



Detención Provisional vs Libertad Bajo Cautela

Aproximación a un Derecho Garantista y Utilitarista

Magtr. Carlos Manuel Barragán Quiróz
ISAE Universidad, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
e-mail: barraganjurista@gmail.com

RESUMEN

La detención preventiva o ahora llamada detención provisional ha sido a través de la historia uno de los mayores males del Derecho Penal, mediante la utilización de esta medida meramente instrumental nuestras cárceles o calabozos inhumanos se han mantenido embutidos de carne, ya sea culpable o inocente, en este lacónico pero sustancioso ensayo pretendemos proyectar que la privación de libertad bajo ciertos requisitos no debe convertirse bajo ninguna circunstancia en una pena anticipada, dado que los embates que padece una persona en un centro penitenciario no tienen vuelta atrás. Por tanto, el juzgador, al momento de decidir sobre lo que argumenten las partes, debe avocarse a una justificada, proporcional e idónea detención provisional o una libertad bajo ciertas condiciones cautelares.

Palabras clave: Libertad, detención preventiva, detención provisional, medidas cautelares, juez de garantías.

ABSTRACT

The preventive detention or now called provisional detention has been throughout history one of the greatest evils of the Criminal Law; by means of the use of this merely instrumental measure our prisons, or subhuman dungeons have been throughout the years become saturated with inmates; either guilty or innocent. In this compendious, but substantial essay we intend to project that the deprivation of freedom under certain requirements should not become under any circumstance an anticipated punishment; considering the attacks that a person could suffer in a penitentiary center do not have atonement. Therefore, the judge, when deciding on the arguments of the parties, should demand a justified, proportional and suitable provisional detention or freedom under certain precautionary conditions. Translated with www.DeepL.com/Translator (free version)

Key words: Freedom, pre-trial detention, pre-trial detention, precautionary measures, judge of guarantees.

INTRODUCCIÓN

El Magistrado Saéñz (1996), al tratar sobre la detención preventiva -llamada así en su momento-, nos explica que mediante los congresos y los debates entre jurisperitos, se ha exigido hace décadas la modificación o imperiosa necesidad de transformar el proceso penal -como en efecto ha sucedido- para **“evitar que la detención preventiva constituya una sanción adelantada, ocasionando perjuicios innecesarios y se convierta en un instrumento de injusticia”**; la idea central es aplicar este tipo de medida en delitos de máxima gravedad o cuando la vinculación material del imputado sea sumamente fuerte, es decir, cuando los indicios recabados por el agente fiscal demuestren una alta probabilidad de condena, como lo serían, por ejemplo, los delitos en flagrancia, ahora bien, esto formará el debate que a continuación planteamos.

Nuestra Constitución Política en su artículo 21, dispone que: **“Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley**. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él al interesado, si la pidieren. El delincuente sorprendido *in fraganti* puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad. Nadie puede estar detenido más de 24 horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley. No hay prisión, detención o arresto por deuda u obligaciones puramente civiles. (La negrita es del autor)

El Sistema Penal Acusatorio modifica el viejo paradigma donde la Fiscalía ordenaba detenciones preventivas sin control alguno, promoviendo el hacinamiento carcelario, de igual manera el juez de la causa ostentaba dicho poder, es decir, ambos tenían facultades investigativas y jurisdiccionales trayendo como consecuencia una investigación no del todo clara. En la actualidad, el juez natural -Juez de Garantías- es quien puede aplicar una detención provisional sólo a petición de parte, en este caso por el agente de investigación, lo que resulta un proceso garantizador de los derechos humanos de las personas, recordemos que bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José, Costa Rica, 1996), en el numeral 2 de su artículo primero promulga: **“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano; si a esto añadimos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3); Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art. 9)**. Como se observará supraconstitucionalmente la detención provisional es la última ratio -última razón- que debe aplicarse al momento de decidir sobre la situación jurídica penal de una persona a la cual se le ha imputado un delito determinado.

El control judicial de la afectación de derechos fundamentales, procesalmente hablando, lo encontramos en el Artículo 12 del Código Procesal Penal [CPP]; **“Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales. El Juez de Garantías, al decretar alguna de estas medidas, observará el carácter excepcional, subsidiario, provisional, proporcional y humanitario de estas**. La detención provisional está sometida a un límite temporal razonable para evitar que se convierta en una pena anticipada. La detención provisional no puede exceder de un año, excepto en los supuestos señalados en este Código”. (La cursiva y la negrita son del autor). Fortaleciendo nuestra normativa procesal patria, las Reglas de Tokio (1990), en su articulado manifiesta con claridad que la prisión preventiva es el último recurso a utilizar por parte de los administradores de justicia, veamos:

6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La duración de la prisión preventiva no será superior a lo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 5.1 y se aplicará con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

Una vez planteado el marco legal, pasemos de manera directa a lo que nos atañe, la privación de libertad bajo el control del juez constitucional.

Detención Provisional

Como ya se observó, la detención provisional obedece a requisitos básicos, incuestionables e inmutables, estos son los principios de necesidad, justificación, idoneidad, proporcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y **excepcionalidad -última ratio-**, es decir, que la privación temporal de la libertad sólo debe decretarse cuando las otras medidas cautelares dentro del catálogo establecido en el artículo 224 no son posibles (*subsidiariedad*), por no ser adecuadas (*idoneidad*), todo esto partiendo del marco del respeto a la dignidad humana, por lo pronto, lo anterior debe ser valorado por el juzgador al momento de decidir qué medida cautelar de carácter personal debe aplicar, o en todo caso no aplicar medida cautelar alguna; la cuestión es que con la introducción de la oralidad plena a los juicios penales, el fallo a tomar siempre dependerá de las habilidades de las partes, es decir, el juez estará sujeto a lo que argumente la fiscalía y la defensa, y en base a eso determinará qué medida es más acorde al dilema penal planteado.

Así lo promulga la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), **al resaltar que la libertad personal (art. 7), es un derecho que tiene toda persona y nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, por lo tanto, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, entre otros**. Lo que señala la norma convencional es precisamente que toda detención debe estar sometida al control de la constitucionalidad y la convencionalidad, como en efecto se lleva a cabo dentro de un sistema acusatorio y adversarial, el cual debe salvaguardar el derecho a una justicia en tiempo razonable, a la tutela judicial efectiva, mediante un juez imparcial, independiente, que sólo obedezca a la ley y los pactos o convenios internacionales de los cuales el Estado panameño es Parte.

El doctor Labarthe (2014), al desarrollar lo arriba expuesto de manera magistral nos explica, **que la prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal**, por tanto, aquellas decisiones que la impongan deben sustentarse en requisitos consustanciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y, sobre todo, la motivación de las resoluciones que la impongan; **“... exige que cualquier limitación de derechos fundamentales debe ser idónea para alcanzar o favorecer el fin perseguido legítimamente por el Estado; necesaria en la medida en que sólo debe ser utilizada si su finalidad no puede ser alcanzada por otro medio menos gravoso (...)** La necesidad de la prisión preventiva requiere evaluar que se está ante un instrumento que **«convive»** con otras medidas cautelares destinadas, también, a proteger el desarrollo y resultado del proceso penal (comparecencia simple y restringida, detención domiciliaria, impedimento de salida, suspensión preventiva de derechos). Por lo que siendo la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de **proporcionalidad** exige una

aplicación excepcional y subsidiaria. Debe ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el resultado y desarrollo del proceso penal. (la negrita es del autor).

Como se observará, todos estos principios están reconocidos a nivel nacional y supraestatal, por lo que no pueden aislarse al momento de decidir, por su parte el Tribunal Constitucional (IDHSTC, 2002, 102-104), refiriéndose a la *prisión preventiva* como último recurso nos explica lo siguiente: [...] Si bien la detención judicial preventiva **[prisión preventiva]** constituye una medida que limita la libertad física, **por sí misma, esta no es inconstitucional**. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la **última ratio** a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de **dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales** y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la *prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general* [...] [STC 1091-2002-HC de 2 de agosto «Caso Vicente Ignacio Silva Checa»]: (pp. 102-104) (La cursiva es del texto, la negrita es del autor)

Indudablemente, a quien se le priva **temporalmente** de su libertad de manera prematura –en ocasiones– no sólo se le despoja de su derecho a la libertad, de igual manera se le impone la prohibición de transitar libremente, queda en duda el principio de *in dubio pro reo*, el principio de inocencia, de manera anticipada, esto lo decimos dado que innumerable ocasiones vemos a detenidos sin condena donde al fin y al cabo no se llega siquiera a una acusación, mientras que en otras significativamente legales y revestidas de motivación logran un acuerdo de pena o una sentencia condenatoria, lo que brinda luces en el sentido que dicha privación de la libertad estuvo plenamente justificada y se adecuó a derecho.

Ahora bien, la detención provisional (prisión anticipada), no debe, ni puede ordenarse de manera simplista, como lo sería ordenar una privación de libertad por delitos de bagatela, como lo sería el hurto calamitoso, en estos casos no se justifica, no es proporcional, no es necesaria la aplicación de dicha medida instrumental. Recordemos que la sola detención en un centro carcelario influye en los posibles acuerdos de pena entre el Ministerio Público, el Imputado y su Defensor, además, socialmente ese mero hecho lo hace ver como culpable de una conducta que aún no ha sido juzgada con todos los principios, derechos y garantías que lo ampara, es decir, en ocasiones se adelanta la estigmatización de su culpabilidad, bajo la premisa de una sociedad extremadamente crítica y nublada por la parcialidad, propagandismo, etiquetamiento y desinformación de los medios de comunicación masiva, como se observará, al ordenar el encerramiento de un sujeto que goza del estado de inocencia, se están adelantando situaciones y provocando resultados que se adelantan a la situación jurídico penal y social del investigado, que en muchas ocasiones son irreparables. **Estos últimos son los denominados -con justa razón- los juicios paralelos mediáticos.**

En el mismo orden de ideas, es obligatorio y necesario recurrir a nuestra máxima corporación de justicia, la Corte Suprema de Justicia¹ de la República de Panamá; la cual, mediante fallo del 07 de abril de 2009, Acción de Hábeas Corpus en grado de Apelación, bajo el expediente No. 098-09; en salvamento de voto detalló lo siguiente:

¹Rescatado de: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>

... los entes encargados de la Administración de Justicia (entiéndase Órgano Judicial y Ministerio Público) deben velar porque los procesos penales se surtan de la manera más rápida y eficiente para evitar que ciudadanos, que estén siendo procesados, no continúen detenidos preventivamente más allá del tiempo mínimo que prescribe la ley como pena por la conducta ilícita que está siendo investigada, con lo cual esta norma se convierte, para el Estado, en una especie de sanción por su incapacidad de culminar los procesos penales en un término razonable y, para el ciudadano, en una compensación por haber estado detenido preventivamente sin que su situación jurídica haya sido definida mediante una sentencia de fondo.

Ante lo manifestado por la judicatura, es decir, una posible pena anticipada, que entre sus consecuencias fatales es que el detenido sea recluido en una cárcel no tenga un espacio específicamente para los privados temporalmente de su libertad, lo que trae como consecuencia un internamiento con sujetos que si tienen una condena en firme, esto violenta el Pacto de San José, Costa Rica en el sentido que **“...los procesados deben estar separados de los condenados”** salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.

Aunado a lo anterior, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptada por las Naciones Unidas el 30 de agosto de 1955, Ginebra, divulgó que **los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según sus antecedentes, motivos de su detención, etc., por lo que los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena** (Barragán Q, 2011, 44). Y por qué hacemos mención a todo esto, el sustento es sencillo, porque el juzgador al resolver no sólo debe tomar en cuenta si se justifica la medida o si es proporcional, así mismo, debe visualizar las posibles consecuencias, que como señalamos anteriormente, en muchas ocasiones son **irreparables**.

Citamos uno de los fallos –criterio propio– más icónicos o relevantes con relación al tema que desarrollamos y debatimos en este momento. (CorteIDH, 1997), en su Informe No. 2-97, el informe se trata sobre la gran cantidad de denuncias que recibiera la comisión contra el Estado argentino “por la duración excesiva de la prisión preventiva de personas con procesos criminales sin sentencia”, la Corte Convencional de Derechos Humanos nos declara:

La CIDH analizó dos aspectos para determinar si la prisión preventiva resultaba o no violatoria de la libertad personal y las libertades judiciales establecidas en la CADH. En primer lugar, señaló que debe considerarse **si las autoridades judiciales justifican la medida de detención preventiva** de acuerdo a los siguientes criterios: a. **Presunción de culpabilidad**: es condición sine qua non pero no basta sola. b. **Peligro de fuga**: para estimarlo deben analizarse la seriedad del delito, **la eventual severidad de la pena**, los valores morales de la persona, su ocupación, su patrimonio, los vínculos familiares. Debe tenerse en consideración que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye al aumentar la duración de la detención. c. **Riesgo de comisión de nuevos delitos**: el peligro de reiteración debe ser real para ello deben considerarse la historia personal del detenido, la evaluación profesional de su carácter, la existencia de condenas anteriores de similar naturaleza y/o gravedad. d. **Necesidad de investigar y posibilidad de colusión**: deben existir complejidades concretar porque la mera necesidad de investigar no justifica la medida. e. **Riesgo de presión sobre testigos**: debe ser un peligro legítimo y es válida la medida solo hasta que se realizan los interrogatorios en cuestión. f. **Preservación del orden público**: solo válido en circunstancias muy excepcionales en las que la gravedad del crimen y la reacción del público

frente a éste pueden implicar disturbios y amenazas efectivas al orden público, probadas de manera objetiva y concluyente.

El fallo en cuestión resalta lo dispuesto en nuestra norma adjetiva penal, al decir de los requisitos para la aplicación de medidas cautelares (art. 222 del CPP):

1. Si *existen medios probatorios* demostrativos del hecho punible y la *vinculación* del imputado con el hecho.
2. Si la medida es *necesaria*, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto.
3. Si es *proporcional* a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al imputado.
4. Si la afectación de los derechos del acusado es *justificada* por la naturaleza del caso.

El Juez deberá aplicar la detención preventiva como medida excepcional.

Para completar el artículo citado, debemos reproducir el artículo 227 y el 237 de la misma norma legal, ya que define las reglas a tomar en cuenta:

Artículo 227:

1. Cuando **el imputado se dé a la fuga o exista peligro** evidente de que intenta hacerlo.
2. Cuando existan motivos graves y fundados para inferir que **el imputado puede destruir o afectar medios de prueba**.
3. Cuando, por circunstancias especiales, se determine que **su libertad puede ser de peligro para la comunidad** por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y **número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes**.
4. Cuando existan razones fundadas para inferir **peligro de atentar contra la víctima o sus familiares**.

Veamos primero el 227, recordemos que la norma debe ser interpretada de manera armónica y sistemática, cuando se dice que el imputado se dé a la fuga o pretenda hacerlo es porque los indicios recabados en la incipiente investigación del agente de investigación son sumamente sólidos, añadiendo que el delito imputado tiene una pena elevada, además, el imputado no cuenta con un **arraigo** familiar, laboral o domiciliario, dicho en otros términos, no hay nada que ate al imputado a la investigación y, por tanto, puede sustraerse de la justicia. En la misma línea, debe existir peligro de la destrucción de evidencias o medios de prueba, esto acorde en la mayoría de los casos con el numeral cuarto, es decir, que atente contra la víctima y sus familiares, ya sea a través de amenazas, emisarios, etc., que busquen la retractación de las personas a las cuales se le vulneró alguno de sus derechos.

Con relación al numeral tres **“que su libertad sea un peligro social, cantidad de delitos imputados o sentencias condenatorias vigentes”**, es nuestro criterio, por el momento, que la peligrosidad social puede medirse por las sentencias condenatorias vigentes, entre estas por pertenecer a bandas o pandillas, delitos de tráfico de drogas, contra la integridad e indemnidad sexual, violencia de género, etc., es decir, conductas reprochables socialmente con un gran impacto social. Ahora bien, en la práctica el hecho que el fiscal imputa por más de un delito no significa que de manera automática o matemática se deba ordenar la detención provisional, **el derecho penal es casuístico**, cada caso tendrá sus propias particularidades, de aplicar dicho criterio -dos o más delitos imputados- la gran mayoría de las investigaciones desembocarían en privaciones de libertad y, ese no es el sentido de este sistema penal, sobre las **sentencias condenatorias vigentes**, recordemos que son todas aquellas que entran en el

rango de los diez años posterior a la condena de acuerdo al artículo 102 de nuestra ley sustantiva.

Como aseguramos, este articulado debe interpretarse de manera sistemática y armónica con la carta magna, la ley sustantiva, y convenios internacionales, por el momento, acudamos al artículo 237 del CPP:

El Juez de Garantías podrá ordenar la detención provisional de una persona cuando se proceda por delito que tenga señalada **pena mínima de cuatro años de prisión, y exista evidencia que acredite el delito y la vinculación del imputado**, así como **posibilidad de fuga, desatención al proceso, peligro de destrucción de pruebas o de que pueda atentar contra la vida o salud de otra persona o contra sí mismo**.

Excepcionalmente, cuando se trate de una persona cuya residencia fija no esté en el territorio nacional o en los casos en que a juicio de la autoridad competente se encuentre razonablemente amenazada la vida o la integridad personal de una tercera persona, el Juez podrá decretar la detención provisional aun cuando la pena mínima del delito imputado sea menor de cuatro años de prisión.

También se decretará la detención preventiva del acusado que no se presente a la audiencia del juicio oral, la que se dictará por el Tribunal de Juicio a solicitud del Fiscal.

La detención provisional no será mayor de un año, salvo el previsto en el artículo 504 de este Código.

Como se apreciará, el artículo inicia diciendo que la detención provisional es aplicable a delitos que contemplan una pena mínima de cuatro años, posteriormente, se faculta al juzgador a imponerla aun cuando el delito contemple una pena por debajo de los cuatro años, es decir, que no existe límite para la imposición de la medida según sean las circunstancias de cada caso en particular, todo dependerá si se trata de delitos sumamente sensitivos, como aquellos que lleven inmersos la violencia entre las personas o vayan contra la seguridad social o colectiva. Mientras que al remitirnos al 504 del CPP., se refiere a los procesos denominados o catalogados como **causas complejas**, donde a solicitud de parte y de acoger la misma, ya sea por el número de imputados o víctimas, entre otras cosas, los efectos que causan es que la detención provisional puede extenderse hasta un máximo de tres años, la investigación puede llegar a durar unos dos años, y, los plazos se duplican a favor de las partes.

Dicho lo anterior, reiteramos que el control jurisdiccional **afectación de derechos fundamentales**, como lo son las medidas de coerción restrictivas de la libertad personal **son excepcionalísimas, por lo que el Juez de Garantías, al decretar alguna de estas medidas, debe hacer un análisis exhaustivo del hecho y la posible vinculación material y formal del supuesto autor o partícipe**, esto es, determinar el ámbito social, el modo, el tiempo y el lugar en que el hecho presuntamente se ejecutó, y, por su puesto, de ser posible escuchar el pensar de la víctima, es más que transparente que en este sistema penal controversial, la víctima adquiere un papel preponderante a través de todo el proceso penal desde su inicio hasta su posible conclusión, cualquiera que esta sea.

Para Nieva F. (2012, 160, 161) al aplicar las medidas cautelares debemos partir de tres presupuestos; **“el fumus, el periculum y la pendencia”**, veamos lo que nos explica el autor y estudioso del derecho.

El **fumus delicti commissi** (en el proceso civil *fumus boni iuris*) consiste en la probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, sino que debe tratarse de una presunción correctamente construida, es decir, fundamentada en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto.

... el **periculum libertatis** (*periculum in mora* en el proceso civil). Se concreta este periculum en cualquier acción que pueda realizar el imputado estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en la sentencia. Hasta el momento se han identificado tres de esos posibles peligros: el peligro de fuga, el peligro de destrucción de pruebas y el peligro de reiteración delictiva.

La **pendencia** (...) Tiene que ser actual o inminente, en el sentido de que una medida cautelar solamente tiene sentido, como ya se dijo, si va encaminada a garantizar la eficacia de una sentencia (...). En ocasiones, la detención tiene una simple finalidad de identificación del detenido y esclarecimiento de los hechos, que en un principio pudieron resultar aparentemente delictivos (...). Lo mismo sucede con la detención, puesto que también debe ser puesto el detenido en libertad en caso de no estimarse necesario abrir una instrucción contra él. Por consiguiente, este tercer presupuesto también debe proclamarse con respecto a las medidas cautelares penales. (pp. 160-161) (el resaltado y la negrita son del autor).

Es necesario manifestar que, cuando el fiscal solicita la detención provisional y la defensa que no se aplique medida cautelar alguna, el juez tiene plena facultad de decidir dentro del catálogo que proporciona el art. 224 del CPP. Es decir, si el juez solo pudiese elegir entre detener o liberar no tendría mayor discrecionalidad en la audiencia -eso es una falacia legal- una errónea interpretación de la ley, es claro que si el fiscal pide detención provisional el juzgador puede aplicar cualquier otra de allí hacia arriba (numeral del 9 al 11). Contrario a esto, si el fiscal pide la presentación periódica (firma) ante una autoridad determinada y la defensa secunda la petición, mal podría el juzgador agravar la medida, ya sea por prohibición de salida del país, depósito domiciliario o detención provisional, en este caso se estaría violando la norma de manera directa.

Benavente (2015) describe que "La naturaleza de la coerción es procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo; no es posible utilizarla como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza". Al respecto, nos presenta algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, observemos lo siguiente:

"... La presencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia..." Caso Palamara contra Chile.

"... No cumplir con estos requisitos equivale anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos..." Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay. Caso López Álvarez contra Honduras.

En dicha línea de pensamiento el escritor supra nos habla sobre la **teoría de riesgo**, exhibiendo que las medidas cautelares son instrumentos procesales que afectan la esfera de la libertad del imputado, así como derechos conexos a tal libertad, pero este tipo de coerción -procesal y sustancialmente legal- puede ser aplicada cuando se cuenten con indicios de una causa probable de la constitución

de un delito y la intervención -vinculación- con el imputado, así como la presencia de una teoría del riesgo que justifique afectar dichos bienes, en base a la ya mencionadas proporcionalidad y racionalidad.

Así entonces, debemos entender por teoría del riesgo a "la argumentación fáctica, probatoria y jurídica que permita, de manera razonada y fundada, prever o descartar un peligro de fuga, de obstrucción, o de riesgo contra la víctima y ofendido". Posterior a ello toca "... identificar la cautelar más proporcional al peligro invocado, a través de los test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto la cual está relacionada con el interés público".

Esto es así, porque no puede existir una tabla que defina de manera inequívoca cuando procede la medida privativa de la libertad y cuando no, reiteramos, cada conducta, cada hecho, cada situación jurídico-social tendrá sus propios ribetes, sus propias características y será en ese entonces que cada Juez de Garantías bajo la sana crítica decidirá lo más adecuado en derecho. Empero, en ese análisis intelectual no solo se debe tener presente de manera singular los derechos del imputado y sus posibles peligros, este estudio debe tener presente a la víctima del injusto penal, ya sea un particular o el colectivo social, para entonces ponderar los bienes jurídicos presuntamente lesionados versus la libertad -**condicionada**- del individuo, la cual no debe -en la mayoría de los casos- superar los seis meses de enclaustramiento. **Es importante distinguir que no siempre hay que decretar una medida cautelar de carácter personal, no importa cuál sea esta, en ocasiones no es necesario.**

Adicional a todo lo anterior, existe la **revisión judicial de la medida cautelar**, esta puede darse por el incumplimiento del imputado, a lo que sería el fiscal quien solicite audiencia para exigir la aplicación de otra más gravosa o anexar otras a la ya impuesta, v.gr., si el imputado tiene depósito domiciliario o no acercamiento a la víctima y es visto y aprehendido fuera de su residencia o los predios de esta o buscando comunicarse con la víctima, lo más seguro es que se pida la detención provisional dado que no ha comprendido la gravedad del asunto y la responsabilidad de cumplir con lo ordenado por el juzgador, es decir, que demostró el peligro que representa para la sociedad o para sí mismo, o que simplemente no tiene respeto alguno para con la Administración de Justicia.

Por otro lado, está la revisión judicial dictada en el artículo 240 de nuestra norma de procedimiento penal, la cual dispone la revisión judicial de la medida: "**La persona detenida provisionalmente podrá solicitar la revisión de la medida** cuando estime que no se mantienen las circunstancias por las cuales se dispuso su aplicación. Al revisar la detención provisional, se tomará en consideración si el reemplazo de esta afecta los fines del proceso".

Para esclarecer esto recurrimos a Veldez (2016, 3, 9); el autor transcribe el artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP):

Artículo 161. Revisión de la medida. 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.

Como se aprecia, el artículo en cuestión, a diferencia del nuestro recoge el hecho que tanto fiscal como imputado pueden pedir ante el juez de control que la medida impuesta sea examinada y reevaluada. Nos explica el escritor que "Son

revisable en todo momento siempre y cuando hayan variado objetivamente las condiciones que motivaron su imposición y, por tanto, son objeto de revocación, cancelación, sustitución o modificación, dicha mutabilidad la doctrina la ha identificado bajo el principio *rebus sic stantibus*...". Parafraseando al autor en cita²; las medidas cautelares están revestidas de un carácter instrumental, es decir, son un medio para alcanzar un fin, por tanto, no son un fin en sí mismas, ya sea evitar la sustracción del imputado, obstaculización de la investigación, peligro para la sociedad o para sí mismo, guardan relación con el hecho investigado, debe existir vinculación formal -la imputación-, debe sustentarse en datos objetivos y verificables, es competencia exclusiva del juez constitucional, son personalísimas, es decir, cada caso, cada imputado es diferente; son acumulativas dado que pueden aplicarse varias a la vez, entre otros.

Estimamos necesario reproducir el fallo supra citado y que fue dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de su decisión con respecto a la aplicación excesiva de la prisión anticipada, por lo que a ello nos remitimos:

En segundo lugar, la Corte IDH³ sostuvo que, si existe la justificación para la medida, debe entonces analizarse si las actuaciones fueron realizadas con la debida diligencia para que el plazo de privación de la libertad resultara razonable. Se requiere para ello que estos casos tengan prioridad en su resolución, porque una duración excesiva invierte el sentido de la presunción de inocencia y constituye entonces una pena anticipada; además, genera presión sobre el magistrado para que adecue la sentencia y el monto de la pena al tiempo de detención de la persona, para justificar la medida, incluso aunque no existieran elementos de convicción suficientes. Asimismo, la CIDH mencionó que la razonabilidad del plazo debe basarse en una fundada apreciación judicial y no puede establecerse en abstracto (ver caso Stögmüller v. Austria del TEDH), y que una dilación en la resolución solo es válida si se demuestra que la demora tuvo causa fundamental en la conducta del detenido

(ver caso Toch v. Austria del TEDU). En base a estas apreciaciones, la CIDH consideró que la Argentina con su accionar violaba el derecho a la libertad personal del art. 7.5 de la CADH y el derecho a ser oído en plazo razonable y el principio de inocencia del art 8.1 y 8.2, en relación con el 1.1 del mismo instrumento.

Conclusiones

Las medidas cautelares de carácter personal, como lo es la detención provisional, es la última medida que debe aplicarse dentro del catálogo que establece la ley adjetiva, ante esto debe explorarse otras como el reporte periódico ante una autoridad determinada, la prohibición de no salir de determinado lugar o región o el hecho de no acercarse a determinados lugares o personas, por sólo mencionar algunas, es decir, si ninguna de las otras posibilidades funciona a los fines de asegurar el proceso, la investigación, hasta entonces es procedente aplicar la restricción de la libertad, no antes.

El estudio que debe hacer el juzgador es la ponderación de bienes en conflicto, libertad vs peligro, privación de libertad contra principio de inocencia, por de pronto, todo dependerá de cada caso, el derecho penal es casuístico, esto es, que los hechos narrados al juez por parte de la fiscalía y la defensa podrán ser parecidos, pero jamás serán iguales, ante esto, se suma la conducta del imputado ya sea por tener condenas vigentes, varias imputaciones, delitos de gravedad contra la vida, la sociedad o el propio Estado, recordemos que nuestro derecho penal es de acto, no de autor; sin embargo, el legislador plasmó en la ley la posibilidad de tomar este tipo de antecedentes al momento de decidir sobre este tipo de medidas.

La detención provisional o prisión anticipada, no puede declararse de manera simplista o con ligereza, recuérdese que estamos tratando con seres humanos a los cuales tan solo se le han imputado cargos, no se está juzgando como autor o partícipe de un hecho delictual, por tanto, el mantener a un inocente en el penal es mucho más peligroso que dejar en libertad a un presunto culpable, los daños que sufre una persona en prisión -provisional- en innumerables ocasiones es irreparable, así mismo somos del criterio que no siempre ha de decretarse una medida cautelar personal, habrá casos en que no procede la aplicación de ninguna de ellas, es una práctica que debemos desarrollar por la convivencia de una sociedad más pacífica, respetuosa de los derechos y garantías constitucionales, es decir, valorar, resaltar y proteger los derechos de las personas contemplados en nuestra norma legal, carta constitucional y los pactos, tratados y convenios a los cuales pertenecemos.

Sin dignidad nuestra vida no es más que parpadeos de duración. Pero si nos ingeniamos para llevar bien una vida, creamos algo más. Ponemos un subíndice a nuestra mortalidad. Hacemos de nuestras vidas diamantes diminutos en las arenas cósmicas. (Dworkin, 2014) (p. 511).

Bibliografía e Infografía

- Barragán Q, C. (2011). Detención Preventiva y Jueces Municipales en el nuevo Sistema Penal Acusatorio. Panamá: Imprenta del Órgano Judicial de Panamá, Revista Jurídica Sapientia.
- Benavente, C. (2015). La Audiencia Inicial, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales. México: Editorial Flores.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). San José, Costa Rica: Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>.

- Corte IDH. (1997). Informe sobre prisión preventiva. Argentina: Recuperado de: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=312&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/forms/voces.aspx?voces=PRISI%C3%93N%20PREVENTIVA>.
- Dworkin, R. (2014). Justicia para Erizos. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A.
- IDHSTC, C. (2002). Caso Vicente Ignacio Silva Checa. Perú. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01091-2002-HC.html>.

- Labarthe, D. R. (2014). Las Medidas de Coerción Personal. Perú. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=U_D9E UoXo-g.
- Nieva F., J. (2012). Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Edisofer. S.L. y Editorial IBdef.
- Reglas de Tokio. (1990). Tokio. Recuperado de: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2168716/13+-+Reglas+de+tokyo.pdf>.
- Saézn, W. (1996). Las Perspectivas del Principio de Presunción de Inocencia en el Proceso Penal Panameño. Panamá. Recuperado de: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>

- Valadez, M. (2018). Medidas Cautelares. México: Editorial Flores.

²Ob cit, p. 3-9

³Corte IDH., 11/03/1997; Informe No. 2-97, Informe sobre prisión preventiva (Argentina). De: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=312&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/forms/voces.aspx?voces=PRISI%C3%93N%20PREVENTIVA>