



Doctrina Publicada en las Revistas
elaboradas por el Centro de Documentación Judicial

Autor

Ippolito, Franco

Título

La Detención Preventiva

Categoría

Constitucional

Contenido

1. Evolución histórica

1.1 El Período Liberal

En Italia, como en el resto de Europa, durante siglos ha dominado una concepción inquisitoria y autoritaria del Juicio Penal, entendido como instrumento de lucha al crimen y de defensa del Estado. Según esta visión, la detención preventiva del imputado en el ámbito de la dinámica del juicio constituía la “regla de conducta”, mientras que la libertad del imputado constituía la excepción.

Esta postura se justificaba y se fundamentaba en la identificación del imputado con el culpable y en una estrecha relación entre las finalidades cautelares y las finalidades punitivas de la detención, previa a la condena definitiva.

A lo largo de todo el siglo pasado costó que se impusiera, en la legislación y en la praxis vigentes en los tribunales, el pensamiento iluminista y, específicamente, el pensamiento de Cesare Beccaria, que, sin embargo, constituía un punto de referencia importante para la escuela penal liberal.

Beccaria no negaba, en un principio, la legitimidad de la captura y de la custodia preventiva del imputado, mas la amarraba a criterios rígidamente restrictivos:

“La privación de la libertad, siendo una pena, ... puede imponerse antes de la sentencia respectiva, sólo cuando el estado de necesidad lo requiera”;

“Esta custodia, siendo esencialmente penal, debe durar el menor tiempo posible y debe ser lo más humana posible”.

Francesco Carrara, desarrollando este pensamiento y rechazando cualquier presunción de culpabilidad a cargo del imputado, calificaba intrínsecamente de: “inmoral” y substancialmente de “injusta”, la

carcelación preventiva, considerándola “tolerable”, solamente dentro de los límites rigurosos, impuestos por la “necesidad procesal”. Esta postura encontró un primer importante reconocimiento legislativo en el Código Procesal Penal de 1913 (Código llamado: “Finocchiaro Aprile”, por el nombre de su autor). En la elaboración de dicho Código participó el ilustre constitucionalista Mortara, el cual, bajo el supuesto que: “nadie puede ser considerado culpable antes que una sentencia irrevocable así lo establezca”, sostuvo la necesidad de que la libertad personal del imputado “debería limitarse lo menos posible, es decir, sólo y estrictamente para evitar que la Justicia quedara defraudada en sus legítimos intereses, y nunca con la finalidad o con el propósito de impedir al acusado de demostrar, si lo pudiere, su propia inocencia”.

El criterio de “estricta necesidad” se aplicó, no sólo a los casos para los cuales se establecía la captura obligatoria, sino además, se consideró como la regla fundamental, para el instituto de la excarcelación por caducidad de los términos.

Se reconocía finalmente que la libertad del imputado podía restringirse sólo por períodos muy breves y que la detención preventiva tenía una función exclusivamente procesal y no una función represiva y ejemplarizante “ante iudicatum”.

Dicha reforma, por otro lado, fue afectada por una grave limitación, es decir, que podía aplicarse sólo en la fase instructoria: concluida la instrucción, la carcelación preventiva podía durar por tiempo indefinido.

1.2 El Código Fascista de 1931.

La ideología fascista transformó la relación: “Estado-Ciudadanos”, que la cultura liberal había esbozado y que había empezado tímidamente a ponerse en práctica. Los intereses colectivos, impersonados por el Estado fascista, tenían que prevalecer sobre los intereses individuales.

Brutalmente sincera y autoritaria fue la postura de Alfredo Rocco, Ministro de Justicia durante la dictadura de Benito de Mussolini y autor del Código Procesal Penal, el cual sostuvo la necesidad de rechazar “totalmente la absurda presunción de inocencia, que algunos quieren reconocerle al imputado”, considerándola “una extravagancia, que se deriva de aquellos viejos conceptos, florecidos después de la Revolución Francesa, que han llevado las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos”.

Según la “Relación sobre el Código”, que redactó el mismo Rocco, la disciplina de la libertad personal fue inspirada por “dos principios exquisitamente fascistas”...: “inflexible severidad para los que no se merecen ningún respeto; ... e iluminada humanidad para los que, debido a particulares condiciones personales o a circunstancias de facto, se merecen que se le reserve un trato más piadoso y equitativo”.

Más allá de las exigencias procesales, se evaluaba el diferente “peso” de los imputados: “los individuos - escribía Rocco- tienen un distinto valor moral y social, y algunos no valen nada, por lo cual sería incoherente, inmoral y antijurídico tratar a todos de la misma forma”.

Por lo tanto, en el Código fue introducido el uso masivo de la detención preventiva durante el proceso:

Fue ampliado el número de los casos a los cuales se les debería aplicar la captura y la detención obligatoria, estableciéndose una relación directa y automática, entre graves imputaciones y carcelación preventiva;

Fue rebajado el límite de la pena mínima, que consentía al juez tener la facultad de ordenar la captura, o de abstenerse de hacerlo;

Fue abrogado el instituto de la excarcelación por caducidad de los términos, considerada “aberrante e insidiosa”, por golpear “el interés público”, rechazándose así, la consideración de que es el juez el que ha omitido realizar con eficiencia y responsabilidad su propio deber. Por lo tanto, el precio de la inercia de los jueces y magistrados y las demoras procesales, que se deberían de atribuir a la maquinaria judicial, recaían injustamente en el imputado.

Para tener un cuadro realista del efectivo funcionamiento del sistema, es necesario tener presente, que el Fiscal (al cual se le reconocían poderes prácticamente idénticos a los que se otorgaban al Juez instructor de la causa) dependía del poder Ejecutivo¹.

1.3. La Constitución Republicana de 1948.

Como antítesis a la concepción autoritaria fascista, la Constitución Republicana de 1948 identifica en la “persona humana” el centro y el fin de su normación.

Art. 13.1. “la libertad personal es inviolable”. Art. 13.2. “No se admite forma alguna de detención, de inspección o de cateo, ni cualquier otra restricción de la libertad personal, a menos que provenga de un acto motivado de la autoridad judicial y exclusivamente en los casos previstos por la ley”.

Art. 27.2. “No se considera culpable al imputado, hasta la sentencia definitiva”.

La Constitución de 1948 vino, entonces, a derribar las estructuras del ordenamiento fascista, garantizándose así, la libertad del imputado durante el proceso, lo cual constituye la “regla”, mientras que, “sólo en forma excepcional”, en casos determinados y con específicas garantías legislativas y jurisdiccionales, el imputado puede ser privado de su libertad durante el desarrollo del juicio.

En base a dicha Constitución, se introdujeron además, la reserva de ley y la reserva de jurisdicción, permitiéndose, sin embargo, a la policía judicial la adopción de medidas provisionales en casos excepcionales de necesidad y de urgencia, determinados en forma taxativa por la ley. Dichas medidas extraordinarias deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, dentro de las 48 horas sucesivas a la captura, para que el juez las convalide dentro de las 48 horas subsiguientes. Faltando dicha convalidación, las medidas pierden eficacia y quedan anuladas (art. 13.3 de la Constitución).

Todo acto, que limite la libertad, deberá ser sustentado por su respectiva motivación judicial (art. 13.2 de la Constitución).

Además, se otorga el derecho de recurrir a la Casación en contra de todas las “medidas que coarten la libertad personal” (art. 111 n.2 de la Constitución).

Según el numeral 4 del art. 13 de la Constitución, está prohibido cualquier atentado a la integridad física y a la libertad moral de las personas, cuya libertad está de alguna forma restringida.

El numeral 5 del mismo artículo, establece también, “límites máximos para la detención preventiva”.

2. Finalidad de la detención preventiva

La doctrina constitucional vino creando algunas modificaciones en el ámbito de este ordenamiento.

Primeramente, se vino excluyendo toda dependencia del Ministerio Público de parte del Ejecutivo y, contemporáneamente, se concedieron a los Jueces del Ministerio Público, todas las garantías que se le otorgan al Juez de la causa.

Los dictámenes de la Corte Constitucional (instituida solamente en el año de 1956) introdujeron las garantías de defensa, también en la fase de la instructoria sumaria, conducida por el Ministerio Público y se establecieron límites máximos de carcelación preventiva.

Es necesario por otro lado, señalar el notable avance de la moderna cultura jurídica procesal-penalista, respecto a las posiciones más tradicionales, así como la valentía de muchas decisiones legislativas, que se vinieron dando a lo largo de la vida republicana, ajenas a las posturas liberales tradicionales, predominantes entre los estudiosos del juicio penal.

La doctrina jurídica, valorizando los nuevos principios constitucionales y las convenciones internacionales, aprobadas en Europa o en el ámbito de las Naciones Unidas, ha mantenido al centro del debate, la cuestión de las finalidades de la detención preventiva, haciendo hincapié, sobre todo, en su función instrumental y cautelar, en relación con el desarrollo y el resultado del proceso.

En la discusión sobre este tema se ha hecho muchas veces referencia al jurista Carrara, según el cual, la detención preventiva del imputado “es necesaria” : a) para permitirle al juez “interrogar al imputado en cualquier momento de la instrucción”; b) para alcanzar “la verdad, quitándole al imputado la posibilidad de sobornar o intimidar a los testigos, así como de destruir las huellas y las pruebas de su delito”; c) por razones de “seguridad, para que el imputado, estando pendiente el juicio, no siga realizando más delitos”; d) para asegurar la ejecución de la pena, “evitando así, que el reo se substraiga a la misma con la fuga”.

Según esta concepción, la detención preventiva, además de tener una función de “coerción procesal”, en relación con las necesidades de carácter instructorio de la disponibilidad del imputado y de preservación de la pureza de las pruebas, constituye también “una garantía para la ejecución de la pena”, en cuanto evita el peligro de fuga del imputado de cara a una eventual sentencia condenatoria. Por otro lado, dicha detención representa también, una “prevención inmediata en cuanto a la posible comisión de otros delitos de parte del imputado”.

Cabe señalar también, que, de esta forma, la detención preventiva logra la finalidad de “anticipar el efecto intimidatorio de la pena”, cuya función ejemplarizante, desanima al mismo autor del delito y a los ciudadanos en general, en cuanto a la realización de hechos antisociales.

Dicha concepción, que había encontrado desde siempre un terreno fértil en la cultura tradicional, vino reforzándose durante el largo período del terrorismo italiano.

En esa época se hizo un uso “simbólico” de la disciplina de la detención preventiva, con la finalidad de “dar seguridad a la colectividad”, presentándola como: “sedante social”, de cara a las alarmantes agresiones criminales, a las matanzas y a los actos de terrorismo, que las estructuras de seguridad del Estado no estaban en condición de prevenir y contrarrestar.

Se limitó fuertemente la posibilidad de conceder la libertad provisional y se aumentó hasta límites inaceptables (hasta 10 años con 8 meses) el tope máximo de carcelación preventiva antes de la sentencia definitiva.

Además, hay que recordar, que el uso de la detención preventiva ha mantenido una variabilidad periódica, en función sea de los recrudescimientos autoritarios sea de los ablandamientos más libertarios.

Esta situación se ha venido dando, en medio de los desbordamientos irracionales de la opinión pública, dividida entre el apoyo al respeto de los derechos humanos y la tendencia a promover la pena de muerte, según las emociones del momento y según las situaciones contingentes, caracterizadas por los más sonados e impactantes casos judiciales, que se estaban ventilando. (“Caso Valpreda”, “caso Tortora”, excarcelaciones de imputados “mafiosos”).

La cultura progresista, que más coherentemente ha utilizado el art. 27.2 de la Constitución (presunción de no culpabilidad del imputado) como parámetro de la legitimidad constitucional, en relación con las finalidades de la custodia preventiva, niega, en vez, que, entre dichas finalidades, pueda incluirse la “intimidación”, la “ejemplaridad” o el intento de apaciguar el alarmismo social, desatado por los hechos criminales.

La única finalidad, que una cultura de las garantías y de los derechos, puede asignarle a la detención preventiva - no a caso llamada también custodia cautelar - es aquella “instrumental”, que es necesaria para el buen desarrollo del juicio y que sirve para evitar el entorpecimiento del mismo.

De esta forma la carcelación preventiva constituye un instrumento para contrarrestar la peligrosidad procesal del imputado (no su peligrosidad criminal) y para garantizar también la ejecución de la eventual sentencia condenatoria (es necesaria entonces, para evitar la fuga del imputado).

Sin embargo, en la legislación secundaria, durante los años más dramáticos del terrorismo, fue introducido, como condición para la detención preventiva, el “particular estado de conmoción social”, causado por el delito, que se atribuye al imputado. Dicha política criminal sustancial (ajena a las finalidades procesales), tal como veremos después, ha influenciado también al nuevo Código Procesal Penal y está causando nuevamente muchas polémicas, con relación a los juicios por hechos de corrupción, en los campos: económico, político y administrativo.

3. El nuevo Código Procesal Penal

3.1 Características generales

El nuevo Código Procesal Penal ha entrado en vigencia el 24 de octubre de 1989 y ha sido aprobado en base al Decreto Ejecutivo (“Ley-delega”) del 16 /02/1987, n. 81, que, en su art. 2, establece, que dicho Código “debe desarrollar los principios de la Constitución y debe adecuarse a las normas de las convenciones internacionales, ratificadas por Italia en materia de los derechos y de las garantías de la persona, que deben aplicarse en el procedimiento penal. Por otro lado, esta característica del respeto a los Derechos Humanos está presente en el juicio penal a través del sistema acusatorio, según los principios y los criterios”, contenidos en las 105 disposiciones, que derivan de tal premisa.

Las principales características del sistema acusatorio, presentes en el nuevo Código son:

A) Separación bien definida, entre las funciones del Ministerio Público (titular de la acción penal y de las investigaciones preliminares) y la del Juez.

La figura del Ministerio Público se caracteriza por ser “parte” en el procedimiento, mientras que el Juez no debe involucrarse en absoluto en la fase de las indagaciones, para poder conservar integralmente su posición de “tercero”, es decir, de imparcialidad.

Ha sido, por lo tanto, suprimido el Juez Instructor, que en el Código anterior, (abrogado), era el órgano

titular de la instructoria formal.

Ha sido creado el G.I.P. (Juez para las Investigaciones Preliminares), que no realiza investigaciones, sino más bien, tiene una función de garantías para el imputado y de control de las actuaciones del Ministerio Público, sobre todo por lo que concierne el respeto del mandato constitucional contenido en el artículo 112 de la Carta Constitucional (obligación de la acción penal).

B) El Ministerio Público, titular y responsable de las investigaciones preliminares, puede ordenar cateos y secuestros, sin embargo, no tiene la facultad de tomar decisiones en materia de libertad personal.

El Ministerio Público sigue siendo un magistrado, que hace parte del sistema judicial, en cuanto no es un funcionario del Órgano Ejecutivo; más bien se constituye como un órgano independiente, al servicio de la comunidad, con la obligación de ejercer imparcialmente la acción penal, respecto a todos los ciudadanos. Sus poderes han sido, sin embargo, claramente limitados, por cuanto concierne a su facultad de incidir en la libertad personal del indiciado.

Todos sus requerimientos deben dirigirse al G.I.P. (Juez para las Investigaciones Preliminares), el cual debe intervenir, cuando necesita decidir en materia de libertad y dictamina sobre el requerimiento del Ministerio Público, en cuanto a admitir o no, las medidas personales cautelares.

Estas medidas pueden ser:

Coercitivas: custodia preventiva, arrestos domiciliarios, prohibición de expatriar, obligación de presentarse a la policía judicial, residencia obligada (arts. 280-286);

Prohibitivas: suspensión del ejercicio de la patria potestad, suspensión del ejercicio de cargos públicos, prohibición temporal de ejercer determinadas actividades profesionales o empresariales (Arts. 287-290).

En cuanto a las medidas preventivas (solicitadas por el Ministerio Público), el Juez deberá utilizar los criterios de adecuación y de proporcionalidad, tomando en cuenta “la específica idoneidad de cada una, en relación con la naturaleza y el grado de las necesidades cautelares, que requiere el caso concreto” (art. 275 numeral 1). “La custodia preventiva puede disponerse solamente, cuando toda otra medida resulte inadecuada” (art. 275 numeral 2).

El Ministerio Público y la policía judicial conservan, sin embargo, algunas facultades en situaciones de emergencia: es decir, el poder de mantener detenida a la persona fuertemente indiciada de un delito (delito sancionado con cadena perpetua o con reclusión, no inferior a un mínimo de dos años y superior a un máximo de seis años o de un delito, relacionado con armas de guerra y explosivos) “cuando subsisten elementos específicos, que hacen considerar como fundamentado, el peligro de fuga” (art. 384).

La policía judicial dispone de la misma facultad antes de que el Ministerio Público haya asumido la dirección de las investigaciones o cuando el indiciado se encuentre próximo a la fuga y falte el tiempo necesario para esperar la intervención del Ministerio Público.

La policía judicial, además, tiene el poder de detener a quien se encuentre sorprendido “in fraganti”. En algunos casos, la detención es obligatoria (para delitos penados con detención, no inferior a un mínimo de cinco años o superior a un máximo de veinte años y para otros delitos específicamente determinados - art. 380), en otros casos es facultativa (delitos dolosos, castigados con la detención mayor de tres años, delitos culposos, con reclusión no inferior a un máximo de cinco años, además de

algunos otros delitos específicamente enumerados).

Dentro de las 48 horas posteriores al arresto, el Ministerio Público, si no ordena la liberación del detenido, necesita de la convalidación de parte del G.I.P. a cuya jurisdicción pertenece el lugar en que se ha ocasionado el arresto. Cuando falte dicha convalidación, el arresto se vuelve ineficaz.

Dentro de las 48 horas subsiguientes, el G.I.P. determina y preside la audiencia de convalidación, en Cámara de Consejo, con la participación necesaria del defensor del arrestado.

La convalidación tiene como finalidad, verificar la legitimidad de la actuación de la autoridad, que ha procedido al arresto, sin embargo, no legitima el seguimiento de la detención. Para tal finalidad, en los casos que lo ameritan, el G.I.P., por solicitud del Ministerio Público, autoriza la aplicación de las medidas preventivas.

3.2 Presupuestos de las limitaciones de la libertad personal.

El criterio inspirador del Código ha sido la presunción de no culpabilidad del imputado, hasta el momento de la condena definitiva (art. 27 de la Constitución). Esta es la versión italiana de la presunción de inocencia, establecida en el art. 6 de la “Convención europea para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales” (1950 - ratificada por Italia, en 1955) y por el artículo 14 del “Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos” (ONU 1966 - ratificada por Italia en 1978).

Ha sido entonces suprimido el instituto de la “libertad provisional”, que existía en el sistema anterior. Es decir, que en un juicio penal, inspirado por las garantías fundamentales de la persona, antes de la declaración irrevocable de responsabilidad penal, sólo la custodia carcelaria puede ser provisional, jamás puede serlo el estado de libertad.

La condición general de aplicación de cualquier medida cautelar está determinada por el artículo 273.1:

“Nadie puede ser sometido a medidas cautelares, si en su contra no subsisten graves indicios de culpabilidad”.

Según la jurisprudencia que se ha venido conformando en estos cuatro años, los indicios pueden definirse “graves”, cuando - aún no presentando el mismo grado de certeza y de contundencia de las pruebas necesarias para la condena - hacen presumir, que el delito ha sido efectivamente cometido y que del mismo es culpable la persona sometida a las medidas cautelares.

Art. 273.2 - “No puede aplicarse alguna medida, si resulta que el hecho ha sido realizado en presencia de una circunstancia que implique la no culpabilidad o si subsisten causas de extinción del delito o de la pena”.

Además de la existencia de indicios graves de culpabilidad, es necesaria la presencia de una de las siguientes situaciones específicas para que se admitan las medidas cautelares (art. 274):

- a) Peligro concreto para la adquisición o la conservación de la prueba;
- b) Peligro concreto de fuga del indiciado;
- c) Peligro concreto de que el indiciado realice delitos graves, con uso de armas o de otros medios de violencia personal en contra del orden constituido; peligro concreto de que se realicen delitos graves de parte del crimen organizado; peligro concreto de que se cometan delitos análogos o similares al que se está persiguiendo.

4. LAS POLEMICAS ACTUALES

En cuanto a esta última exigencia cautelar, se han desatado últimamente las más encendidas polémicas y existen fuertes presiones de parte de algunos sectores políticos y parlamentarios, que abogan por otra reforma inmediata de las normas procesales.

Prescindiendo por el momento, de los intereses de los políticos, acusados de graves delitos de corrupción, vale la pena recordar que, intelectuales prestigiosos e intachables, han evidenciado que la presunción de inocencia del imputado niega la “concepción de la custodia preventiva, como prevención especial: es decir, como medida de seguridad (measure de sureté), fundada en un juicio de peligrosidad, que postule la culpabilidad del imputado” (Amodio).

Se subraya, que la detención cautelar por razones de defensa social, basada en el diagnóstico de recidiva, presupone la culpabilidad del imputado: la peligrosidad se fundamenta en la supuesta culpabilidad por el delito que se le atribuye, mucho antes de la sentencia definitiva. “Se teme evidentemente que, el imputado, por haber anteriormente realizado un hecho delictivo, pueda volver a reincidir, y, por lo tanto, se toman medidas cautelares, en función de dicho riesgo, por medio de una detención exclusivamente destinada a garantizar la seguridad” (Grevi).

Otros juristas han observado que el hecho de asignar a la “custodia cautelar” también la finalidad de prevenir la realización de futuros delitos, transforma dicho instrumento judicial, en una medida de prevención de policía.

Sin embargo, se ha comentado a este respecto, que una concepción tendiente a salvaguardar las garantías del Estado de Derecho, no puede buscar solamente la pureza del sistema procesal, desinteresándose de lo que, afuera del procedimiento penal, sucede en el sistema de prevención policial.

Por otro lado, la necesidad de impedir al imputado la realización de delitos, cometidos para obstaculizar el proceso, hace parte seguramente de las medidas cautelares, propias, de un procedimiento inspirado en el respeto de los derechos humanos.

Se trata indudablemente, de asuntos difíciles, que conllevan la existencia de la delicada problemática de las garantías de los derechos de las personas y que se relacionan con la funcionalidad y la eficiencia de las investigaciones judiciales. Por lo tanto, se debe enfrentar con la máxima racionalidad esta temática fuera de toda sugestión emocional, por encima de polémicas amargadas y de influencias corporativas, que expresan muchos gremios profesionales (magistrados, abogados y también - por lo menos en Italia - políticos de profesión).

Solamente así es posible intervenir con equilibrio, eficacia y capacidad, para conjugar entre sí los diferentes requerimientos que deben tomarse en cuenta, en un sistema procesal equitativo.

¹ El Fiscal es el representante del poder ejecutivo ante la autoridad judicial y pertenece a la jurisdicción del Ministro de Justicia” (Art. 77 R.D. del 30/12/1923 n. 2786 ordenamiento judicial).