



**Detención provisional o libertad bajo cautela
Aproximación a un derecho garantista y utilitarista**

Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Juez de Garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá,
San Miguelito

Órgano Judicial de la República de Panamá.
Correo electrónico: barraganjurista@gmail.com



Detención provisional o libertad bajo cautela Aproximación a un derecho garantista y utilitarista

Recibido: Febrero 2020

Aprobado: Abril 2021

Resumen

La detención provisional, ha sido a través de la historia uno de los temas más discutidos y atacados en el Derecho Procesal Penal. Mediante la utilización de esta medida instrumental las cárceles se han mantenido hinchadas de culpables y no culpables. En este conciso ensayo pretendemos proyectar que la privación de libertad no debe convertirse bajo ninguna circunstancia en una pena anticipada. Los embates que padece una persona en un centro penitenciario no tienen vuelta atrás. 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 con ciertas limitaciones. Por esto, la detención provisional es la última ratio, la última medida que se ha de aplicar para asegurar el proceso, a la víctima y la sociedad en general.

Abstract

Provisional detention has been throughout history one of the most discussed and attacked issues in Criminal Procedural Law. With this instrumental measure, the prisons have remained swollen with guilty and not guilty. In this concise essay, we intend to project that deprivation of liberty should not, under any circumstances, become an anticipated penalty. The attacks suffered by a person in a prison have no turning back. The judge, when deciding on what the parties argue, must advocate for a justified, proportional and suitable provisional detention or freedom with certain limitations. For this reason, provisional detention is the last ratio, the last measure to be applied to ensure the process, the victim and society in general.

Palabras Claves

Libertad, detención preventiva, detención provisional, medidas cautelares, juez de garantías.

Keywords

Freedom, preventive detention, provisional detention, precautionary measures, judge of guarantees.

Introducción. El Magistrado Saénz (1996), al hablar de la detención preventiva —*ahora detención provisional*—, nos explica que mediante los congresos y los debates entre jurisperitos, desde hace décadas se ha exigido la modificación o imperiosa necesidad de transformar el proceso penal -como en efecto ha sucedido-. Esto para “evitar que la detención preventiva constituya una sanción adelantada, ocasione perjuicios innecesarios y se convierta en un instrumento de injusticia”. (p. 1). La idea central es aplicar este tipo de medida en delitos de máxima gravedad o cuando la vinculación material del imputado es sumamente fuerte, es decir, cuando los indicios recabados por el agente fiscal demuestran una alta probabilidad de condena, como lo serían los delitos en flagrancia, por ejemplo. Ahora bien, en esto se sustenta el debate que a continuación planteamos.

Antes de entrar en el grueso del asunto, debemos despejar algunas dudas con relación al tiempo que una persona puede estar aprehendida. Ya sea por agentes de la policía, el agente de investigación o por estar a órdenes del juez de garantías. Entre las preguntas que normalmente se hacen (sobre todo) los estudiantes de derecho están: son veinticuatro horas (la Constitución), cuarenta y ocho horas (la ley procesal), o se suman ambas y el término es de setenta y dos horas. El criterio dominante sobre los cuestionamientos trazados podemos detallarlos de la manera siguiente.

La Constitución Política de la República de Panamá (2004), en su artículo 21, dispone que:

Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente (. . .) 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 veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente.

Veamos, la aprehensión puede darse por delito en flagrancia o por orden de autoridad competente (Fiscal o autoridad judicial). En el caso que un sujeto sea sorprendido en flagrancia, y es aprehendido por cualquier persona, o agentes de la Policía Nacional, debe ser puesto de manera **inmediata** ante el Ministerio Público. Luego, será la representación social quien **determinará** si es viable o no mantener esa aprehensión, es decir, si formulará o no la imputación. De considerarse que procede la formulación de cargos solicitará el agendamiento de las audiencias respectivas a través de la plataforma del Sistema Penal Acusatorio, la cual se encuentra implementada y en correcta ejecución desde el inicio del nuevo Código de Procedimiento Penal, lo que trae como consecuencia que el sujeto quede a órdenes del juez de garantías.

Cuando la Carta Magna señala en su artículo 21 que “Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas...”, dicho período de tiempo debe analizarse e interpretarse en conjunto (sistemáticamente) con el artículo 226 del Código Procesal Penal (2008), “Cuando el imputado esté privado de su libertad, el Juez fijará audiencia para decidir la aplicación de la medida cautelar personal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la privación de libertad...”, para decidir la legalización de la aprehensión, la imputación y la petición de la medida cautelar personal, de darse esta última.

De lo anterior, se puede deducir que el cómputo de las **primeras veinticuatro horas**

empieza desde el preciso momento en que el sujeto está privado de su libertad. Por tanto, el agente de investigación debe ponerlo a órdenes del juez de garantías antes que venza dicho plazo. Luego, la *Oficina Judicial*, encargada de la logística y el agendamiento de las audiencias —que de por sí, mantiene el cabal, ágil y responsable funcionamiento de todo el Sistema Penal Acusatorio (SPA) — debe fijar día y hora para la realización de esta **antes del cumplimiento de las cuarenta y ocho horas** que trata el artículo 226 *-ejusdem-*, partiendo *como lo hizo el Ministerio Público* desde el instante en que la persona es aprehendida.

Ante estas cuestiones, se puede concluir que al momento en que Oficina Judicial fije la audiencia concentrada, no necesariamente se debe tomar en cuenta la hora en que el Ministerio Fiscal puso al indiciado a disposición del juez de garantías. El punto de partida siempre ha de ser la hora en que el sujeto es aprehendido y entregado al agente de instrucción.

Oportuno es resaltar que en la práctica, el agente de investigación difícilmente hace uso de esas veinticuatro horas, de igual manera, la Oficina Judicial programa la audiencia en cuestión mucho antes de las cuarenta y ocho horas preestablecidas legalmente.

Si desfragmentamos las cuarenta y ocho horas ya señaladas se pueden avistar con claridad que dentro de esas (48hrs) están las 24hrs, establecidas constitucionalmente para el Ministerio Público. Es decir, si este utilizara veintitrés horas y cincuenta y nueve minutos (23:59), el juez de garantías (a través de Oficina Judicial) contaría con 24hrs más para el desahogo de la audiencia concentrada. Pongamos un ejemplo para ver esto con mayor claridad y no confundirnos.

Si el sujeto conocido como “Caco”, fue aprehendido a las seis de la tarde (6:00 pm) del día primero de enero de dos mil veintiuno (1/01/2021), el Ministerio Público tiene hasta las cinco y cincuenta y nueve de la tarde (5:59 pm) del día (2/01/2021) para desaprehender al sujeto o ponerlo a órdenes del juez de garantías. Si esto es así, la audiencia en sede de garantías debe realizarse antes de las seis de la tarde del día tres de enero de dicho año. Entonces, el agente de investigación cuenta con 24hrs, y el juez de garantías tiene 48hrs (dentro de las cuales están las 24hrs del Ministerio Público) para decidir. Recordemos que ambos tiempos parten del día y hora en que se da la aprehensión. Representemos esto visualmente para tener una perspectiva más amplia.

01/01/2021	6:00 p.m.	Comienza a correr el tiempo de 24hrs (aprehensión) entre la Policía Nacional y Ministerio Público (en conjunto).
02/01/2021	5:59 p.m.	El Ministerio Público pone a “Caco” a órdenes del juez de garantías antes del vencimiento de las primeras 24 hrs.
03/01/2021	5:59 p.m.	Día y hora para celebrar la audiencia ante el Juez de Garantías. Oficina Judicial agendó audiencia en sede de garantías antes del vencimiento de las 48 horas.

Aunque el ejemplo anterior es extremadamente exagerado, por no decir estrambótico, cumple con la función de establecer los términos de manera clara

y estricta. Utilicemos el mismo ejemplo trazando las situaciones o resultados que se dan normalmente.

01/01/2021	6:00 p.m.	Comienza a correr el tiempo de 24hrs (aprehensión) entre la Policía Nacional y Ministerio Público (en conjunto).
02/01/2021	8:00 a.m.	El Ministerio Público pone a “Caco” a órdenes del juez de garantías antes del vencimiento de las primeras 24 hrs.
02/01/2021	3:00 p.m.	Día y hora para celebrar la audiencia ante el Juez de Garantías. Oficina Judicial agendó audiencia en sede de garantías antes del vencimiento de las 48hrs.

01/01/2021	6:00 p.m.	Comienza a correr el tiempo de 24hrs (aprehensión) entre la Policía Nacional y Ministerio Público (en conjunto).
02/01/2021	3:00 p.m.	El Ministerio Público pone a “Caco” a órdenes del juez de garantías antes del vencimiento de las primeras 24 hrs.
03/01/2021	12:00 m.	Día y hora para celebrar la audiencia ante el Juez de Garantías. Oficina Judicial agendó audiencia en sede de garantías antes del vencimiento de las 48 horas.

Téngase presente que para fijar el día y hora, se debe llevar a cabo toda una logística por parte de Oficina Judicial, esto conlleva que las partes (el fiscal y la defensa -pública o privada-) no tengan otras audiencias el mismo día y a la misma hora, o no puedan delegar a otro agente de instrucción o abogado dicha tarea. De igual manera, se debe contar con un juez de garantías y una sala de audiencia -libre- para el desarrollo de la audiencia.

Marco legal. Resuelto lo anterior, pasemos al tema medular de esta empresa, la detención provisional. Como punto de partida tengamos presente que es el juez de garantías -juez natural- quien en primer término puede ordenar la detención provisional **a petición de parte (no de oficio)**. De esto resulta un proceso que garantiza los derechos humanos de las personas. De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José, Costa Rica (1996), “...persona es todo ser humano” (Art. 1, numeral 2). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; promulga que “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 jurídico penal de una persona a la cual se le ha imputado un delito determinado. Esto nos lleva de manera obligatoria a visualizar el principio de **mínima intervención** del derecho penal a través del derecho a investigar y penar por parte del Estado (*ius puniendi*).

Así las cosas, para efectos de comprender mejor lo indicado en el párrafo superior, se

tiene que la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en Pleno, para el día 26 de diciembre de (2019), entra a resolver acción de Amparo de Garantías Constitucionales, en grado de apelación, dentro del expediente No. 534-19, bajo la ponencia de la Magistrada María Eugenia López Arias. Nos ilustra la magistratura de la siguiente manera.

...La función interventora estatal a través de la pena (*ius puniendi*), [que] se debe dar bajo los límites propios del principio de estricta legalidad, de protección de bienes jurídicos, de **mínima intervención, proporcionalidad y de culpabilidad (principios que giran en torno a que el derecho penal sólo debe intervenir como *última ratio*)**". Se trata, pues, de un principio destinado a "que el derecho penal [sea] utilizado con un sentido mínimo, dado el carácter represivo y lesivo de esta vía, donde sólo se recurra a su uso ante la inexistencia de otros mecanismos a la solución del conflicto social y se produzca una real afectación de los bienes jurídicos tutelados penalmente, en aras de garantizar el respeto a la dignidad humana.

Con relación al control judicial de afectación de derechos fundamentales, el artículo 12 (CPP) señala que las *medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales*. Por tanto, el juez de garantías antes de aplicar la detención provisional debe analizar y tomar como base los principios de ***excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad, proporcionalidad, temporalidad*** y el carácter ***humanitario*** de estos. Las Reglas de Tokio (1990), declaran con claridad que la prisión preventiva es el último recurso que deben utilizar los administradores de justicia. Veamos los

artículos más apropiados al tema en desarrollo.

6.1 En el procedimiento penal solo 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 -supra-, la detención provisional obedece a requisitos básicos, incuestionables e inmutables. En el caso de la ***excepcionalidad -ultima ratio-***, se resalta que la privación ***temporal*** de la libertad solo debe decretarse cuando las otras medidas cautelares dentro del catálogo establecido en el artículo 224 no son posibles (***subsidiariedad***), no son adecuadas (***idoneidad***), no son necesarias (***justificación***). Siempre teniendo en cuenta la dignidad del ser humano.

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. Con la introducción de la oralidad a los juicios penales, la decisión del juzgador siempre dependerá de las habilidades de las partes. Es decir, el juez está sujeto a los argumentos de la fiscalía, la defensa y la víctima (ésta última, si desea hacer uso de la voz). En base a ello el juzgador determinará qué medida es más acorde al dilema penal planteado.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), resalta que la libertad personal 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 Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas. En consecuencia, 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. En efecto, el sistema acusatorio busca maximizar principios como la justicia en tiempo razonable, la tutela judicial efectiva, y el juez imparcial e independiente.

Del Ríos Labarthe (2014), al desarrollar este tema 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. De modo que, las decisiones que la impongan deben sustentarse en requisitos consustanciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, y jurisdiccionalidad, sin olvidar la adecuada y clara motivación. Las palabras del jurista son las siguientes:

...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 solo 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 (min. 47:40-49:00, 50:15-57:00). (La negrita es nuestra).

Se avista entonces, que todos estos principios están reconocidos a nivel nacional y supraestatal, por lo que, no pueden aislarse al momento de decidir. De hecho, el Tribunal Constitucional de la República del Perú (2002), expediente N° 1091-2020-HC/TC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa, M.P. Aguirre Roca, refiriéndose a la prisión preventiva como último recurso nos explica:

[...] 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 solo 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»]. (pág. 102-104) (Nuestro es el resaltado)

En definitiva, pueden verse los dos lados de una misma moneda. En una de sus caras puede darse que el Ministerio Público no acuse, pida el sobreseimiento, o se utilicen las salidas alternas. También, -en ocasiones-, está el hecho que el acusado (detenido) sea declarado no culpable en el juicio oral. Mientras que del otro lado, estas privaciones de libertad significativamente legales, necesarias e idóneas, y revestidas de motivación acaban en un acuerdo de pena (una sentencia condenatoria), o concluyen en una decisión de culpabilidad finalizado el debate oral y público. En estos casos, se reafirma claramente que la detención provisional estuvo plenamente justificada y se adecuó a derecho.

No siempre es aplicable una detención provisional. En los delitos de bagatela (v.gr. el hurto calamitoso, o de bienes con un valor social o moral con poca significancia), difícilmente está justificada, por no ser proporcionalidad al hecho. Por tanto, de ordenarse, puede caerse en la ambigüedad, por tacharse de innecesaria. En ocasiones se adelanta la estigmatización de culpabilidad contra el reo, bajo la premisa de una sociedad extremadamente crítica y parcializada, nublada por el etiquetamiento, propagandismo, y la desinformación. Entonces, se pueden estar

adelantando situaciones con resultados negativos en la situación jurídica penal y social del investigado, que muchas veces es irreparable.

De lo expuesto arriba, nuestra máxima corporación de justicia, en fallo del 07 de abril de 2009, entró a resolver acción de hábeas corpus en grado de apelación, dentro del expediente No. 098-09, siendo ponente el Magistrado Víctor L. Benavides P. En dicha jurisprudencia se puede apreciar el salvamento de voto del Magistrado Jerónimo Mejía E., en los siguientes términos.

... 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 (. . .)**, 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.

Importante análisis hace Correa (2011), al decir que uno de los puntos positivos en el sistema acusatorio, es que se señala el máximo de tiempo en que una persona puede estar detenida provisionalmente, “que si bien lo ideal es que no se tenga que alcanzar el mismo, aun así representa una fuerte presión para el sistema, en el cumplimiento de los plazos” (p. 36).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997), en su Informe No. 2-97, con relación a la duración excesiva de la prisión preventiva, puntualizó:

La situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia. Dentro de este contexto, será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso.

...

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (párrs. 13, 15)

El informe 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, 2008). Estos, podríamos enumerarlos de la siguiente manera: 1) el hecho delictivo y la vinculación (formal material y procesal) con

el imputado; 2) establecer que la medida es **necesaria** en cuanto al hecho concreto y los indicios recabados; 3) debe ser **proporcional** de acuerdo con la naturaleza del hecho y la posible sanción a imponer; 4) estar seguros que la afectación de los derechos del imputado/acusado está **justificada** por la naturaleza del caso; 5) tener presente que el **juez debe aplicar la detención preventiva como medida excepcional**.

Los requisitos expuestos deben analizarse en conjunto con los artículos 227 y el 237 *ejusdem* ya que allí se establecen los principios y reglas a tomar en cuenta. Así entonces, procede la aplicación de la medida restrictiva de la libertad (*o cualquier otra*) cuando: a) existan serios indicios de que el **imputado intente fugarse o desatender el proceso penal**, b) ante la posibilidad seria y fundada que el **imputado pueda destruir o afectar medios de prueba**, c) cuando se pueda inferir con claridad que el **imputado representa un peligro para la comunidad o la víctima**, porque pertenezca a organizaciones criminales, o por el **número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes**.

Cuando se dice que el imputado pretende darse a la fuga o desatender el proceso, es porque existen indicios sumamente sólidos en la incipiente investigación, sea porque el imputado no cuente con un **arraigo** familiar, laboral o domiciliario, o por ser extranjero; dicho en otros términos, que no hay nada, ni nadie que lo ate a la investigación o al territorio nacional. De igual manera procede cuando el delito imputado es grave y, por tanto, tiene una pena elevada. Cuando se habla de destrucción de prueba o medios de prueba, se trata de evidencias materiales o de influir en la víctima o posibles testigos a través de amenazas, emisarios, etc., que busquen la retractación de estos.

Con relación a que el imputado representa un peligro para la sociedad social por la cantidad de delitos imputados o por mantener sentencias condenatorias vigentes (aquellas que entren en el rango de los diez años posteriores a la condena —Art. 102 de la ley sustantiva—). Es nuestro criterio, por el momento, que la peligrosidad puede representarse de acuerdo con los tipos penales, como lo serían, el pertenecer a bandas o pandillas, posesión ilícita de arma de fuego, delitos de tráfico de drogas, contra la integridad e indemnidad sexual, violencia de género, etc., esto es, conductas reprochables con un gran impacto social.

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, *las causas penales son casuísticas*, cada caso es diferente. Si la detención provisional fuera una operación matemática tomando en cuenta las penas establecidas en nuestra ley sustantiva, con imputar por delito que tenga pena mínima de cuatro años de prisión o, por dos o más delitos cuya sumatoria superara esos cuatro años, sería suficiente para ordenar el encierro carcelario del imputado. Sin embargo, ese no es el sentido de este sistema penal.

Insistimos en que el control jurisdiccional de *afectación de derechos fundamentales* debe sustentarse en la excepcionalidad de las medidas de coerción restrictivas de la libertad personal. En consecuencia, *el juez de garantías al decretar alguna de estas, debe hacer un análisis exhaustivo del hecho y la posible vinculación material y formal del supuesto autor o partícipe*. Debe estudiar su ámbito social, el modo, tiempo y lugar en que el hecho presuntamente se ejecutó, y, por supuesto, de ser posible **escuchar el pensar de la víctima**, toda vez que en este sistema

adversarial y acusatorio, **la víctima adquiere un papel preponderante e innegable a través de todo el proceso.**

Parafraseando al jurista Nieva Fenoll (2012), al aplicar las medidas cautelares debemos partir de tres presupuestos básicos: “el fumus, el periculum y la pendencia” (pp. 160-161). El primero se basa en el **fumus delicti commissi**, es decir, existe una gran probabilidad que la sentencia concluya con una sentencia condenatoria. El segundo, el **periculum libertatis**, no es otra cosa que el peligro de libertad que representa el imputado para la sociedad. Esto es, que el encartado pueda de algún modo desatender el proceso, destruya las evidencias o pruebas, o por su habitualidad reitere las conductas delictivas. Por tercero y último, nos habla de la **pendencia**, lo que viene a representar que el agente fiscal concluirá con una acusación dirigida a obtener una condena.

Otro de los puntos discutidos en base a las decisiones del juez de garantías, está si este tiene la capacidad legal de aplicar una medida cautelar diferente a la pedida por las partes. Por ejemplo, si el fiscal pide detención provisional, y la defensa solicita no aplicar medida alguna. Ante esta disyuntiva, el juez tiene plena facultad para aplicar cualquier otra dentro del catálogo establecido en el Art. 224 del (CPP, 2008), siempre y cuando esta sea menos gravosa, v.gr, si se pide el numeral 10, el juez puede aplicar cualesquiera otra del numeral 9 hasta el primero. De no ser así, las decisiones del juez de garantías estarían atadas y limitadas. Por decirlo de otra manera, no tendría mayor discrecionalidad en la audiencia, esto, consideramos, es una errónea interpretación de la ley.

Lo que no debe hacer el juzgador es agravar la medida cautelar pedida, v.gr., si el

fiscal pide el depósito o arresto domiciliario y la defensa solicita la firma una vez al mes ante determinada autoridad investigativa, **mal puede el juez de garantías ordenar la detención provisional**, aquí estaría sobrepasando los límites, facultades y discrecionalidad que el legislador le ha otorgado.

Describe Benavente Chorres (2015), 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” (p. 314). Al respecto, nos presenta algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“... 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 Álvares contra Honduras. (P.p. 314-315)

Sobre la teoría del riesgo, el autor -supra- señala que es “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” (p. 316). Luego del ejercicio señalado, lo procedente

es “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” (p. 316).

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. Cada conducta, cada hecho, cada situación jurídico- penal tiene sus propios caracteres. Es en ese entonces que cada juez de garantías bajo las reglas de la sana crítica decidirá lo más adecuado a derecho. En ese análisis intelectual no solo se debe tener presente de manera singular los derechos del imputado y sus posibles peligros, también hay que prestar atención a lo que expresa la víctima o su representante.

Una vez ponderados los bienes jurídicos en debate, la decisión solo puede recaer en tres supuestos: a) la no aplicación de alguna medida cautelar (plena libertad); b) libertad condicionada (numerales del 1 al 8 del CPP, 2008), y, c) el depósito o arresto domiciliario, o la detención provisional en un centro carcelario.

Por otro lado, si el imputado incumple la medida impuesta el fiscal tiene plena facultad para solicitar audiencia en la cual exigirá la aplicación de otra más gravosa o anexar otras a la ya impuesta, v.gr., se ordenó el depósito domiciliario del imputado, y la prohibición de comunicarse con la víctima, pero, días después es aprehendido en la residencia o los predios de esta, o se comprueba que le ha mandado mensajes amenazantes mediante textos de Whatsapp o cualquier otra red social. Ante esto, lo más seguro es que se pida la detención provisional dado que no ha comprendido la gravedad del asunto y la responsabilidad que tiene de cumplir con lo

ordenado por el juzgador. Es decir, demostró el peligro que representa para la víctima, o simplemente no tiene respeto alguno para con la Administración de Justicia.

Otro asunto es la **revisión de la medida cautelar** (art. 240 del CPP, 2008). Allí se dispone que “**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”.

Recurramos a Valadez (2018), para tener en cuenta la norma procesal de otras latitudes. 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. (p. 3) (nuestra es la negrita)

Como se apreciará 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 supra citado que: “Son revisables 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...***” (Valadez, 2018, p. 9).

La traducción del axioma ***rebus sic stantibus*** (estando o manteniéndose así las cosas) aplicada al derecho penal, quiere decir que si se mantienen las circunstancias que dieron origen a la detención provisional esta debe mantenerse, por el contrario, si las bases en que se sustentó la aplicación de dicha medida han variado, esta debe modificarse, dejarse sin efecto, o revocarse.

La República de El Salvador, a través de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro (2016) de San Salvador, en la causa No. 085-2016, para el día 05 de abril de 2016, hace referencia a la máxima arriba descrita.

La ***regla rebus sic stantibus*** se refiere a la dependencia de la vigencia de la medida cautelar en un proceso a la subsistencia o invariabilidad de las razones que constituyeron la base de su adopción; *si tales varían, la medida debe ser levantada (revocada) o acomodada a la nueva situación (sustituida), para el caso una modificación o sustitución por otra medida cautelar*, siendo en este supuesto que el proceso penal seguiría su curso, aun cuando el imputado no estuviere sometido a medida cautelar alguna y que habría desaparecido o disminuido el peligro de fuga. (Nuestro es el énfasis)

Estimamos necesario reproducir el fallo supra citado y que fue dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997), 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 IDH 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 que debe aplicarse dentro del catálogo que establece la ley adjetiva. Entonces, en primer lugar se deben explorar el reporte periódico ante una autoridad correspondiente, la prohibición de no salir de un determinado lugar o región, el no acercarse o comunicarse con la víctima, o no frecuentar determinados lugares o personas. Una vez se establezca que no son idóneas las medidas cautelares que dan al imputado/acusado una libertad bajo ciertas reglas, solo resta la aplicación de la detención provisional.

El estudio que debe hacer el juzgador es la ponderación de bienes en conflicto, libertad vs peligro, privación de libertad contra principio de inocencia. 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. De igual manera se debe estudiar la conducta del imputado ya sea por tener condenas vigentes, varias imputaciones, delitos de gravedad, etc. Decimos esto dado que, aun cuando nuestro derecho penal es de acto, no de autor, el legislador plasmó

en la ley la posibilidad de tomar este tipo de antecedentes al momento de decidir con relación a estas medidas instrumentales.

La detención provisional 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, en consecuencia, el mantener a un inocente en el penal es mucho más dañino y peligroso que dejar en libertad a un presunto culpable.

Los daños que sufre una persona en prisión -provisional- en innumerables ocasiones son irreparables, así mismo somos del criterio que no siempre ha de decretarse una medida cautelar personal. Habrá casos en que no se justifica su aplicación. Esta, 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, la Carta Constitucional y los pactos, tratados y convenios internacionales a los cuales pertenecemos.

Referencias Bibliográficas

- Benavente Chorres, H. (2015). *La Audiencia Inicial, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*. México D. F.: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
- Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro. (5 de 4 de 2016). *Jurisprudencia de la República de El Salvador; San Salvador*. Recuperado el 27 de 01 de 2021, de rebus sic satantibus: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2010-2019/2016/04/BB3B8.PDF>
- Código Procesal Penal de la República de Panamá. (2008). *Ley 63 de 28 de agosto de 2008*. Panamá, República de Panamá.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Informe sobre prisión preventiva*. Argentina. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm#_ftn1
- Constitución Política de la República de Panamá*. (2004). Panamá, República de Panamá: Sistemas Jurídicos, S. A.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. (1969). San José, Costa Rica: Rescatado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>.
- Correa, J. I. (3 de 2011). *Revista Sapientia*. Recuperado el 25 de 1 de 2021, de Órgano Judicial de la República de Panamá: <http://repositoriodigital.organojudicial.gob.pa/>
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. (26 de 12 de 2019). *Órgano Judicial de la República de Panamá*. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de <http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=65185&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ctodo&HitCount=6&hits=b3+b4+156e+156f+1591+1592+&SearchForm=c%3a%5cnetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Del Ríos Labarthe, G. (11 de 3 de 2014). *Aula Virtual del Poder Judicial*. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de Las Medidas de Coerción Personal: https://www.youtube.com/watch?v=U_D9EUoXo-g
- Nieva Fenoll, N. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Edisofer. S.L. & Editorial IBdeF.
- Reglas de Tokio*. (1990). Tokio: [De : https://www.ehu.eus/documents/1736829/2168716/13+-+Reglas+de+tokyo.pdf](https://www.ehu.eus/documents/1736829/2168716/13+-+Reglas+de+tokyo.pdf).
- Saéñz F, W. (junio de 1996). *Órgano Judicial de Panamá de la República de Panamá*. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de Ponencia del XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal Penal: <http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=23&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ccorte%5cponencias&HitCount=6&hits=60+61+62+63+64+65+&SearchForm=c%3a%5cnetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Tribunal Constitucional de la República del Perú. (2002). Caso Vicente Ignacio Silva Checa. Recuperado el 5 de 2 de 2021.
- Valadez, M. (2018). *Medidas Cautelares*. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V.

Mgtr. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Es nombrado juez de garantías en la provincia de Colón, con la entrada en vigor del Sistema Penal Acusatorio en el distrito de Panamá. Actualmente se desempeña como juez de garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá. Inicia en el Órgano Judicial de Panamá en el 2004, ocupando desde entonces todas las posiciones del llamado escalafón de la otrora carrera judicial. Posee maestría en Docencia Superior; Sistema Penal; Derecho

Penal y Derecho Procesal Penal, entre otros. Ha publicado varios artículos en esta Revista *Sapientia*. Obtuvo el 2do lugar en el primer concurso de ensayo jurídico de esta institución en el 2016. Autor de los libros: *El Juez de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio. Un coloquio doctrinal y jurisprudencial autopoieticamente necesario e ineludible...* (2020); y, *Procesos Disciplinarios ante El Ministerio de Educación* (2012).