medidas de la privación judicial preventiva de la libertad, tanto con respecto a la procedencia de las mismas, a las exigencias legales para decretarlas, al decaimiento de dichas medidas, etc. Por razones de espacio, sólo me referiré a las siguientes premisas principales:

“*Sólo por orden judicial se puede privar de la libertad a un ciudadano, salvo que sea sorprendido in fraganti*”²⁰.

“*Toda orden de aprehensión tiene como presupuesto el análisis del cumplimiento de las exigencias legales para decretar la medida de privación judicial preventiva de libertad, dado que esa orden es una consecuencia inmediata de esa decisión judicial*”²¹.

“*...toda persona a quien se le impute la comisión de un hecho punible, salvo las excepciones que establece la Ley, tiene derecho a ser juzgada en libertad. La libertad constituye la regla en el juzgamiento penal y la privación judicial preventiva de libertad, una forma excepcional de enjuiciamiento*”²².

¿Es la detención preventiva una pena adelantada o anticipada?

Aunque el TSJ ha tratado de enfatizar que la detención preventiva no es una pena anticipada o pena de banquillo, como la han llamado algunos autores²³, al afirmar que *“El hecho de que la medida de coerción personal posea en principio un contenido material que coincide con el de las penas privativas de libertad, no implica que ella persiga el mismo fin de tales sanciones, es decir, no puede concebirse como una pena anticipada, toda vez que la misma recae sobre ciudadanos que se ven amparados por el principio de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 49.2 Constitucional y en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, cristalizándose así el principio indubio pro libertate”*²⁴.

Lo cierto es que esas reiteradas afirmaciones supuestamente *“pro libertate”*²⁵ del máximo Tribunal, son pura retórica, sólo palabras, simple discurso, la realidad es que el TSJ, y, siguiendo su ejemplo, la mayoría de los Tribunales penales venezolanos, decretan cuanta medida privativa de la libertad solicita el Ministerio Público, tenga fundamento dicha solicitud o no, cumpla la petición con los requisitos concurrentes del 236 del COPP o no, sea por delitos graves o no, haya peligro de fuga o de obstaculización de la justicia, o no los haya. Muy especialmente desde que se ha acentuado la dependencia del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, con la aparición del nefasto e inconstitucional efecto suspensivo en el COPP, con la creación del Ministerio de Asuntos Penitenciarios y sus injerencias indebidas y abusos, desde la invención de las llamadas *“causas emblemáticas”* y de considerar algunos delitos del penal ordinario como si fueran *“delitos de lesa humanidad”*, a pesar de no figurar en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁶, persiguiéndolos como tales y negándoles la posibilidad de optar a beneficios o medidas procesales y penales, es decir, sin posibilidad alguna de estar en libertad así sea durante una parte del proceso, incluso aún después de una sentencia absolutoria²⁷. Cosa totalmente absurda e injusta, cuando hasta la propia Corte Penal Internacional prevé en sus Estatutos, la posibilidad de dar medidas cautelares y permitir que el procesado esté en libertad, en casos de retardo injustificado por parte del Fiscal, hasta en los delitos más horrendos.

La situación de la justicia penal en Venezuela es tan grave, que incluso hay jueces penales que, a pesar de que el Ministerio Público no solicita la medida privativa contra un imputado sino medidas cautela-

res sustitutivas, sin embargo privan al imputado de su libertad, violando así flagrantemente el encabezado del artículo 236 del COPP, que exige que exista necesariamente, indefectiblemente, *“solicitud del Ministerio Público”*, para poder decretarla, además de exigir los otros 3 requisitos concurrentes, ya antes mencionados.

Opinión mayoritaria de la doctrina procesal latinoamericana sobre la detención preventiva

En su artículo *“El Principio de Libertad durante el Proceso”*²⁸, el Profesor chileno Sergio Brown Cellino, recoge la opinión sobre las detenciones preventivas, de algunos de los procesalistas y penalistas latinoamericanos más relevantes, entre ellos Julio Maier, Zaffaroni, Alberto Binder, Alberto Bovino, Cristian Riego y otros, así como de los juristas venezolanos Alberto Arteaga Sánchez, Carlos Simón Bello Rengifo, Magaly Vásquez, Carmelo Borrego, Frank Vecchionacce, José Saín, Pedro Nikken, Carlos Ayala Corao, Héctor Faúndez y Orlando Monagas, la mayoría influenciados por las enseñanzas de Norberto Bobbio, J. Cafferata Nores, Luigi Ferrajoli²⁹ y Claus Roxin, entre otros, indicando que, aunque muchos de ellos cuestionan las detenciones preventivas, sin embargo las aceptan como un mal necesario en ciertos casos, especialmente cuando realmente exista **peligro de fuga** y ello pueda demostrarse debidamente.

De tal manera, que la dogmática procesal latinoamericana, aún la más liberal, no se opone total y radicalmente a la detención preventiva, como algunos afirman, sino al uso tan amplio e indiscriminado que ha alcanzado, que la ha llevado a pasar de excepción a regla. También cuestionan, en el caso del COPP venezolano, que para decidir acerca del peligro de fuga, se hayan agregado 2 circunstancias, que no estaban en el COPP original de 1998³⁰, estas son: la conducta pre delictual del imputado y la presunción iuris tantum³¹ de peligro de fuga, en los casos *“de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años”*³². La otra circunstancia prevista en el Parágrafo Segundo del vigente artículo 237, que tampoco estaba en el COPP original, relativa a *“la falsedad, la falta de información, o de actualización del domicilio del imputado”*, podría considerarse que estaba ya de alguna manera incluida en el numeral 4 del artículo 260 original, sobre *“el comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”*.

Búsqueda del control social y político, a través de detenciones preventivas, aplicando leyes de desacato y otras argucias legales, por parte del régimen venezolano

Muchas de las leyes promulgadas en los últimos 20 años, especialmente aquellas vía Decretos-Leyes por parte del Ejecutivo, denotan una intención de ejercer un total y absoluto control social, político e incluso ideológico, de la población venezolana, a través de la criminalización de conductas que son normales y aceptables en cualquier otro país democrático del mundo, en el ejercicio de derechos ciudadanos, como la libertad de expresión, de pensamiento, de comercio, de asociación, etc. A través de acciones y detenciones ilegales y arbitrarias, como expropiaciones de empresas y fundos sin el debido pago, allanamientos sin orden judicial, persecuciones políticas, encarcelación de disidentes, torturas, tratos crueles y hasta asesinatos de manifestantes pacíficos y opositores políticos. El actual régimen venezolano ha creado un clima de terror entre la población, para amedrentarla y evitar estallidos sociales, productos de la crisis económica y como consecuencia de la corrupción imperante, de políticas erradas, del populismo y de la excesiva estatización.

En Venezuela la separación de poderes desde año 2006 no existe³³, ya que todos, absolutamente todos los poderes nacionales, fueron tomados y están dominados por el oficialismo. El único Poder legítimo y democráticamente electo actualmente en Venezuela, es la Asamblea Nacional (AN), el Parlamento, el 6 de diciembre de 2016, ganado mayoritariamente por la oposición, situación adversa al gobierno pero que contrarrestó rápida e ilegalmente, a través del Tribunal Supremo de Justicia que declaró a la AN en desacato, anulando así todas sus funciones, y, posteriormente, con la elección en forma fraudulenta, irrita e inconstitucional, de una supuesta asamblea nacional constituyente³⁴, con el objetivo de suplantar y sustituir a la legítima AN.

Por otro lado, los cierres ilegales de emisoras de radio y de televisión (especialmente de RCTV el 27-5-2007), negándoles o quitándoles la concesión, así como de otros medios de comunicación, unos directamente (con medidas de hecho o “judiciales” amañadas), o mediante otros métodos, como la detención de sus propietarios y editores, o negándoles el papel para imprimir sus ediciones y así impedir su funcionamiento, obligándolos a cerrar o limitándolos a salir sólo en formato digital, reduciendo su clientela e ingresos.

Por todo lo anterior, prácticamente lo único que le queda actualmente a la población venezolana, es emi-

tir su opinión pública a través de las redes sociales, y, para tratar de evitar en esos espacios, las críticas ciudadanas y el escrutinio público a través de dichas redes, desde hace años el régimen tiene una encarnizada persecución contra cualquiera que opine en su contra, deteniendo ilegalmente y procesando a twiteros, por el simple hecho de cuestionar las políticas gubernamentales. Con ese fin, y, para darle una base “legal” a dicha persecución política, fue que la asamblea nacional constituyente fraudulenta, “promulgó” en 2017, apenas comenzó a funcionar, la supuesta Ley “constitucional” Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia³⁵, “Ley” esa qué, a pesar de no tener validez jurídica alguna, la utilizan para contener cualquier disidencia o cuestionamiento que surja contra el régimen, con la complicidad del Poder Judicial.

Muchos de los detenidos han sido y siguen siéndolo, por delitos “creados” o “inventados” por el régimen a su conveniencia, o como consecuencia de la aplicación de políticas económicas erradas y nefastas del Estado, como fue el caso de los llamados “ilícitos cambiarios”, producto de la implantación de un control de cambio férreo desde el año 2004 hasta hace muy poco tiempo. Igual ocurre con el contrabando de combustibles, por la diferencia abismal del precio de los mismos en Venezuela (prácticamente regalado), al compararlo con el precio internacional, lo que ha traído como resultado la escasez de gasolina en el país con las mayores reservas petrolíferas del mundo, algo inaudito. También al considerar como material estratégico, a todo aquello que se le ocurra al gobierno, desde unos pocos metros de cables de electricidad o de teléfono, hasta un pedazo de alambre o algo de chatarra. Para todos aquellos que cometan esos delitos tan “graves” y “atroces”, a pesar de ser causados por la propia incapacidad e ineficiencia del régimen, se exige la detención preventiva, pero a quienes realmente han ocasionado la desastrosa situación económica que existe en Venezuela, a los verdaderos responsables de la catástrofe que estamos viviendo, a esos nadie los procesa.

La situación se ha agravado aún más, desde la irresponsable y criminal entrega que hicieron Chávez y Maduro, de miles de armas de guerra de todo tipo³⁶, a bandas de delincuentes y a los llamados colectivos (partidarios del oficialismo), para someter y aterrorizar a la población, que es una de las causas principales que ha ocasionado la huida de más de 5 millones de venezolanos, que se han regado por el mundo, especialmente por toda América Latina, que prefieren pasar penurias incontables en otros países, que continuar vi-

viendo en la zozobra y la inseguridad de las barriadas venezolanas.

Posición de los Organismos Internacionales sobre las detenciones ilegales en Venezuela y demás violaciones a los derechos humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe del 12 de febrero de 2018, denominado *“Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela”*, expresó de nuevo su preocupación por la violación del orden constitucional en Venezuela y cuestiona la injerencia del Poder Ejecutivo en los otros poderes públicos, y cita como ejemplo la actuación del Poder Judicial en los dos últimos años: *“El agravamiento de la crisis se relaciona estrechamente con una serie de decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de Justicia, que representaron injerencias en la Asamblea Nacional y afectaron el principio de separación de poderes”*, indica el Informe.

Para la CIDH, *“la postura del Poder Judicial y el Ejecutivo contra el Legislativo, de mayoría opositora, ha estado acompañada de la falta de independencia del Consejo Nacional Electoral, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo. Por ello, exhorta al Estado venezolano a adoptar medidas inmediatas para restablecer el orden constitucional, garantizar la separación de poderes y el ejercicio adecuado de la Asamblea Nacional. De igual forma, solicitó revertir las medidas de la Asamblea Nacional Constituyente que afectan el principio de separación de poderes y la democracia representativa”*.

La Organización de Estados Americanos (OEA), igualmente ha expresado mucha preocupación por la situación política, social y judicial en Venezuela, especialmente a raíz del fraude electoral cometido el 20 de mayo de 2018, en las elecciones presidenciales adelantadas y por ello, el 28 de junio de 2019, su máximo organismo, la Asamblea General, se reunió y aprobó una Resolución, en la cual considera que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, que la Carta Democrática Interamericana establece que los pueblos de las Américas tienen derecho a la democracia y sus gobiernos están obligados a promoverla y defenderla, especialmente sus elementos esenciales, que incluyen el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho. Señalando que el proceso electoral del 20-5-2018, *“carece de legitimidad por no haber contado con la participación de todos los*

actores políticos de Venezuela, por no cumplir con los estándares internacionales y por haberse desarrollado sin las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente y democrático”. En razón de todo lo cual, la OEA ratificó que a partir del 10-1-2019, fecha en que culminó el periodo presidencial por el cual fue electo Nicolás Maduro en el año 2013, no lo reconoce como Presidente legítimo, sino a la Asamblea Nacional de Venezuela democráticamente elegida, *“expresando su preocupación por los graves abusos de los derechos humanos de los venezolanos por el régimen de Nicolás Maduro”*, instando *“a que se convoquen elecciones presidenciales libres, justas, transparentes y legítimas, lo más pronto posible”*.

El 28 de agosto de 2019, el Consejo Permanente de la OEA, aprobó igualmente, una Resolución sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, en la cual condena firmemente *“las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en Venezuela, incluidos el uso de la tortura y la práctica de detenciones ilegales y arbitrarias, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la negación de derechos y necesidades básicos, especialmente con relación a la salud, la alimentación y la educación”* (negritas agregadas). Exigiendo *“la realización de una investigación independiente, exhaustiva y creíble, que permita llevar a la justicia a los autores materiales e intelectuales de las violaciones de derechos humanos”*. Respalando así el Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos Michelle Bachelet, en donde se verificó que el régimen de Maduro emprende torturas, asesinatos y violaciones en contra de opositores. Con 21 votos a favor, sólo 3 en contra y 7 abstenciones, se aprobó dicha Resolución. Durante dicha sesión también se decidió el dirigirse a la Corte Penal Internacional, para solicitar que se agilicen las investigaciones en relación con la dictadura venezolana.

La Unión Europea (UE) por su parte, en un Comunicado de fecha 27-9-2019, también expresó su preocupación, por *“el grado y la gravedad de las violaciones de los derechos humanos, el deterioro del estado de derecho y el dismantelamiento de las instituciones democráticas en el país”*, respaldando también el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet y mencionando, como ejemplo, **la detención ilegal preventiva** y la muerte, del Capitán de Corbeta Rafael Acosta Arévalo³⁷. Añadiendo a la lista de funcionarios venezolanos ya antes sancionados³⁸, a 7 miembros de las fuerzas de seguridad e inteligencia de Venezuela, por considerar que están implicados en torturas y otras violaciones

graves de los derechos humanos. La Unión Europea todo el tiempo ha planteado, que la salida a la crisis venezolana, necesariamente pasa por la celebración de unas elecciones presidenciales, genuinamente libres, democráticas, incluyentes y justas.

El asesinato del Capitán Acosta Arévalo, no es un caso aislado ni excepcional, ya otros casos similares han sucedido, como el del Concejal Fernando Alberto Albán, quien fue detenido preventiva e ilegalmente por el Servicio Bolivariano de Inteligencia (SEBIN), el 5 de octubre de 2018, en el Aeropuerto Internacional Simón Bolívar de Maiquetía, por haber formado parte de una delegación opositora, que había asistido a la ONU unos días antes. Apenas 3 días después de su detención, el 8 de octubre de 2018, el Fiscal General del régimen, informó que Albán se había “suicidado”, al lanzarse por una ventana, desde el 10mo piso de la Sede del SEBIN, cuando solicitó ir al baño. En su cuerpo se evidenciaban signos de torturas, como heridas por objetos punzo penetrantes, quemaduras y laceraciones. También se cuestionó que los detenidos en todo momento, siempre están esposados, acompañados y custodiados por al menos dos funcionarios, así como que nada tenía que hacer Albán en el piso 10, cuando él se encontraba detenido en una celda en los sótanos de dicho edificio, así como que las ventanas de todos los pisos, incluido el 10, son herméticas y se encuentran selladas.

Finalmente, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya Alta Comisionada, la ex Presidente de Chile, Dra. Michelle Bachelet, luego de su visita a Venezuela, del 19 al 21 de junio de 2019, y de llevar a cabo 558 entrevistas, con víctimas y testigos de violaciones de derechos humanos, emitió un Informe demoledor en contra del régimen venezolano, ratificando que “4,9 millones de venezolanos han abandonado el país”, por la crisis. Dicho Informe lo ha venido actualizando la Alta Comisionada, con otras denuncias que ha seguido recibiendo de más víctimas de torturas y tratos crueles.

Sin embargo, y pese al negro historial que tiene actualmente Venezuela, como país que permanentemente, en forma generalizada y sistemática, viola los derechos humanos de sus ciudadanos, gracias al apoyo del mal llamado “Movimiento de Países No Alineados”, el 17 de octubre de 2019, logró, para el asombro y alarma de los países democráticos del mundo, un asiento o escaño, en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU³⁹. Algo realmente inaudito, insólito, que desprestigia aún más a dicho movimiento y a la propia ONU, que sólo ocurre cuando los intereses políticos e ideológicos, pre-

valecen sobre las consideraciones éticas y morales, así como de las conveniencias de un mundo mejor.

Conclusiones

Es claro y evidente que las garantías constitucionales y legales existen, pero, ¿son de verdad efectivas?, ¿realmente se respetan, se acatan y se aplican esas normas garantistas en Venezuela?, ¿o ellas sólo existen en el papel? Lamentablemente esas disposiciones únicamente existen formalmente en la legislación interna venezolana e internacional, pero materialmente, en la práctica, no se cumplen, no se respetan y no se aplican efectivamente en Venezuela. Las detenciones ilegales y arbitrarias en Venezuela son muy frecuentes y comunes, en la realidad son el pan nuestro de cada día, y, por supuesto, comienzan con la detención preventiva injustificada.

Si para la detención preventiva en Venezuela, se siguieran estrictamente, al pie de la letra, como debe ser, las exigencias del tantas veces mencionado artículo 44.1 Constitucional y solamente se detuviera a quien se consiguiera *in fraganti* perpetrando un delito, o, en cumplimiento de una orden judicial, que son las dos únicas posibilidades válidas y previstas en dicha norma rectora, se evitarían tantas ilegalidades y arbitrariedades en el proceso penal.

El problema es que muchos Fiscales del Ministerio Público y Jueces de Control, se hacen de la vista gorda y no sólo no le ponen un freno a esas actuaciones claramente violatorias de nuestra carta magna, sino qué, por el contrario, convalidan las mismas con sus acciones u omisiones, pretendiendo convertir en “normales y aceptables”, situaciones aberrantes, reñidas totalmente con todas nuestras disposiciones legales y constitucionales, así como con las contenidas en Tratados, Convenios y Pactos Internacionales, en los cuales Venezuela es Estado Parte, incumpliendo así también con esos compromisos.

Si en Venezuela se siguiera y respetara realmente el principio de intervención mínima del Derecho Penal (*ultima ratio*)⁴⁰, así como su carácter fragmentario⁴¹, utilitarista⁴² y la naturaleza subsidiaria⁴³ del poder punitivo por parte del Estado, el cual debe reservarse principalmente para la protección de los bienes jurídicos más importantes, para hacerle frente, contener y repeler, los más graves e injustos ataques a los derechos de las personas, la situación sería muy diferente. Lo cual en modo alguno significa propiciar la impunidad de los delitos considerados leves, así como tampoco aplicar indiscriminadamente ciertos conceptos y términos, que no siempre significan lo mismo para todas las perso-

nas, como es el caso de la “insignificancia” de ciertos delitos considerados de bagatela, ya que lo que para algunas personas puede ser algo insignificante, para otras puede ser algo de gran importancia, hasta esencial.

Tanto el principio de intervención mínima, como el carácter fragmentario del Derecho Penal, como el utilitarismo y la subsidiariedad, están, por supuesto, muy relacionados entre sí y se complementan unos con otros. De implementarlos, eso haría que efectivamente las detenciones preventivas fueran realmente excepcionales, ya que se limitarían únicamente a los casos estrictamente necesarios, cumpliéndose así con el mandato constitucional del procesamiento en libertad en la mayoría de las causas. Pero lo que ocurre en la realidad en Venezuela es todo lo contrario, la regla es la privación de la libertad y sólo excepcionalmente el procesamiento en libertad, generalmente sólo en los casos de los delitos más leves o de bagatela.

La paradoja es que, hasta para los delitos más graves que persona alguna pueda cometer, que son los establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁴⁴, es decir, los considerados más atroces, como los crímenes de Genocidio, de Lesa Humanidad, de Guerra y de Agresión, se establece la posibilidad de que el proceso se celebre con el imputado en libertad, o que solicite la libertad provisional en los casos en que sea objeto de una orden de detención o se encuentre detenido. Así lo prevén los 5 numerales del artículo 60 del Estatuto, sobre las primeras diligencias ante la Corte, especialmente en los casos en que la detención en espera de juicio “*se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal*”⁴⁵, agregando dicha disposición “*Si se produjere dicha demora, la Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones*”⁴⁶. La Sala revisará periódicamente tanto la puesta en libertad como la detención, y “*podrá modificar su decisión... en razón de un cambio de las circunstancias*” (numeral 3 del artículo 60).

Igualmente, el Estatuto de Roma sólo considera necesaria la detención del imputado, por alguno de los siguientes tres motivos: 1) Para asegurar que la persona comparezca en juicio; 2) Para asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación, ni las actuaciones de la Corte; o 3) Para impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo, que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

Y si bien en el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, contenido en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, en el 4º período de se-

siones, de mayo 2 a julio 22 de 1994⁴⁷, se consideró la posibilidad de incluir a los delitos que se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, entre los crímenes más graves de trascendencia internacional⁴⁸. Sin embargo, lo cierto es que finalmente, los países reunidos en julio de 1998, que aprobaron el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, decidieron que esos delitos no fueran incluidos entre los crímenes de la competencia de la Corte, en razón de lo cual, por muy graves que sean, no pueden ser considerados como crímenes o delitos de Lesa Humanidad, como algunos pretenden calificarlos. Tendrían algunos Estados Partes plantearlo en alguna próxima Conferencia.

De cumplirse con la Constitución, las leyes y los Convenios Internacionales, además de los evidentes beneficios al Derecho y a la Justicia, así como al respeto de los derechos y garantías constitucionales y legales de los justiciables, adicionalmente también se conseguiría, entre otros logros, los siguientes: el descongestionamiento de las cárceles y demás centros de reclusión, que los procesos serían más rápidos, que los gastos del Estado se reducirían, también disminuiría la corrupción, los gastos de las partes también serían menores, la cantidad de efectivos policiales y militares dedicados a la custodia y traslados de detenidos también bajaría y esos efectivos podrían dedicarse a otras labores de protección ciudadana y de prevención de delitos. Finalmente no debemos olvidar, que los derechos humanos deben siempre prevalecer, especialmente en tiempos de cuarentena, que es cuando deben ser más respetados.

Notas

1 Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

2 El Decreto del Poder Ejecutivo, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal, fue publicado en la Gaceta Oficial No. 6.078, el 15-6-2012, el cual, según la Disposición Derogatoria Única, derogó el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, así como todas sus 5 reformas posteriores (2000, 2001, 2006, 2008 y 2009).

3 Especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978. Las partes son 25 Estados de los 35 países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Venezuela abandonó una parte del sistema interamericano de derechos humanos, formalizando Chávez la denuncia de la Convención el 9-9-2012, efectiva a partir del 10-9-2013, expresamente en relación con la Corte IDH, pero reconociendo todavía a la Comisión IDH. Sin embargo, el 27-4-2017, sin la autorización de la Asamblea Nacional, Maduro también formalizó el retiro de Venezuela de la OEA, y, por consiguiente, de la Convención IDH, la cual sería efectiva 2 años después (el 27-4-2019). Ahora bien,

el 8-2-2019, Juan Guaidó, Presidente de la Asamblea Nacional y reconocido como Presidente Interino por 54 países, le comunicó a Luís Almagro, Secretario General de la OEA, la decisión de continuar en la Organización. Y el 15-5-2019, la Asamblea Nacional de Venezuela dejó sin efecto la denuncia de la Convención y decidió el reingreso de Venezuela a la Convención Americana de Derechos Humanos, reafirmando la competencia y jurisdicción de la Corte IDH sobre Venezuela.

4 Del año 1999, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.453 del 24 de marzo de 2000, reimpresa íntegramente el 19 de febrero de 2009, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.908, con la Enmienda No. 1.

5 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencias No. 1.744 del 9 de agosto de 2007 y 595 del 26 de abril de 2011.

6 Idem

7 Ibidem

8 Caso de la Juez Penal Dra. María Lourdes Afiuni

9 Diputado de la Asamblea Nacional Juan Carlos Requesens M. Detenido desde el 8 de agosto de 2018

10 Dra. Luisa Ortega Díaz, siendo Fiscal General de la República

11 Ver, entre otras, la Sentencia de 30 de junio de 2015, Serie C No. 297, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú.

12 Artículo 7.2.

13 Artículo 7.3.

14 Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala y otros.

15 Y sólo excepcionalmente la privación, pero la práctica forense y la jurisprudencia, han establecido casi como regla general, la privación de la libertad durante el proceso, no el proceso en libertad.

16 Sentencia No. 397, del 21-6-2005, Exp. 05-211, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

17 Idem.

18 Normalmente en Funciones de Control, aunque, en ocasiones, la privación y/o la aprehensión la ordena un Juez de Juicio.

19 Jesús Eduardo Cabrera Romero, *El delito flagrante como un estado probatorio*, en Revista de Derecho Probatorio, n° 14, Ediciones Homero, Caracas, 2006, pp. 9-105. Citado en la Sentencia 272, del 15 de febrero de 2007, de la Sala Constitucional.

20 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 150 del 25 de febrero de 2011.

21 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 113 del 25 de febrero de 2011.

22 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia No. 77 del 3 de marzo de 2011.

23 Como la Dra. Magaly Vásquez G. en su obra "Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano". UCAB, 1999, p. 152.

24 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 595 del 26 de abril de 2011.

25 Principio *in dubio pro libertate*, también conocido como *favor libertatis*, que significa que en caso de duda debe resolverse a favor de la libertad, como el derecho fundamental más importante después del derecho a la vida.

26 Tal es el caso de los delitos relacionados con drogas o con sustancias que pudieran llegarse a utilizar para elaborarlas,

llamadas precursores, así no se usen para ese fin. Tampoco que sean cantidades menores y aunque no se trate de delincuencia organizada, igual se les tipifica como delito de lesa humanidad. En Venezuela no se toma en cuenta la pureza de la sustancia estupefaciente o sicotrópica y cualquiera sea su composición, sólo se considera el peso.

27 Por el inconstitucional efecto suspensivo, que puede ejercer el Fiscal del Ministerio Público, hasta en contra de Sentencias absolutorias (artículo 430 del COPP), aunque el Juez puede negarse a ello, aplicando el control difuso de la Constitucionalidad, de conformidad con el artículo 334 Constitucional.

28 BROWN CELLINO, Sergio. *"El Principio de Libertad durante el Proceso"*, dentro de la obra "Pruebas, Procedimientos Especiales y Ejecución Penal", VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, págs. 657 a 680.

29 FERRAJOLI sí se opone radicalmente a la detención preventiva, no la justifica ni siquiera en caso de comprobado peligro de fuga y de obstaculización de la justicia, los cuales, según él, pudieran evitarse, por lo cual postula *"un proceso sin prisión provisional...al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia"*, reconociendo que su propuesta es una quimera. Citado por BROWN C., Sergio, en la ya mencionada obra, pág. 666.

30 Publicado en Gaceta Oficial del 23-1-1998. Donde figuraban en el artículo 260, las cuatro primeras circunstancias que, sin cambio alguno, todavía aparecen en el vigente artículo 237 del COPP 2012.

31 Que admite prueba en contrario, por ello el Juez puede rechazar la solicitud Fiscal de privación e imponer medidas cautelares sustitutivas a la privación de la libertad.

32 En el Parágrafo Primero.

33 Como resultado de las elecciones parlamentarias del 4-12-2005, en las cuales no participó la oposición, alegando desconfianza de la pulcritud del Consejo Nacional Electoral (CNE), de mayoría oficialista. De los 14 millones 300 mil inscritos en el Registro Electoral, sólo participó el 25 %, obteniendo todo el oficialismo unido, apenas el 20 % del electorado total (unos 3 millones 300mil votos), quedando así demostrada que la mayoría de la población, el 75 %, coincidía con la oposición en que no habían garantías electorales. Por supuesto, al no participar la oposición, el resultado final fue que el oficialismo (el chavismo), *"ganó"* todos los 167 diputados de la AN y hasta allí llegó la semi-separación de poderes que quedaba en Venezuela, hasta que el 6-12-2016 la oposición ganó la AN.

34 El fraude se realizó el 30-7-2017, según el CNE chavista votaron 8 millones de personas (40 %), según las encuestadoras serias, los partidos de oposición (que se negaron a participar) y los observadores internacionales, los votantes no superaron los 2 millones (10%). La empresa que proveyó las máquinas de votación (Smartmatic), abandonó el país unos días después y denunció desde Londres que hubo fraude.

35 Publicada en la Gaceta Oficial No. 41.274 del 8 de noviembre de 2017.

36 Alrededor de 100 mil fusiles belgas FAL (Fusil Automático Liviano), de 7,62x51 mm, entre otros, a raíz de la adquisición en 2005, de los modernos fusiles de asalto rusos del tipo Kalashnikov AK 103 y 104, con munición 7,62x39 mm.

37 El Capitán Acosta Arévalo fue detenido el 21 de junio de 2019 por funcionarios de la Dirección General de Contrainteligencia Militar (DGCIM), falleciendo como consecuencias de torturas

el 29 de junio de 2019, cuando al fin fue trasladado por ante un Tribunal.

38 Las medidas tomadas por la UE no afectan al pueblo, son individuales (prohibición de viajar y congelación de activos a personas consideradas responsables de violaciones graves a los derechos humanos y de socavar la democracia y el estado de derecho en Venezuela), o muy específicas (como el embargo a la venta de armas y equipos para la represión interna). También ha reiterado la UE, que todas esas medidas son flexibles y reversibles, en caso de que se den pasos concretos, que demuestren la buena voluntad para solucionar y salir de la crisis política en que se encuentra el país.

39 Decisión muy cuestionada por la Unión Europea y por organizaciones con Human Rights Watch (HRW).

40 Principio de *ultima ratio*, utilizar el Derecho Penal como último recurso, limitando las sanciones penales al mínimo necesario, al mínimo indispensable.

41 Que no sanciona todas las conductas lesivas sino sólo las más graves.

42 Las normas deben ser útiles, no deben ser arbitrarias, por lo que deben existir unos parámetros dentro de la protección de los bienes jurídicos más importantes.

43 El Estado debe dejar que otras organizaciones intermedias de la sociedad u otros individuos, asuman ciertas funciones de control de algunas conductas ilícitas y de solución de conflictos, como los Jueces de Paz y las Juntas de mediaciones, y sólo utilizar su poder punitivo cuando las otras instituciones fracasen. La idea es que si las partes en disputa, pueden llegar a lograr una solución amigable entre ellos, en los casos de ciertos delitos leves, pues no será necesario recurrir al Derecho Penal.

44 El Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Venezuela fue el primer país de América Latina y el 1º del mundo que lo ratificó, al consignar la firma ante la ONU, el día 7 de junio del año 2000. El Estatuto se encuentra publicado en la Gaceta Oficial No. 5.507 Extraordinario del 13 de diciembre de 2000.

45 Numeral 4 del artículo 60.

46 Idem.

47 Doc. U.N.A./49/10, pp24 a 125.

48 Por estar ya incluidos en una serie de Tratados.