



SUMARIO EJECUTIVO

Guías sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención

SÉRIE FAZENDO JUSTIÇA

COLECCIÓN FORTALECIMIENTO DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN

**SUMARIO
EJECUTIVO**

Guías sobre Toma
de Decisión en la
Audiencia de Control
de Detención

SUMARIO EJECUTIVO

Guías sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención

ISBN: 978-65-5972-517-5



La versión completa de la **Guía sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención: Parámetros Generales** puede ser accedida por el código QR al lado



La versión completa de la **Guía sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención: Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos** puede ser accedida por el código QR al lado

Coordinación Serie Fazendo Justiça

Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Natalia Albuquerque Dino de Castro e Costa
Renata Chiarinelli Laurino
Valdirene Daufemback
Talles Andrade de Souza
Débora Neto Zampier

Ficha Técnica

Elaboración

Luciano Nunes Ribeiro

Tatiany dos Santos Fonseca
Vinícius Couto

Basado en los Manuales preparados por
Maíra Rocha Machado

Revisión

David Alamos Martinez
Janaina Camelo Homerin
Luis Gustavo Cardoso
Marina Lacerda e Silva
Sandra Patricia Ramirez Montes

Supervisión general

Marina Lacerda e Silva
Rafael Barreto Souza
Luis Gustavo Cardoso

Colaboración

Ana Luíza Bandeira
Ana Paula Nunes
Daniela Dora Eilberg
Flora Moara Lima
Igo Gabriel dos Santos Ribeiro
Iuri de Castro Torres
Luis Gustavo Cardoso
Mariana Cretton
Marília Mundim da Costa
Nara Denilse Araújo

Diagramación

Diego Santos

Soporte técnico para traducción y diagramación

Bié Tradução de Línguas e Eventos Eireli

Traducción del portugués al español

Angela de Almeida Pontes

Presentación

La Constitución brasileña fundamenta nuestras aspiraciones como sociedad fundada en el estado democrático de derecho al mismo tiempo en que fomenta el avance social con respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad humana. En ese sentido, las instituciones y especialmente la Justicia, como la guardiana de nuestra Carta Magna en última instancia, tienen el deber indeleble de velar para que nuestras acciones indiquen para esa orientación civilizatoria, no solamente rechazando desvíos, sino accionando ya, para transformar el presente que anhelamos.

En 2015, el Supremo Tribunal Federal reconoció que casi 1 millón de brasileños viven al margen de la ley máxima del país dentro de nuestras cárceles, con efectos nefastos para el grado de desarrollo inclusivo al cual nos comprometemos por medio de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. Es para la superación definitiva de ese escenario que trabaja el Programa Fazendo Justiça, alianza entre el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con el apoyo del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, en la figura del Departamento Penitenciario Nacional.

Aunque con la pandemia de la Covid-19, el Programa realiza entregas estructurantes desde la colaboración y desde el diálogo entre distintas instituciones en todo el espectro federativo. Son 28 acciones que se desarrollan simultáneamente para las etapas y las necesidades del ciclo penal y del ciclo socio-educativo, que incluyen la facilitación de servicios, el refuerzo a la estructura normativa y la producción y la difusión de conocimientos. Es en el contexto de ese último objetivo que se inserta la presente publicación, ahora parte integrante de un robusto catálogo que reúne avanzado conocimiento técnico en el campo de la responsabilización y de la garantía de derechos, con la orientación práctica para aplicación inmediata en todo el país.

El volumen integra la colección Fortalecimiento de la Audiencia de Control de Detención, que se elaboró por el eje de Proporcionalidad Penal del Programa Fazendo Justiça (Eje 1) para racionalizar la puerta de entrada del sistema carcelario, conforme parámetros nacionales e internacionales, a la luz de la Resolución CNJ nº 213/2015 y los recientes cambios en el Código de Proceso Penal brasileño. Desde la alianza con el PNUD y con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el CNJ fomenta la legalidad de las detenciones, la proporcionalidad en las respuestas penales y la inclusión social, con el objetivo de la reducción de la superpoblación y hacinamiento carcelario.

Este Sumario Ejecutivo presenta el esencial de la **Guía sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención: Parámetros Generales y de la Guía sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención: Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos**, publicadas conjuntamente en 2020. Las publicaciones buscan contribuir para la plena realización de las audiencias de control de detención de forma global, con énfasis en la evaluación de la legalidad de la detención, en la adopción de alternativas penales, en el carácter excepcional de la privación de libertad, así como en las diversas formas de vulnerabilidad que marcan socialmente a las personas detenidas. Este sumario, también, presenta desafíos y potencialidades para la actuación judicial delante de tipos penales recurrentes en las flagrancias que llevan a la audiencia de control de detención: el hurto, el robo y el tráfico de drogas.

Luiz Fux

Presidente del Supremo Tribunal Federal y del Consejo Nacional de Justicia

CNJ (Consejo Nacional de Justicia)

Presidente: Ministro Luiz Fux

Corregidor Nacional de Justicia: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Consejeros

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Tânia Regina Silva Reckziegel

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Ivana Farina Navarrete Pena

Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

André Luis Guimarães Godinho

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Sidney Pessoa Madruga

Mário Henrique Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia

Secretario-General: Valter Shuenquener de Araujo

Secretario Especial de Programas, Investigaciones y Gestión Estrategia: Marcus Livio Gomes

Director-General: Johanness Eck

Supervisor DMF/CNJ: Consejo Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro

Juez Auxiliar de la Presidencia y Coordinador DMF/CNJ: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juez Auxiliar de la Presidencia – DMF/CNJ: Antonio Carlos de Castro Neves Tavares

Juez Auxiliar de la Presidencia – DMF/CNJ: Carlos Gustavo Vianna Direito

Juez Auxiliar de la Presidencia – DMF/CNJ: Fernando Pessôa da Silveira Mello

Juez Auxiliar de la Presidencia – DMF/CNJ: Walter Godoy dos Santos Júnior

Directora Ejecutiva DMF/CNJ: Natalia Albuquerque Dino de Castro e Costa

Jefe de Gabinete DMF/CNJ: Renata Chiarinelli Laurino

MJSP (Ministerio de Justicia y Seguridad Pública)

Ministro de Justicia y Seguridad Pública: Anderson Gustavo Torres

Depen – Directora-General: Tânia Maria Matos Ferreira Fogaça

Depen - Director de Políticas Penitenciarias: Sandro Abel Sousa Barradas

PNUD BRASIL (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo)

Representante-Residente: Katyna Argueta

Representante-Residente Adjunto: Carlos Arboleda

Representante-Residente Asistente y Coordinadora del Área Programática: Maristela Baioni

Coordinadora da Unidad de Paz y Gobernanza: Moema Freire

Coordinadora-General (equipo técnico): Valdirene Daufemback

Coordinador-Adjunto (equipo técnico): Talles Andrade de Souza

Coordinación Eje 1 (equipo técnico): Fabiana de Lime Leite

Coordinador-Adjunto Eje 1 (equipo técnico): Rafael Barreto Souza

UNODC (Oficina de Las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito)

Directora de la Oficina de Enlace y Alianza de UNODC en Brasil: Elena Abbati

Coordinador de la Unidad de Estado de Derecho: Nivio Nascimento

Asesor de Coordinación: Igo Gabriel dos Santos Ribeiro

Supervisora Jurídica: Marina Lacerda e Silva

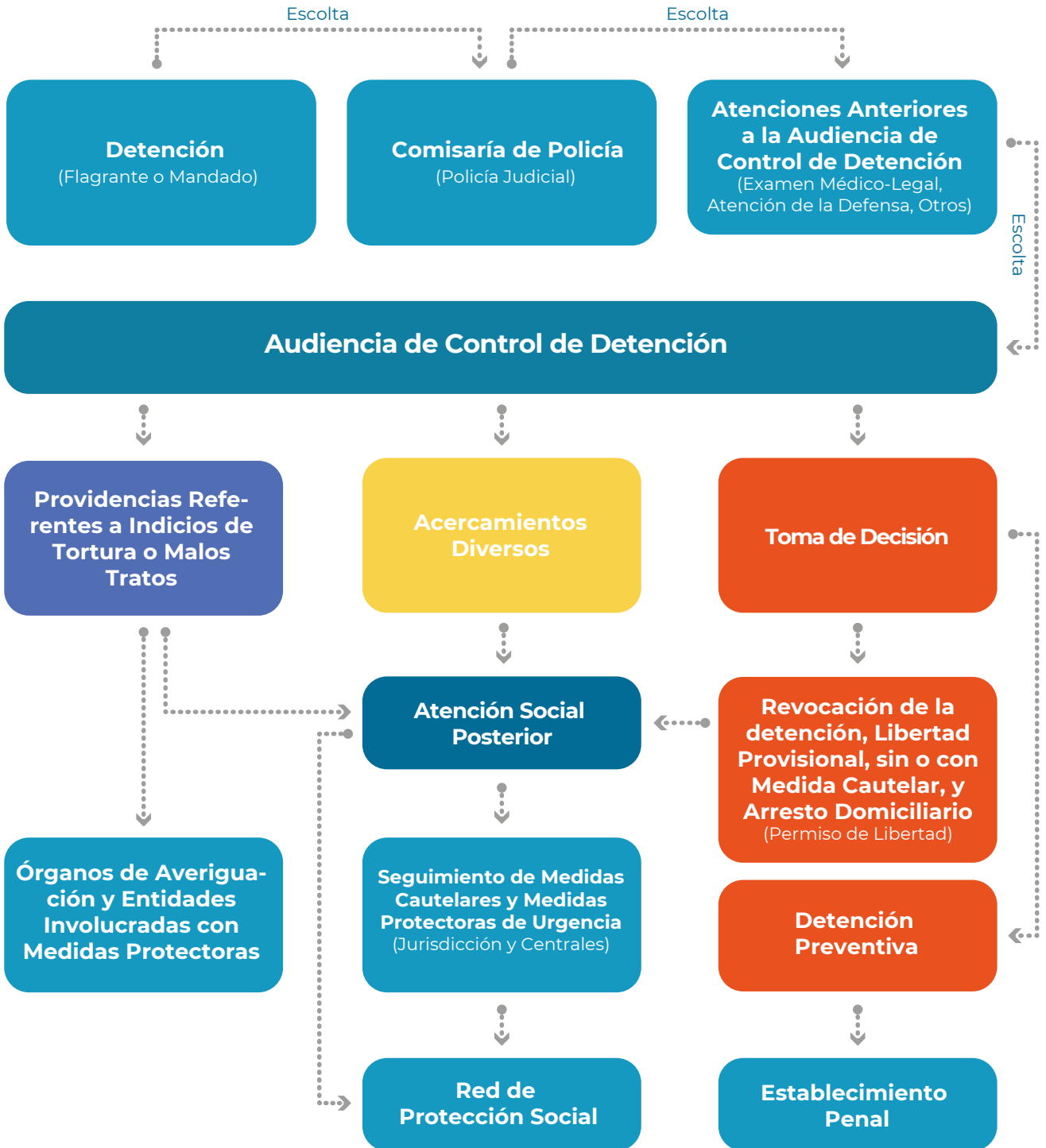
Supervisora de Protección Social: Nara Denilse de Araújo

Supervisor de Datos y Información: Vinicius Assis Couto

SUMARIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| 1. PARAMETRIZACIÓN JURÍDICA | 11 |
| 2. EL PROCESO DECISORIO EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN EN CINCO ETAPAS | 14 |
| ETAPA 0 | 15 |
| Subsanación de irregularidades de los autos | 15 |
| ETAPA 1 | 17 |
| Certificar la legalidad y la regularidad de la flagrancia | 17 |
| ETAPA 2 | 21 |
| Adecuación típica con base en los autos y en la entrevista: mantener o alterar la adecuación típica realizada y, si es el caso, reconocer la atipicidad material y/o excluyente de la adecuación típica | |
| ETAPA 3 | 25 |
| En caso de acreditada la flagrancia y de la adecuada adecuación típica, se debe certificar la necesidad de imponer alguna medida cautelar | |
| En caso de acreditada la flagrancia y de la adecuación típica, así como la existencia de elementos robustos que indiquen la necesidad de aplicación de alguna medida cautelar: adecuación de las medidas necesarias | 28 |
| ETAPA 4 | 28 |
| PARTE 1: Decidir sobre la adecuación de la medida cautelar a partir de tres criterios..... | 28 |
| PARTE 2: ¿Cuál es la medida cautelar que debe ser impuesta a esa persona? O ¿qué acciones se deben tomar en relación con esa persona?..... | 33 |
| ETAPA 5 | 38 |
| Detención provisional – la medida más excepcional | |
| 3. PARAMETRIZACIÓN ESPECÍFICA PARA PERFILES DE PERSONAS DETENIDAS | 42 |
| EMBARAZO Y MATERNIDAD | 42 |
| PADRES Y DEMÁS RESPONSABLES POR DEPENDIENTES | 43 |
| PERSONAS LGBTQI+ | 44 |
| PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE Y EN SITUACIÓN DE EXTREMA VULNERABILIDAD | 44 |
| MIGRANTES | 45 |
| PERSONAS CON ENFERMEDADES GRAVES Y OTRAS CUESTIONES DE SALUD | 46 |
| PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA | 47 |
| PERSONAS CON TRASTORNOS ASOCIADOS AL USO DE DROGAS | 47 |
| INDÍGENAS | 47 |

FLUJOGRAMA GENERAL DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN



● Medidas Judiciales y No Judiciales

● Medidas No Judiciales

● Decisión Judicial

Este Sumario Ejecutivo se compone de un conjunto de acciones originadas en el Proyecto de Fortalecimiento de las Audiencias de Control de Detención, implementado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) en el ámbito del Programa Fazendo Justiça, una iniciativa del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) en alianza con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN). Para el fortalecimiento de la audiencia de control de detención, el Programa desarrolla una acción nacional en colaboración con la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC).

Su finalidad es difundir y divulgar, en el ámbito nacional e internacional, el contenido de la **Guía sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención: Parámetros Generales**¹ y de la **Guía sobre Toma de Decisión en la Audiencia de Control de Detención: Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos**², de la colección Fortalecimiento de la Audiencia de Control de Detención, que sistematiza esfuerzos y resultados del Programa Justiça Presente, desarrollado entre 2019 y 2020 y cuyas iniciativas, desde entonces, siguen siendo desarrolladas, ampliadas y profundizadas por el Programa Fazendo Justiça, con importante enfoque para el Fortalecimiento de las Audiencias de Control de Detención.

Audiencia de control de detención³ es el acto en que la persona detenida es presentada ante órgano judicial para que se decida sobre la legalidad de la detención, la necesidad de medidas cautelares, para que recoja indicios de tortura o malos tratos que se hayan cometidos contra la persona detenida y promueva acercamientos con órganos que se encargan de la protección social. Su fundamento se halla en el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Código de Proceso Penal y en las resoluciones del CNJ, de entre las cuales se destaca la Resolución nº 213/2015.

Las guías constituyen material altamente cualificado y actualizado, que trata, de manera amplia y detallada, de los servicios públicos y de los tópicos más relevantes para la audiencia de control de detención: la toma de decisión judicial, la protección social, la prevención y el combate a la tortura, y el uso de esposas y otros instrumentos de contención, de acuerdo con los parámetros nacionales e internacionales.

1 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_juridico_1-web.pdf

2 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_juridico_2-web.pdf

3 En Brasil es denominada audiencia de custodia, y en otros sistemas de la región también denominada audiencia de legalización de captura, o audiencia de imposición de medida de aseguramiento, o audiencia de imposición de medida personal cautelar, o audiencia de detención personal preventiva.

Delante de los desafíos que la realidad impone, este Sumario Ejecutivo es una invitación para conocer los nuevos parámetros de la audiencia de control de detención y acompañar su fortalecimiento institucional y su establecimiento definitivo como un instituto capaz de garantizar las salvaguardias del debido proceso legal y los derechos de las personas sometidas a la custodia del Estado.

La parametrización del proceso de toma de decisión en la audiencia de control de detención propuesta se organiza en cinco etapas e indica decisiones consistentes con los objetivos y valores de la Resolución CNJ nº 213/2015 y sus protocolos. Los parámetros enfatizan los casos de detención en delito flagrante, pero pueden ser aplicados, en el caso que sea necesario, a las audiencias realizadas por mandatos de detención cautelar o definitiva.

Esta publicación, también, presenta parámetros específicos para decisiones relativas a los delitos de hurto, robo y tráfico de drogas, responsables del 53% de los casos llevados a las audiencias de control de detención⁴, y relativas a nueve grupos específicos: (i) madres y embarazadas; (ii) padres y demás responsables; (iii) personas LGBTQI+; (iv) personas en situación de calle y en situación de extrema vulnerabilidad; (v) migrantes; (vi) personas con enfermedades graves y otras cuestiones de salud; (vii) personas con discapacidad auditiva; (viii) personas con trastornos asociados al uso de drogas e indígenas.

Para estructurar el proceso decisorio e identificar las etapas y las grandes cuestiones que organizan cada una de ellas, este documento se apoya en decisiones recogidas por el equipo del Proyecto, con actuación en todo el territorio brasileño. El instrumento de recogida buscó acceder a los estándares decisorios recientes (referentes al año de 2019) y ya existentes en el país, las trabas cognitivas y operativas, así como las soluciones y estrategias jurídicas utilizadas por la magistratura brasileña para tomar decisiones consistentes con la Resolución CNJ nº 213/2015. El tratamiento del material reveló medidas cautelares no previstas, previsiones de detención automática de las personas que no cumplan las medidas cautelares que les sean determinadas por la Justicia, competencias y procedimientos no previstos en el marco normativo y, todavía, sin consulta de las condiciones socio económicas de la persona a la que se le impone la aplicación de las condiciones de la fianza de modo autónomo. A pesar de eso, la propuesta de la Guía se apoya en el conjunto de decisiones compatibles con el marco normativo en vigor.

4 De acuerdo con la investigación, las acusaciones más frecuentes son por robo (el 22,1%), tráfico de drogas (el 16,9%) y hurto (el 14%). FORO BRASILEÑO DE SEGURIDAD PÚBLICA. Informe Analítico Propositivo. Justicia Investigación - Derechos y Garantías Fundamentales: Audiencia de control de detención, detención provisional y medidas cautelares: obstáculos institucionales e ideológicos a la efectuaración de la libertad como regla. Brasília: Consejo Nacional de Justicia, 2018. Disponible en el sitio: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_CNJ_2018.pdf

1. PARAMETRIZACIÓN JURÍDICA

La idea motriz de cada etapa del proceso decisorio es la valoración de la independencia judicial. Tal como propuesta, la parametrización es para la magistratura, para ampliar el papel que desempeña en la gestión y en el enfrentamiento de problemas sociales llevados cotidianamente a los tribunales, y, finalmente, para cualificar y fortalecer la posición del Poder Judicial.

Es fundamental que la actuación de la magistratura se diferencie de la actuación de las policías y del Ministerio Público. Para eso, el juez o la jueza debe reconocer su papel de control (y no de sello) del contenido del auto de detención en delito flagrante, maximizando lo que la audiencia de control de detención suministra – la presencia de la persona detenida, garantizando la realización plena de las etapas involucradas en la audiencia de control de detención.

Antes de analizar las etapas del proceso decisorio, cabe presentar de manera introductoria los delitos de hurto, robo y tráfico de drogas, los delitos más recurrentes en las audiencias de control de detención. En el transcurrir de las etapas, los parámetros sobre tales delitos serán presentados de manera específica.

HURTO (ART. 155, CP)

- El art. 155 del Código Penal⁵ brasileño prevé, como Delito de “hurto simple” la acción de “sustraer, para sí o para otros, cosa mueble ajena”, con condena de uno a cuatro años de reclusión y multa, aumentando en 1/3 si es realizado en el período nocturno. Si el acusado es primario y el bien sustraído es de “pequeño valor”, el hurto será considerado “**privilegiado**”, siendo posible reducir hasta en 2/3 o aplicar solamente la multa (§2). Además, aleja la posibilidad de decretar detención preventiva en el supuesto de una condena inferior a 4 años de prisión.

5 BRASIL. Decreto-Ley nº 2.848, del 7 de diciembre de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, DOU del 31.12.1940. 1940. Disponible en el sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

- De acuerdo con la recopilación realizada en 2017⁶, de las 726.354 personas detenidas, 234.866 (el 32%) fueron condenadas o esperan ser juzgadas por delitos contra el patrimonio. De esas, 29.737 responden por hurto simple y 31.378 por hurto cualificado (art. 155, §§ 4º y 5º, CP).
- Por ser un delito contra el patrimonio, con frecuencia es asociado a personas en situación de **extrema vulnerabilidad**, personas en situación de calle y de bajos ingresos. Por eso, las audiencias de control de detención pueden y deben cumplir papel central en la conexión con la red de **protección social**. Es importante que no ocurra la criminalización de la pobreza delante de situaciones como falta de dirección fija, documentos personales y trabajo regular.

ROBO (ART. 157, CP)

- El robo está previsto en el art. 157 del Código Penal como el acto de “sustraer cosa mueble ajena, para sí o para otros, mediante grave amenaza o violencia a la persona, o después de haberla, por cualquier medio, reducido a la imposibilidad de resistencia”, bajo condena de reclusión de cuatro a diez años, con multa. Incurrir en la misma condena quien, luego después de sustraer la cosa, emplea grave amenaza o violencia contra persona para asegurar la impunidad del delito o la posesión de la cosa (§1º)⁷.
- De acuerdo con la recopilación realizada en 2017, 42.987 personas estaban detenidas – con condena o detenidas provisionalmente por robo simple (art. 157), y 93.461 por robo cualificado (art. 157, § 2º). Sumadas las cantidades, el robo representa el 26,2% de las incidencias penales⁸.

6 BRASIL. Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Departamento Penitenciario Nacional - DEPEN. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017. p. 87. Disponible en el sitio: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Accedido el 10 sept. 2019.

7 La condena aumenta de un tercio hasta la mitad, en los términos del § 2º, en casos de concurso de personas (inciso II), si la víctima está en servicio de transporte de valores y el agente conoce tal circunstancia (inciso III), si la sustracción es de vehículo automotor que venga a ser transportado para otro Estado o para el exterior (inciso IV), si el agente mantiene la víctima en su poder, restringiendo su libertad (inciso V), si la sustracción es de substancias explosivas o de accesorios que, conjunta o aisladamente, posibiliten su fabricación, montaje o empleo (inciso VI), si la violencia o grave amenaza es ejercida con empleo de arma blanca (inciso VII). El aumento pasa a ser de dos tercios (§ 2º-A) si la violencia o amenaza es ejercida con empleo de arma de fuego (inciso I), o si hay destrucción o rompimiento de obstáculo mediante el empleo de explosivo o de artefacto análogo que cause peligro común (inciso II). Si la violencia o grave amenaza es ejercida con empleo de arma de fuego de uso restringido o prohibido, se aplica en doble la condena (§ 2º-B). Por fin, si de la violencia resulta lesión corporal grave, la condena es de reclusión de 7 a 18 años más multa (§ 3º, I), y si resulta muerte, la condena es de reclusión de 20 a 30 años, y multa.

8 BRASIL. Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Departamento Penitenciario Nacional - DEPEN. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017. p. 87. Disponible en el sitio: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Accedido el 10 sept. 2019.

TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, LEY N° 11.343/2006)

- El delito de tráfico de drogas está previsto en el art. 33 de la Ley ° 11.343/2006⁹, estableciendo una pena de 5 a 15 años de prisión a quien “importe, exporte, remita, prepare, produzca, fabrique, adquiera, venda, ponga a la venta, ofrezca, tenga en depósito, transporte, traiga consigo, guarde, prescriba, suministre, entregue para consumo o suministre drogas, aunque sea gratuitamente, sin autorización o en contravía de determinación legal o reglamentaria”. El § 4° prevé la posibilidad de **reducción de 1/6 a 1/3** de la pena en el caso que el agente **sea primario**, tenga buenos antecedentes, **no se dedique a las actividades delictivas y no sea parte de una organización criminal**. Es el “**tráfico privilegiado**”, que, cuando reconocido, implica reducción de la condena e indica la posibilidad, desde el análisis de otros requisitos legales, de aplicación de condena restrictiva de derechos en sustitución a la privación de libertad.
- Tal delito es atribuido al 28% de la población detenida¹⁰. En el caso de las mujeres, representa el 62% de la población carcelaria¹¹, demandando un tratamiento especial en la presente publicación.

9 BRASIL. Ley n° 11.343, del 23 de agosto de 2006. DOU del 24.08.2006. Brasília: 2006. Disponible en el sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

10 BRASIL. Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Departamento Penitenciario Nacional - DEPEN. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017. p. 87. Disponible en el sitio: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Accedido el 10 sept. 2019.

11 BRASIL. Departamento Penitenciario Nacional - DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres - 2ª edição. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.

2. EL PROCESO DECISORIO EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN EN CINCO ETAPAS

GARANTÍAS VINCULADAS A LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN

Antes del inicio de la audiencia de control de detención, algunos elementos deben ser previstos:

1. Garantías básicas e insumos de urgencias

- alimentación adecuada y agua potable;
- insumos de urgencias, abarcando vestimenta apropiada, calzados, absolventes íntimos y acceso a baño o aseo;
- adecuación de la temperatura de la sala de audiencia;
- guarda y posterior devolución de pertenencias y ropas a la persona detenida;
- medios para asegurar el transporte después de la audiencia.

2. Atención social previa la audiencia de control de detención

- Conforme a la **Guía de Protección Social en Audiencia de Control de Detención: Parámetros para el Servicio de Atención a la Persona Detenida**¹², realizado por el Servicio de Atención a la Persona Detenida, donde haya;
- **Uso excepcional de esposas** (en conformidad con la Súmula Vinculante n° 11 del Supremo Tribunal Federal – STF y con la **Guía sobre Esposas y Otros Instrumentos de Contención en Audiencias Judiciales**¹³); y
- **Prohibición de la presencia** de los agentes policiales responsables por la detención o por la investigación durante la audiencia de control de detención (art. 4º, párrafo único, Res. n° 213/2015).

Recibido el auto de detención en delito flagrante la autoridad judicial debe, en un primer momento, **analizar los aspectos formales de la flagrancia**, contenidos en el art. 302 del CPP, así como todo el procedimiento de elaboración de los autos, desde el mo-

12 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_protecao_social-web.pdf

13 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Manual_de_algemas-web.pdf

mento de la detención hasta la conducción a la unidad judicial, incluyendo aspectos materiales y garantías de la flagrancia, homologándolo en caso de legalidad y revocándolo en los casos de ilegalidad (art. 310 del CPP).

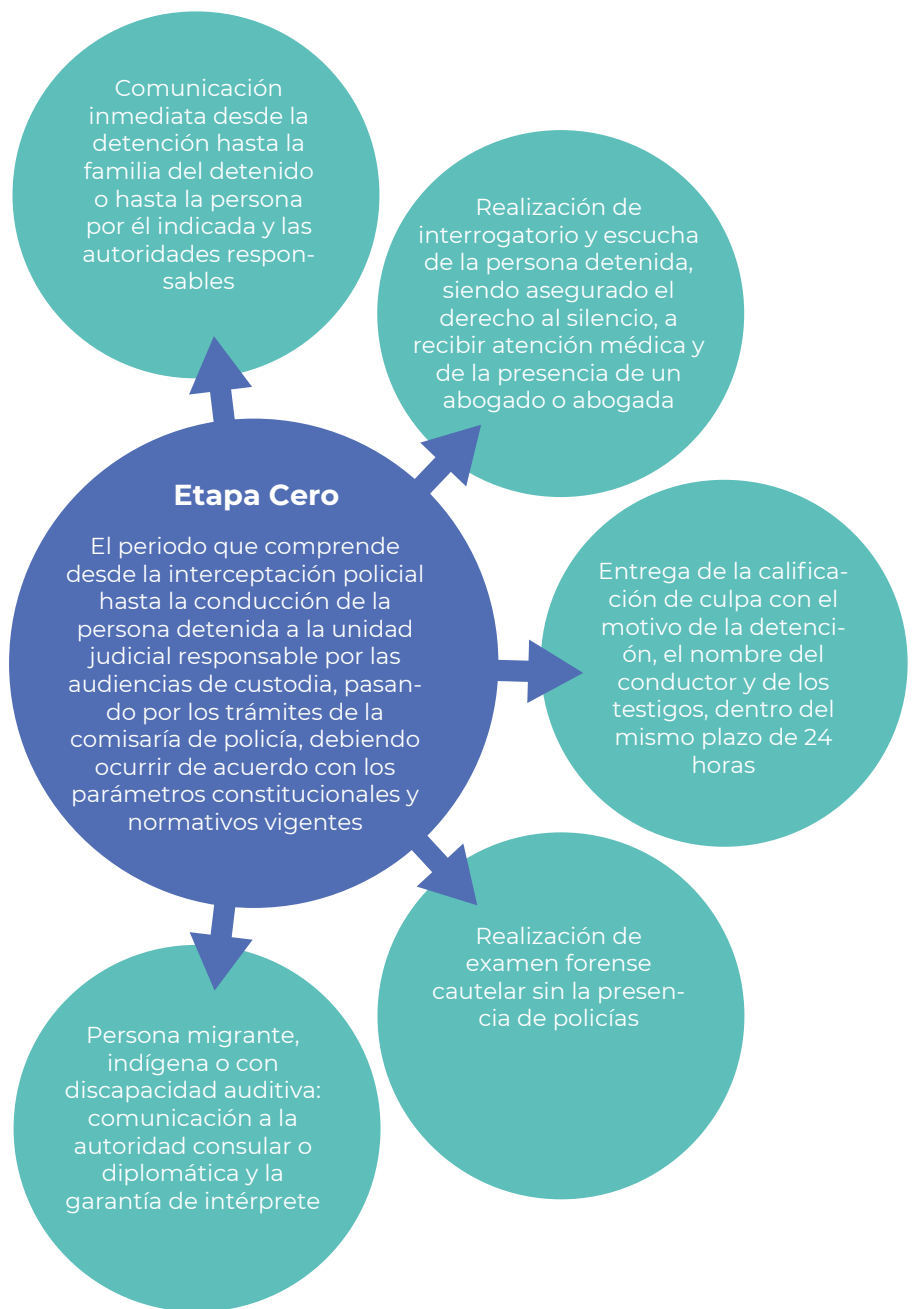
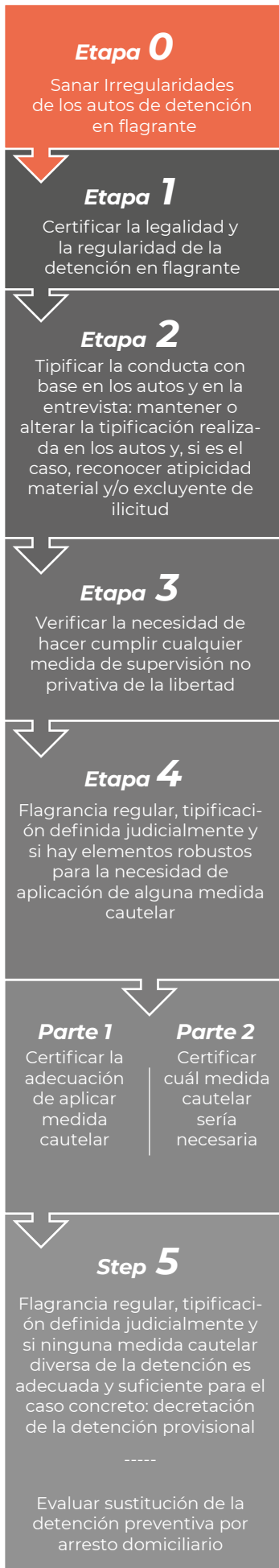
No obstante, las Etapas 0 (cero) y 1 (uno) corresponden a la averiguación de los aspectos de **legalidad y formalidad de la detención** (arts. 302, 304 y 306 del CPP), indicando aquellos que podrían ser subsanados y aquellos que llevarían a la nulidad y, por lo tanto, a la revocación de la flagrancia.

ETAPA 0

SUBSANACIÓN DE IRREGULARIDADES DE LOS AUTOS

La Etapa 0 (cero) corresponde a la determinación de vicios que pueden ser subsanados por el juez o también por el operador judicial. **Constata la existencia del vicio, deben ser tomadas acciones concretas para subsanarlo**, especialmente en el que se refiere a la:

- (i) comunicación de la detención a la familia del detenido o a la persona por él indicada y a las autoridades responsables;
- (ii) interrogatorio y escucha de la persona detenida, siendo comunicados y asegurados los derechos al silencio, a recibir atención médica y a la asistencia de un abogado o abogada;
- (iii) garantía de intérprete para indígenas, personas con discapacidad auditiva y personas migrantes. En el caso de personas migrantes, garantía de comunicación a la autoridad consular o diplomática;
- (iv) entrega de la nota de culpa con el motivo de la detención, el nombre del conductor y de los testigos, dentro del mismo plazo de 24 horas; y
- (v) realización de examen médico-legal cautelar sin la presencia de policías. Caso no haya ocurrido o haya ocurrido de manera diversa, la autoridad judicial deberá determinar nuevo examen de cuerpo de delito con la formulación de criterios.



Referencias

Migrante – Comunicación a la autoridad consular o diplomática y Derecho a interprete – Ítems 5.2 y 5.3 de la Parte II Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos

Personas con discapacidad auditiva – Ítem 7 de la Parte II Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos

Indígenas – Ítem 9 de la Parte II Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos

ETAPA 1

CERTIFICAR LA LEGALIDAD Y LA REGULARIDAD DE LA FLAGRANCIA

En la Etapa 1, la autoridad judicial deberá responder a las preguntas que componen los requisitos de **legalidad de detención en delito flagrante**, a saber: ¿El procedimiento policial fue realizado correctamente? ¿La presentación de la persona detenida a la autoridad judicial competente fue realizada hasta en 24 horas? ¿Hubo situación de flagrancia?

En caso de que el juez o la jueza responde **NO a alguna de las preguntas**, la consecuencia debe ser la revocación de la detención en flagrancia. Si responde **SÍ a todas las preguntas, debe seguir a la etapa siguiente**, en la que será analizada la adecuación típica o legal conferida al delito por la autoridad policial.

¿El Procedimiento Policial fue realizado correctamente?

De modo general, el procedimiento policial realizado correctamente engloba: (i) **sin violencia/tortura contra la persona**; (ii) **justificado con base en hechos concretos**; y (iii) **sin invasión de domicilio**.

- (i) Constatados indicios de tortura o malos tratos¹⁴ por parte de las autoridades policiales, por medio de las informaciones del auto de detención en delito flagrante, del examen médico-legal cautelar, de las condiciones de presentación de la persona detenida y, principalmente, del relato en la audiencia de control de detención, la detención debe ser revocada.
- (ii) El juez o la jueza debe fijarse en los indicios que **revelan falta de fundamentos objetivos en la realización de procedimientos policiales o que indiquen debilidades de los relatos contenidos en los autos**. Atención especial para términos como “actitud sospechosa”, “coche sospechoso”, “persona sospechosa”, “fundada sospechosa” y otros elementos genéricos, como la “denuncia anónima”, que son utilizados para justificar el procedimiento sin indicar hecho concreto que la fundamente, muy común en casos de perfilamiento racial. Lesiones corporales, como ropas y tatuajes, y asociación de territorios con criminalidad también componen ese proceso, que lleva a la sobrerrepresenta-

14 Ver la Guía de Prevención y Combate a la Tortura y a los Malos tratos para Audiencia de Control de Detención https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf

ción de la población negra en el sistema carcelario. Además, es preciso contraponer la versión traída por la policía a la versión de la persona detenida, principalmente en casos en que no hay examen de testigos presente en los autos.

- (iii) Conforme el art. 5º, XI, de la Constitución, es prohibida la entrada y permanencia en domicilio sin consentimiento del morador o autorización judicial, salvo en casos de delito flagrante, desastre, o para prestar auxilios. En los casos de autorización judicial, deberá ser cumplida entre 5 y 21 horas. En caso de ingreso y permanencia en el domicilio bajo la prohibición legal, deberá ser puesto en libertad el detenido en flagrancia y la acción de la autoridad policial podrá ser configurada como **delito de abuso de autoridad** (art. 22 de la Ley 13.869/2019). Respecto de la autorización del morador, debe ser considerado con especial atención al relato de la persona detenida.

¿La presentación de la persona detenida al tribunal competente fue realizada hasta en 24 horas?

De posesión de los autos, el juez o la jueza deberá promover la audiencia de control de detención en hasta 24 horas después de la realización de la detención. Si el plazo no es cumplido sin motivación idónea, la detención en delito flagrante deberá ser revocada. En la certificación del respeto al plazo, se deberán considerar la fecha y el horario de la detención y el tiempo de permanencia en el vehículo antes de llegar a la comisaría de policía.

En los casos de grave enfermedad y de hospitalización de la persona detenida, se debe considerar la situación como “motivación idónea” para la flexibilización del plazo. La audiencia de control de detención en esos casos ocurrirá después del restablecimiento de la condición de salud o de presentación de la persona y, solamente después, podrá ocurrir eventual detención. La autoridad judicial debe fijarse a las causas de la hospitalización, pues tales situaciones pueden ser indicativas de la ocurrencia de violencia policial.

¿Hubo situación de flagrancia? ¿De qué tipo? La autoridad judicial debe indicar de manera fundada

En cualquier de las hipótesis de flagrancia previstas en el art. 302 del CPP, es imprescindible que el juez indique cuáles son los elementos robustos de autoría y la materialidad del supuesto delito. Las hipótesis de flagrancia son:

- (i) ¿La persona detenida estaba cometiendo el delito cuando la abordaron?
- (ii) ¿La persona detenida había acabado de cometer el delito cuando la abordaron?
- (iii) ¿La persona detenida fue perseguida, después, “en situación que haga presumir ser el autor de la infracción”?

(iv) ¿La persona detenida fue encontrada, después, con instrumentos, armas, objetos “que hagan presumir ser ella la autora de la infracción”?

En todos esos casos, la construcción argumentativa que reúne los elementos para homologación de la detención en flagrancia debe indicar la hipótesis por la cual la persona fue detenida, dejando clara la situación fáctica y la fundamentación de la detención.

Legalidad de la detención en delito flagrante e hipótesis de delito imposible

HURTO

1. En la hipótesis (i), en el caso del hurto, la autoridad judicial debe fijarse a la situación de **delito imposible**. Como previsto en el art. 17 del Código Penal, “no es punible la tentativa cuando, por ineficacia absoluta del medio o por absoluta idoneidad del objeto, es imposible consumarse el delito”¹⁵.
2. **No se puede hablar ni siquiera en tentativa, por ausencia de tipicidad**, debiendo ser **revocada** la detención.
3. Ejemplos: cuando la persona es abordada por funcionario antes de salir de establecimiento con una mercancía que, de otro modo, podría ser considerada objeto de hurto.

ROBO

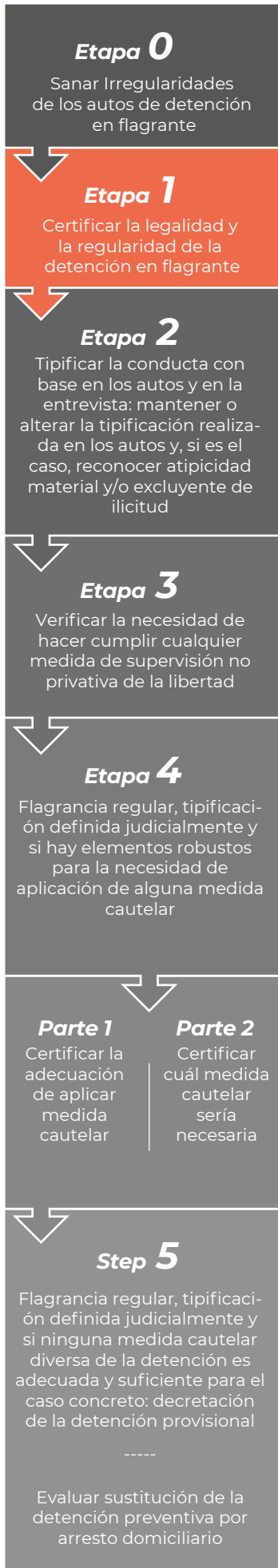
1. Los mismos apuntamientos para el delito de hurto se aplican aquí.
2. Parte de la doctrina tradicional discute la posibilidad de robo como delito imposible cuando inexistente objeto material a ser tutelado.
3. Se indica como ejemplo la situación en que una persona teniendo un cuchillo amenaza a otra exigiendo dinero, pero no hay dinero.

Situación de legalidad de la detención en flagrancia y revisión vejatoria

TRÁFICO DE DROGAS

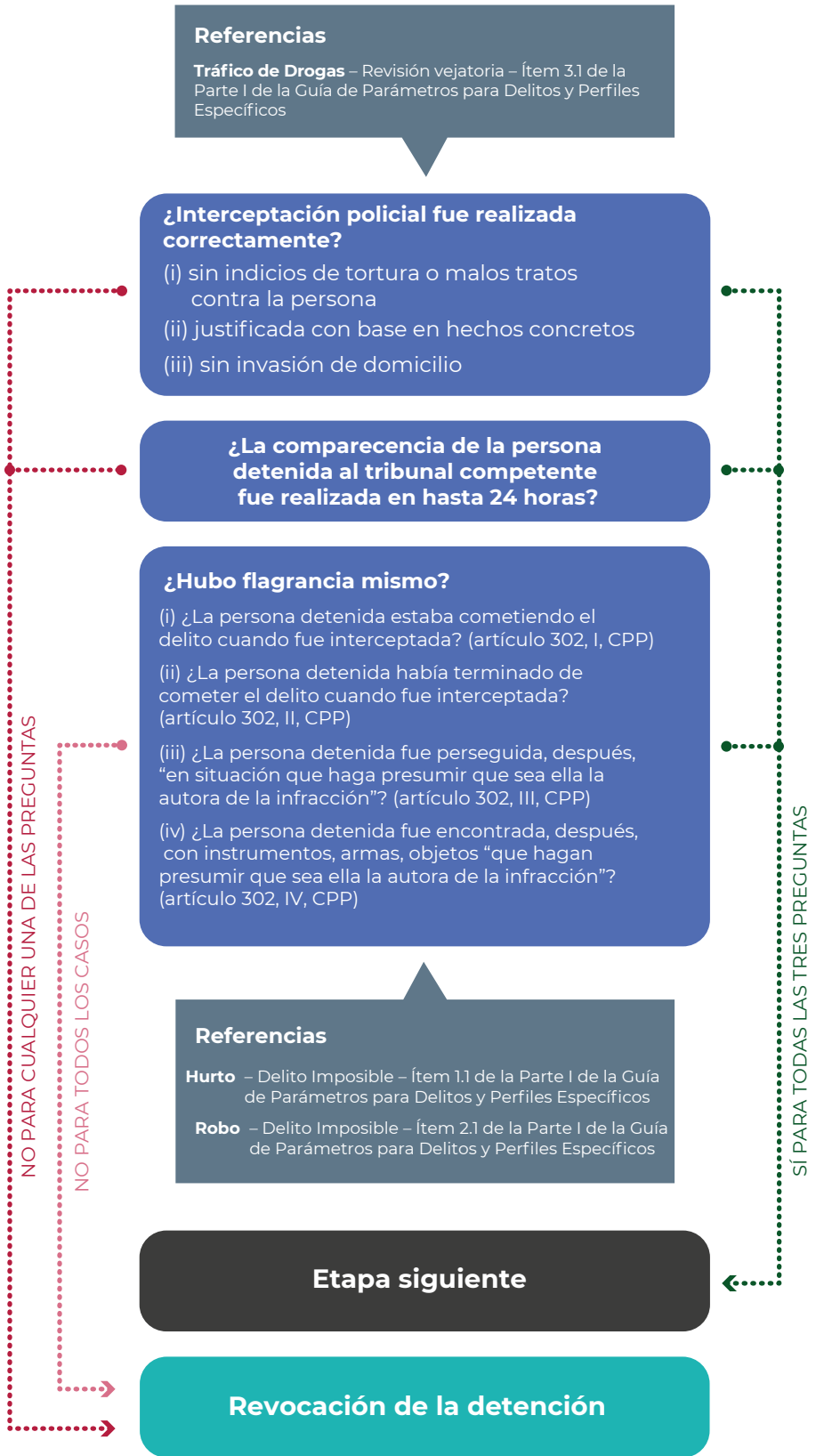
Si el juez o la jueza certifica que la persona fue sometida, por agente del Estado, a la revisión vejatoria, debe revocar la detención. Es el caso, por ejemplo, de personas visitantes de instituciones carcelarias, que son obligadas a quedarse desnudas, agachar sobre un espejo y toser. En esos casos, es preciso revocar la detención resultante de tal práctica.

15 BRASIL. Decreto-Ley nº 2.848, del 07 de diciembre de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, DOU de 31.12.1940. 1940. Disponible en el sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm



Autoridad judicial delante de la “situación” (= hechos + persona detenida) desde el auto de detención en flagrante (APF) + entrevista de la persona en la audiencia + alegaciones del Ministerio Público y de la Defensa

Requisito:
- Irregularidades de los autos sanadas



ETAPA 2

ADECUACIÓN TÍPICA CON BASE EN LOS AUTOS Y EN LA ENTREVISTA: MANTENER O ALTERAR LA ADECUACIÓN TÍPICA REALIZADA Y, SI ES EL CASO, RECONOCER LA ATIPICIDAD MATERIAL Y/O EXCLUYENTE DE LA ADECUACIÓN TÍPICA

Adequar la conducta con base en los autos y en la entrevista:

En este momento, es necesario que el juez o la jueza certifique si los hechos descritos en los autos y relatados por la persona detenida en el momento de la audiencia corresponden a la adecuación típica por la autoridad policial, modificándola, si es el caso, para la correcta adecuación legal. Se debe poner atención en los elementos que indiquen debilidades de la materialidad del delito que estén en los autos, como la falta de objetividad en el procedimiento policial o la falta de testigos distintos de los agentes policiales.

La escucha de la versión de los hechos de la persona detenida no puede ser confundida con la producción de pruebas para investigación o acción penal relativas a los hechos objetos de los autos. La “imposibilidad de análisis del mérito” no puede ser obstáculo para la evaluación de la materialidad del delito, adecuación e ilicitud de la conducta. Una interpretación contraria impide la discusión de elementos relativos a las finalidades de la audiencia de control de detención y es perjudicial a los derechos de la persona detenida.

HURTO PRIVILEGIADO (art. 155, §2º, CP)

- Ocurre en los casos en que el acusado es primario y el bien sustraído es de “pequeño valor”. Así, no se puede decretar la detención preventiva, pues la pena prevista es inferior a 4 años de prisión, debiendo ser aplicado el principio de la homogeneidad.
- “**Bien de pequeño valor**” es aquel que no sobrepasa el equivalente al **salario mínimo** de la época¹⁶. En gran parte de los hurtos, el valor del bien es de fácil medición, como en el caso de productos de tiendas y supermercados. En los casos de difícil medición, en la ausencia de laudo indicando el valor, se defiende que sea priorizada la libertad provisional, con posterior presentación del laudo técnico.

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROBO

- En el caso de **robo**, si se certifica que **no hubo violencia o grave amenaza**, debe ser **modificada** la adecuación como hurto.

TRÁFICO DE DROGAS

- Para ser configurado tal delito, es necesario contar con un **informe toxicológico preliminar**, demostrando la naturaleza y la cantidad de droga incautada. Debido al corto plazo para la realización de la audiencia, no siempre es posible realizar el informe a tiempo. No habiendo informe, la detención en flagrancia debe ser revocada por **falta de materialidad**. Si después de la realización del informe es confirmado el delito, debe evaluarse la necesidad de medida cautelar para garantizar la instrucción criminal.

Cambio en la adecuación típica del delito de tráfico por el delito de uso de drogas

Constatada la presencia de drogas, se debe considerar la posibilidad de que ellas puedan ser destinadas para el uso personal. Algunos factores indican la necesidad de reevaluación, por ejemplo: no haber sido efectivamente presenciada la comercialización; antecedentes del uso y abuso de drogas o tratamientos anteriores; baja cantidad de dinero incautada; o la versión de la persona sobre los hechos.

Reconocimiento del tráfico privilegiado y sus implicaciones

Estando presentes los requisitos, el juez o la jueza debe **reconocer el tráfico privilegiado**. En esos casos, por aplicación del principio de la homogeneidad debe ser **excluida la posibilidad de detención preventiva**.

Libertad provisional y gravedad del delito

A pesar del tráfico de drogas ser considerado delito grave, su gravedad no impide la concesión de la libertad provisional¹⁷.

Reconocimiento de atipicidad material – el principio de la insignificancia: Hay conductas que, a pesar de que sean contrarias a la ley, no afectan significativamente el bien jurídico protegido por ella. En consecuencia, debe dejarse en libertad a la persona detenida por atipicidad material.

¹⁷ HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. Fue publicado el 06/12/2012.

HURTO

En 2004, el STF¹⁸ definió los criterios para ser reconocida la atipicidad material:

- (i) mínima ofensividad de la conducta del agente;
- (ii) ninguna peligrosidad social de la acción;
- (iii) reducido grado de rechazo del comportamiento e
- (iv) inexpresividad de la lesión jurídica provocada.

Importante destacar que la reincidencia no debe alejar la incidencia del principio, pues se refiere al hecho, y no al autor, conforme decidido por el STF¹⁹.

ROBO

- No puede ser aplicado al delito de robo, conforme entendimiento mayoritario, pues violencia y grave amenaza no configuran baja relevancia y lesividad al ordenamiento jurídico.
- Para algunos autores, tal principio se aplica cuando el bien sustraído sea de valor ínfimo, inexistiendo el carácter patrimonial (pues insignificante) y, de tal modo que, finalmente, se configure el delito de constreñimiento ilegal o lesión corporal, pero no el delito de robo.

Causales excluyentes de ilicitud: Están previstas en el art. 23 del Código Penal, siendo ellas: el estado de necesidad, la legítima defensa, el estricto cumplimiento del deber legal y el ejercicio regular de derecho. Si constatada una de esas hipótesis, es el caso de concesión de la libertad provisional (art. 310, §1º CPP y decisión del Supremo Tribunal Federal en sede de Medida Cautelar en el HC n° 186.421).

HURTO

La jurisprudencia reconoce el estado de necesidad (art. 24, CP) con base en los siguientes requisitos, que deben ser comprobados por la defensa:

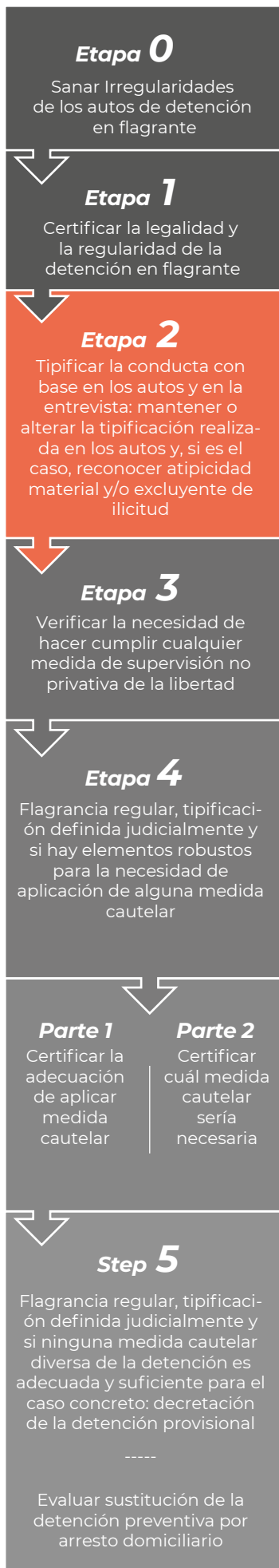
- (i) que el delito haya sido **cometido para mitigar el hambre;**
- (ii) que sea el **único y último** recurso del agente (inevitabilidad del comportamiento lesivo);
- (iii) que haya la sustracción de cosa capaz de directamente **solucionar la urgencia;**
- (iv) que se certifique la **insuficiencia de los recursos** adquiridos por el agente con el trabajo o la **imposibilidad de trabajar**²⁰.

Posibilidad de archivo de la investigación policial: En caso que se constate la atipicidad de la conducta o la excluyente ilicitud, el representante del Ministerio Público podrá pedir el archivo inmediato de la investigación policial.

18 HC 8441200/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Fue publicado el 19/11/2004.

19 HC 155.920/MG, Rel. Min. Celso de Mello. Fue publicado el 07/10/2020.

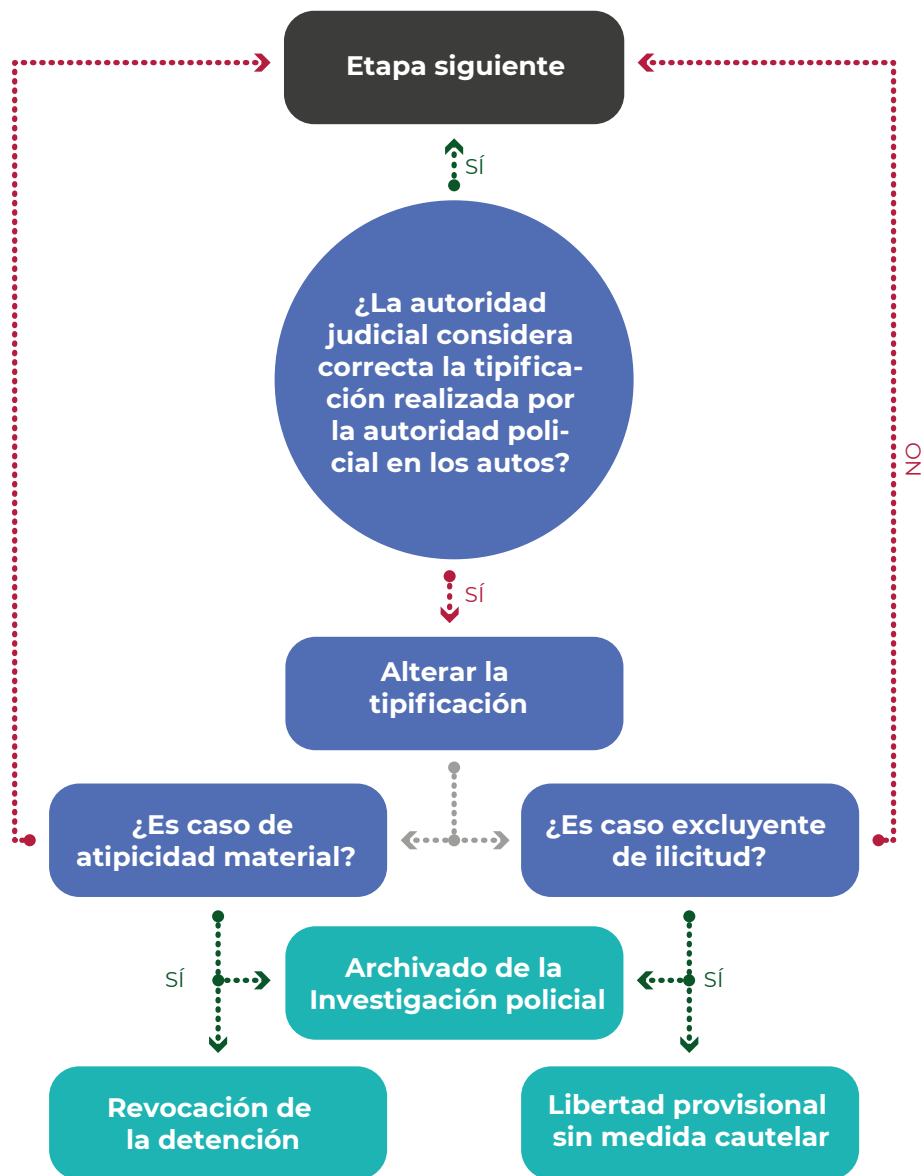
20 CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Ver también: Apelación 20161610081735APR – TJDF.T.



Autoridad judicial delante de la “situación” (= hechos + persona detenida) desde el auto de detención en flagrante (APF) + entrevista de la persona en la audiencia + alegaciones del Ministerio Público y de la Defensa

Requisito:

- Legalidad y regularidad de los autos



Referencias

- Hurto** - Ítem 1.2 de la Parte I de la Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles
 - Necesidad de informe de evaluación del valor de la res furtiva (1.2.1)
 - Reconocimiento del hurto privilegiado (1.2.2)
 - Reconocimiento de atipicidad material: el principio de la insignificancia (1.2.3)
 - Excluyente de ilicitud: el estado de necesidad en el caso de “hurto famélico” (1.2.4)
- RRobo** – Ítem 2.2 de la Parte I de la Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles
 - Violencia, grave amenaza y caracterización del robo (2.2.1)
 - Principio de la insignificancia: posibilidades de aplicación en casos de robo (2.2.2)
- Tráfico de Drogas** - Ítem 3.2 de la Parte I de la Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles
 - Necesidad de informe toxicológico provisional (3.2.1)
 - Desclasificación de tráfico para el uso de drogas (3.2.2)
 - Reconocimiento del tráfico privilegiado y sus implicaciones (3.2.3)
 - Clasificación como “asociación para el tráfico” (artículo 35, Ley n°. 11.343/2016) (3.2.4)

ETAPA 3

EN CASO DE ACREDITADA LA FLAGRANCIA Y DE LA ADECUADA ADECUACIÓN TÍPICA, SE DEBE CERTIFICAR LA NECESIDAD DE IMPONER ALGUNA MEDIDA CAUTELAR

Superadas las etapas anteriores **debe evaluar la necesidad** de imposición de medida cautelar, **siempre que exista solicitud en ese sentido** (art. 282, §2º y art. 311 del CPP), en virtud de la prohibición de poder imponer medida cautelar de oficio (sin que haya solicitud de las partes, de la autoridad policial o del Ministerio Público).

La medida cautelar posee naturaleza procesal, carácter provisional y proporcional. Sus fines están siempre vinculados a la protección del proceso, y no puede transformarse en anticipación de la condena, o se violaría la presunción de inocencia.

La aplicación de la medida cautelar establece **dos requisitos** (art. 282 del CPP):

- I – **Necesidad** para aplicación de la ley penal, para la investigación o la instrucción criminal y, en los casos expresamente previstos, para evitar la práctica de infracciones penales;
- II – **Adecuación** de la medida a la gravedad del delito, circunstancias del hecho y condiciones personales del indiciado o acusado.

En la etapa 3, la autoridad judicial deberá evaluar si hay **elementos concretos** indicando la **necesidad** de aplicación de una medida cautelar, en alguna de las mencionadas hipótesis del inciso I.

El juez o la jueza deberá responder a las preguntas: “¿hay **elementos concretos** que indiquen que la persona detenida irá a **frustrar** la aplicación de la ley penal?” y “¿hay **elementos concretos** que indiquen que la persona detenida podría **impedir/comprometer** la investigación o instrucción criminal?”. Si la respuesta es **NO** para las dos preguntas, debe ser concedida la **libertad provisional sin la imposición de medida cautelar**.

- **Riesgo de frustrar la aplicación de la ley penal** son los elementos concretos indicando la **posibilidad de evasión del proceso**. En ese sentido, la imposición de medidas cautelares es necesaria “para evitar que, delante de la probable **fuga del acusado**, por el temor de la condena, pueda ser frustrada la futura ejecución de la sanción punitiva”²¹.
- **Impedir o comprometer la investigación o instrucción criminal** significa practicar actos que **coloquen en riesgo elementos importantes para la instrucción procesal (evidencias)**. Por ejemplo: intimidar testigos o peritos, destruir, ocultar o adulterar pruebas²². Luego, la imposición de medida cautelar con esa finalidad busca preservar los medios o instrumentos (evidencias) para que se pueda llegar a tal resultado (sentencia condenatoria)²³.

Es importante destacar que poseer **dirección cierta, ocupación lícita y documento con foto** cuenta positivamente como indicadores de que la persona **no irá a desobedecer la aplicación de la ley**. No obstante, la ausencia de esas características no debe llevar a la **criminalización** de las situaciones de **pobreza y otras vulnerabilidades**, especialmente de personas migrantes y en situación de calle.

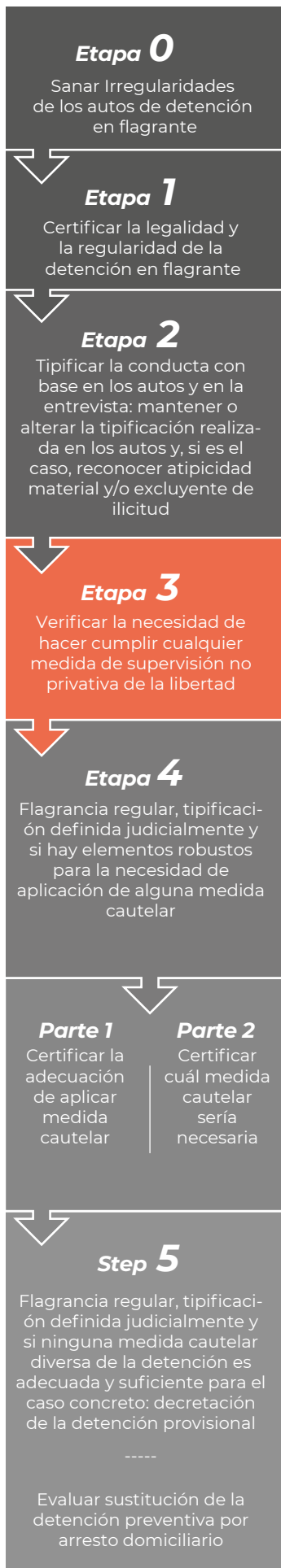
Cuanto al requisito “**en los casos expresamente previstos, para evitar la práctica de infracciones penales**”, la Guía propone que **no funcione como requisito autónomo apto para justificar la imposición de medidas cautelares. Debe estar condicionado al criterio de necesidad** para ser válido y adecuarse a la naturaleza preventiva de las medidas previstas en el art. 319 del CPP, de la misma manera que el criterio de “protección del orden público”, conforme se profundizará en la Etapa 5.

De esa manera, se reitera que **todos los criterios para aplicación de las medidas cautelares deben estar orientados al cumplimiento de su función procesal**.

21 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 983.

22 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 982

23 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Op. Cit., 2010, p. 674



Requisitos:

- Legalidad y regularidad de los autos
- Tipificación de la conducta definida judicialmente con base en los autos y en la entrevista
- Existencia de requerimiento para imposición de alguna medida cautelar

Referencias

Ausencia de dirección fija, ocupación lícita y documentos con foto no justifica la imposición de medida cautelar, bajo riesgo de criminalizar situaciones de pobreza y otras vulnerabilidades, especialmente de personas en situación de calle y migrantes – ítems 4 y 5.1 de la Parte II de la Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos

¿Hay necesidad de aplicación de una medida cautelar?

(i) ¿Hay elementos concretos que indiquen que la persona detenida irá frustrar aplicación de la ley penal?

(ii) ¿Hay elementos concretos que indiquen que la persona detenida irá impedir/comprometer la investigación o instrucción criminal?

SÍ PARA ALGUNO DE LOS ÍTEMS

NO PARA AMBOS LOS ÍTEMS

Etapa siguiente

Libertad provisional sin medida cautelar

ETAPA 4

EN CASO DE ACREDITADA LA FLAGRANCIA Y DE LA ADECUACIÓN TÍPICA, ASÍ COMO LA EXISTENCIA DE ELEMENTOS ROBUSTOS QUE INDIQUEN LA NECESIDAD DE APLICACIÓN DE ALGUNA MEDIDA CAUTELAR: ADECUACIÓN DE LAS MEDIDAS NECESARIAS

Considerando los tres criterios del inciso II del art. 282 del CPP: “gravedad del delito”, “circunstancias del hecho” y “condiciones personales” de la persona detenida, es preciso contestar a las preguntas: ¿cuál medida cautelar debe ser impuesta esa persona? o ¿qué es necesario hacer, en el curso del proceso, en relación con esa persona?

PARTE 1: DECIDIR SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR A PARTIR DE TRES CRITERIOS

1. “Condiciones personales de la persona indiciada o acusada”

En relación con este criterio, serán presentados dos perfiles cuyas condiciones personales pueden devolver el análisis a la Etapa 3 (libertad provisional). Tales perfiles poseen protección especial dada por el CPP y por la jurisprudencia, en virtud de sus vulnerabilidades frente al sistema de Justicia criminal y de las reducidas oportunidades de poner en riesgo la instrucción criminal, motivo por el cual debe ser priorizada la libertad provisional.

Después de la presentación de esos dos perfiles, se aborda cómo lidiar con los casos en que la persona detenida tuvo contacto anterior con el sistema de Justicia penal.

Perfiles abarcados por el art. 318, CPP

El art. 318 presenta la posibilidad de sustitución de detención preventiva por detención domiciliaria cuando el agente sea:

- I. Mayor de 80 (ochenta) años;
- II. Extremadamente débil por motivo de enfermedad grave;
- III. Imprescindible a los cuidados especiales de persona menor de 6 (seis) años de edad o con discapacidad;
- IV y V. Embarazada y mujer con hijo de hasta 12 (doce) años de edad;
- VI. Hombre, único responsable por los cuidados del hijo de hasta 12 (doce) años de edad.

Primarios y personas que no tuvieron contacto con el sistema penitenciario

En caso de que la persona detenida nunca haya tenido contacto con el sistema penitenciario, el análisis de las condiciones personales frente a las demás condiciones **debe privilegiar la libertad provisional**. Se debe considerar, en la toma de decisión, que el paso por la cárcel deja estigmas en la vida de las personas, marcando negativa y violentamente sus trayectorias, y que en el actual contexto de falencia del sistema carcelario la cárcel es responsable por insertar individuos en contexto de violencia y delito organizado.

Contacto anterior con el Sistema de Justicia

Teniendo en cuenta la necesidad de analizar restrictivamente el contacto anterior con el sistema de Justicia, se proponen parámetros de tratamiento para casos de reincidencia y antecedentes.

| CONTACTO ANTERIOR | ¿QUÉ ES? | ¿CUÁLES LAS CONSECUENCIAS? |
|-------------------|---|--|
| Reincidencia | Ocurre cuando la persona comete un nuevo delito luego de la preclusión de apelación de la sentencia que, en el país o en el extranjero, lo haya condenado por un delito anterior, siempre que no hayan transcurrido más de 5 años desde la fecha de la ejecución o terminación de la condena. | No lleva a la conversión automática de la detención en flagrante en detención preventiva. |
| Antecedentes | "Corresponden a los antecedentes penales del agente que no sirven a efectos de reincidencia" ²⁴ . | Cuando certificados, la existencia de antecedentes no puede impedir la concesión de la libertad provisional o la aplicación de medidas cautelares diversas de la detención. Se debe ponderar con otros elementos personales. |

24 GRECO, Rogério. Código de Processo Penal Comentado. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019. p. 166

| | | |
|--|--|--|
| <p>Actos de Infracciones y Medidas Socioeducativas</p> | <p>Actos de infracciones o conductas descritas como delito realizado por niño o adolescente.</p> <p>Medidas socioeducativas son medidas judiciales aplicables resultantes de acto de infracción realizadas por adolescente²⁵. No tienen naturaleza de condena.</p> | <p>No deben ser contados como reincidencia o antecedentes. No obstante, el Superior Tribunal de Justicia – STJ entiende que pueden fundamentar detención preventiva en la vida adulta, desde que sean observados: (i) el análisis de la gravedad concreta del acto de infracción, (ii) el tiempo transcurrido entre el acto de infracción y el delito; (iii) la comprobación efectiva de la ocurrencia del acto de infracción</p> |
| <p>Flagrancia durante el no cumplimiento de medida cautelar anteriormente impuesta</p> | <p>Es el caso de la persona que comete un delito, no cumple la medida cautelar que haya sido anteriormente impuesta en audiencia de control de detención que haya ocurrido antes. Ejemplo: Detención por hurto que se haya cometido por la noche cuando aún estaba vigente la medida de detención domiciliaria nocturna.</p> | <p>Excepto en el caso de violencia doméstica, no ocasiona la imposición de detención preventiva, sino, sí, se exige un nuevo análisis de la situación para que sea impuesta la medida más adecuada.</p> <p>Es preciso comprender las circunstancias y motivos que determinaron la interrupción o no realización de tales medidas.</p> |
| <p>Evento anterior a la audiencia de control de detención, sin el cumplimiento de medida cautelar</p> | <p>En observancia al principio de <i>in dubio pro reo</i>, no debe ser tomado como indicativo de antecedente penal, ni debe ser el único elemento a sustentar el decreto de detención preventiva o la imposición de medidas cautelares más graves.</p> | |

2. Distintos contextos de vida

Luego, para determinar cuál es la medida más adecuada, la autoridad judicial debe considerar las especificidades de los distintos contextos de vida de las personas detenidas, tales como: necesidades y posibilidades de **desplazamiento en la ciudad, condiciones financieras, condiciones de vivienda**, períodos de **trabajo y estudio, condiciones de salud**, factores **socioeconómicos**, factores conectados a la **identidad de género** y a otros elementos indicadores de **vulnerabilidad social**.

Para ello, el juez o la jueza debe hacer preguntas que permitan conocer la realidad de la persona detenida, para **definir cuáles son las medidas cautelares que ella estaría en condiciones de cumplirlas**, para evitar que el eventual incumplimiento resulte en la

25 ZAPATER, Máira Cardoso. *Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

imposición de la detención preventiva u otra medida más grave. Debe también considerarse las informaciones que hayan sido recogidas durante la atención social previa a la audiencia de control de detención.

3. “Gravedad del delito” y “circunstancias del hecho”

En razón de la ya mencionada naturaleza procesal de las medidas cautelares, debe realizarse una interpretación restrictiva de los conceptos de gravedad del delito y de las circunstancias del hecho, evaluando las circunstancias específicas de cada caso y observando cómo se relacionan con posibles riesgos de investigación, instrucción y aplicación de la ley penal. En situaciones en que la gravedad del hecho está relacionada con, exclusivamente, los elementos abstractos del delito previstos en ley, se debe decidir por la libertad provisional.

HURTO

Las conductas del tipo previstas en el art. 155, tanto del *caput*, cuanto de las calificadoras (§ 4º), por sí solas, no deben caracterizarse cómo justificativas de su gravedad. Es el caso del empleo de clave falsa, destrucción o ruptura de obstáculo, concurso de dos o más personas, entre otros.

ROBO

En el caso del robo, no justifican la gravedad, por ejemplo, concurso de personas y utilización de arma de fuego.

TRÁFICO DE DROGAS

Casos de concurso de agentes (art. 69 del CP), así como argumentos disociados del caso, como los perjuicios que causan la droga a la sociedad, por ejemplo, no deben ser considerados.

El principio de la homogeneidad

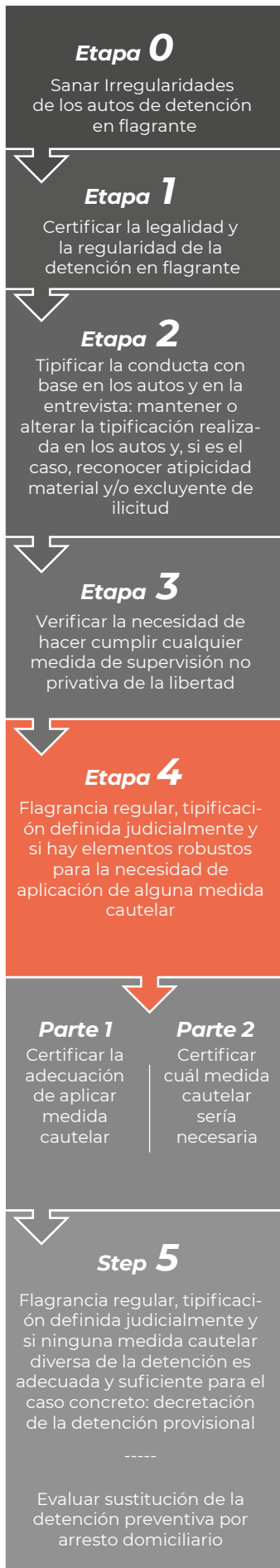
Se desprende del principio de la proporcionalidad, y prevé **que la gravedad de la medida cautelar no puede ser mayor a la de la condena aplicada en una eventual condena.**

De esa manera, si se certifica que, por el principio de la homogeneidad, podría sustituirse la condena por medidas substitutivas de la detención o la aplicación de sanción menos grave, en este caso, el juez no debe preceder a decretar la detención preventiva.

Se subraya que, en el análisis de la posible condena, deben ser consideradas las condiciones atenuantes (art. 65 del Código Penal), como la de ser el agente menor de 21 años o mayor de 70 o haber existido reparación del daño o la tentativa, la devolución de la cosa robada o hurtada.

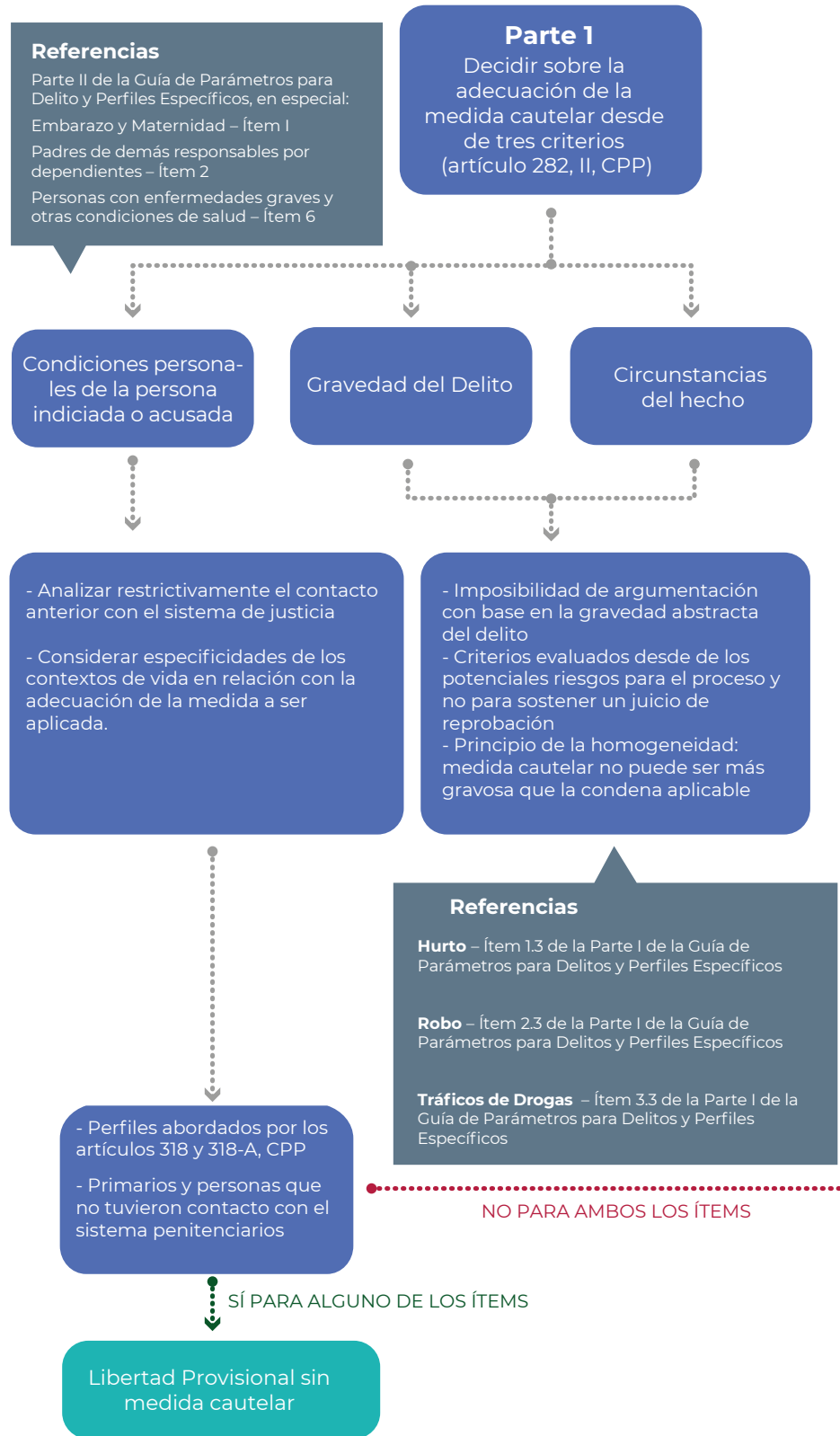
HURTO

Las hipótesis de **hurto simple** (art. 155, *caput*), **tentativa de hurto** (cuando el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente) y **hurto privilegiado** (§2) deben excluir la posibilidad de prisión preventiva, en vista de la probabilidad que en la sentencia firme se sustituye la pena por penas alternativas o incluso multa.



Requisitos:

- Legalidad y regularidad de los autos
- Tipificación de la conducta definida judicialmente con base en los autos y en la entrevista
- Existencia de requerimiento para la imposición de alguna medida cautelar
- Elementos robustos indicando la necesidad de aplicación de alguna medida cautelar



ETAPA 4

PARTE 2: ¿CUÁL ES LA MEDIDA CAUTELAR QUE DEBE SER IMPUESTA A ESA PERSONA? O ¿QUÉ ACCIONES SE DEBEN TOMAR EN RELACIÓN CON ESA PERSONA?

Las medidas cautelares son presentadas como **alternativas unas a las otras**, de modo a evitar su aplicación cumulativa, o en “combo”. Para mejor entender sobre el acompañamiento de las medidas cautelares diversas de la detención, ver **Guía de Gestión para las Alternativas Penales**²⁶.

De acuerdo con lo que el Supremo Tribunal Federal decidió en 2020²⁷, la autoridad judicial no puede imponer medidas cautelares que no estén previstas en ley, para restringir a las medidas previstas en los arts. 319 y 320 del Código de Proceso Penal.

Delante de una interpretación sistemática de la ley procesal penal, las medidas cautelares deben ser justificadas en el caso concreto y deben observar la excepcionalidad de la restricción. O sea, **cuanto más restrictivas las medidas, mayor su carácter de excepcionalidad**.

El juez o la jueza debe **decidir cuál es la medida cautelar más adecuada para alcanzar la finalidad más conveniente, con base siempre en el principio de la proporcionalidad** – este entendido como:

- (i) **adecuación**: medida apta para sus medios;
- (ii) **necesidad**: medida no puede exceder lo imprescindible para obtener el resultado; y
- (iii) **proporcionalidad en sentido estricto**: deben ser considerados los derechos fundamentales en juego, con base en la dignidad de la persona humana.

DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES MÁS ADECUADAS A CADA SITUACIÓN CONCRETA

En esta Etapa, se busca evitar la imposición de combos desproporcionales a la situación concreta, **se propone que las medidas compatibles con las funciones que se quiere alcanzar sean indicadas como “alternativas” unas a las otras**. La tabla, a continuación, sistematiza las correlaciones entre las funciones y las medidas cautelares.

²⁶ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf.

²⁷ HC 186421. Rel. Min. Celso de Mello. Fue publicado el 17/11/2020.

Cuadro 1. Medidas cautelares diversas de la detención y sus funciones^{s28}

| | I. CC | II. CPL | III. CPP | IV. CPC | V. CRN | VI. SFP | VII. IP | VIII. CF | IX. ME |
|-----------------------------------|-------|---------|----------|---------|--------|---------|---------|----------|--------|
| Supervisión del riesgo de fuga | | | | | | | | | |
| Tutela de la prueba | | | | | | | | | |
| Medida accesorias (fiscalización) | | | | | | | | | |

De esa manera, deben ser consideradas las siguientes medidas, una a una, en el orden de fases, a continuación²⁹.

Fase 1: Asistencia periódica en el tribunal

Por ser medida que responde a las funciones generales de protección del proceso y de responsabilización de la persona detenida, la autoridad judicial debe considerar primeramente si, sola, es capaz de cumplir las necesidades de cada caso particular. En caso positivo, debe ser priorizada su aplicación, siempre buscando adecuarla a las condiciones personales de la persona detenida.

Es conveniente mencionar que existe la posibilidad de la asistencia ser hecha directamente en la Central Integrada de Alternativas Penales, siendo la atención especializada capaz de acompañar la(s) medida(s) cautelar(es) determinada(s) y sus avances sobre la vida de aquella persona.

28 Las medidas cautelares se encuentran en el eje horizontal, en sigla: CC – asistencia periódica (art. 319, I); CPL – prohibición de acceso o frecuencia a lugares (art. 319, II); CPP – prohibición de contacto con persona; CPC – prohibición de ausentarse de la comarca (art. 319, IV); CRN – recogida nocturna (art. 319, V); SFP – suspensión del ejercicio de función pública o de actividad de naturaleza económica (art. 319, 26 VI); IP – internación provisional (art. 319, VII); CF – fianza (art. 319, VIII); ME – monitoreo electrónico (art. 319, IX)

29 Fueron excluidas de la propuesta las medidas de internación provisional (inciso VII) - ya que incompatible a la evaluación médica con la temporalidad de la custodia -, así como la medida de recogida nocturna (inciso V), teniendo en vista la onerosidad excesiva que representa, así como la dificultad de fiscalización de su cumplimiento y la existencia de otras medidas que responden a la misma función. Además, también se excluye la medida de "suspensión del ejercicio de función pública o de actividad de naturaleza económica o financiera" (inciso VI) en razón de su especificidad y posibilidad de aplicación restringida a circunstancias bastante limitadas.

Fase 2: Prohibición de contacto con persona determinada y/o prohibición de acceso a lugares determinados

En el segundo momento, debe ser hecha la pregunta: ¿es necesario proteger a alguien o resguardar algún lugar, para proteger la investigación y la instrucción? Si sí, esas medidas pasan para la fase de adecuación y certificación de la proporcionalidad. De lo contrario, no deben ser impuestas, pues irán a accionar como instrumento de prohibición social, excesivamente onerosa a la persona detenida.

Fase 3: Prohibición de ausentarse de la circunscripción territorial sin la autorización judicial

Esta medida se justifica solamente en los casos en que haya hechos concretos y recientes, indicando la posibilidad de fuga o de ausentarse de la circunscripción territorial, evadiéndose del proceso. De lo contrario, debe ser priorizada la medida de asistencia periódica en tribunal para alcanzar la función de responsabilización y vinculación al proceso.

Fase 4: Fianza

Por su carácter múltiple, se tiene como más grave que las medidas anteriores, pero debiendo, también, priorizar a las otras. Si impuesta, no debe ser acumulada con medidas de asistencia periódica en tribunal y prohibición de ausentarse de la circunscripción territorial.

Si se entiende necesaria su aplicación, sobre todo por las obligaciones que genera (arts. 327 y 328 del CPP), es importante acordarse de que eso puede darse sin la imposición de la carga financiera, teniendo en cuenta el perfil socioeconómico de la mayoría de las personas llevadas a las audiencias de control de detención. La persona detenida debe ser informada sobre sus derechos, incluso sobre la posibilidad de restitución del valor al fin del proceso.

Fase 5: Monitoreo electrónico

Es la más grave de todas las medidas cautelares y la que representa mayor carga. Su utilización debe ser excepcional y justificada en elementos concretos, y no como forma de control penal sobre los individuos.

Solamente debe ser aplicada después del juez o de la jueza, con base en elementos concretos y se debe indicar la razón la cuál las otras medidas no hayan sido necesarias ni adecuadas.

En audiencia de control de detención, su imposición solamente sería necesaria para “delitos dolosos punibles con condena privativa de libertad máxima superior a 4 (cuatro) años o sentenciadas por otro delito doloso, en sentencia inapelable”. Y a las “personas en cumplimiento de medidas protectoras de urgencia, acusadas por delitos que involucren la violencia doméstica y la familiar”.

Si aplicada, el monitoreo debe ser articulado con la red de protección social, minimizando prácticas discriminatorias, abusivas y lesivas, así como garantizando el acceso al trabajo, a la educación, a la salud y al mantenimiento de los vínculos sociales a las personas monitoreadas.

Si, después del análisis de la proporcionalidad, en sentido estricto, pasando por todas las fases, constatarse que ninguna de esas medidas es adecuada y habiendo requerimiento en ese sentido, se pasa a la Etapa 5, referente a la detención preventiva.

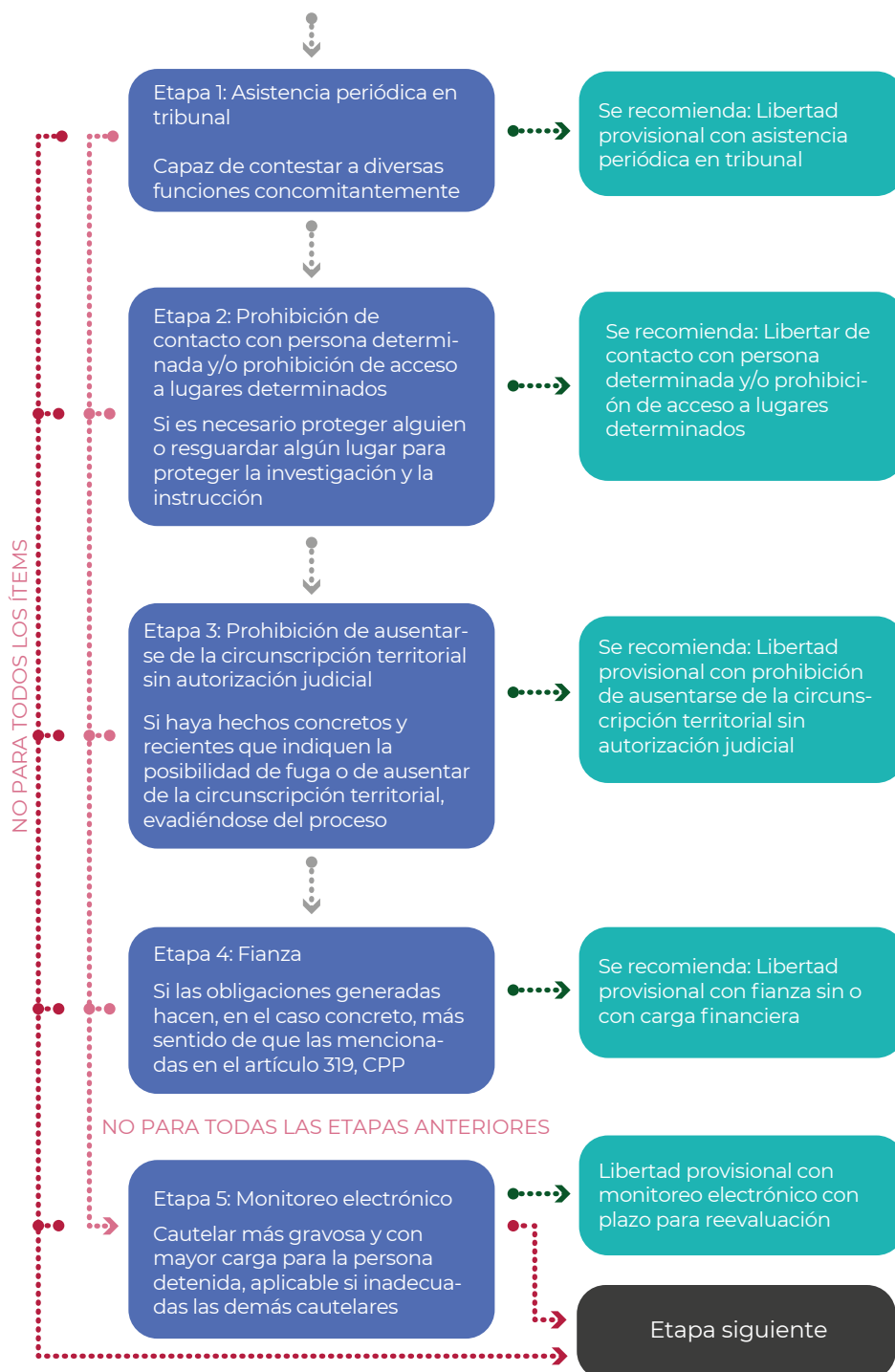
Referencias

Análisis de la proporcionalidad sobre la necesidad de medida cautelar hace con que su aplicación deba ser balizada por las condiciones personales y contexto de vida de la persona detenida: Parte II de la Guía de Parámetros para Delitos y Perfiles Específicos

Parte 2

Elegir las medidas compatibles con las funciones que se quiere alcanzar, basándose por el principio de la proporcionalidad

- (i) adecuación – medida apta a sus medios y fines
- (ii) necesidad – la medida no debe ejercer lo imprescindible para obtener el resultado esperado
- (iii) proporcionalidad en sentido estricto – ponderar los derechos fundamentales impactados



Etapa 0

Sanar Irregularidades de los autos de detención en flagrante

Etapa 1

Certificar la legalidad y la regularidad de la detención en flagrante

Etapa 2

Tipificar la conducta con base en los autos y en la entrevista: mantener o alterar la tipificación realizada en los autos y, si es el caso, reconocer atipicidad material y/o excluyente de ilicitud

Etapa 3

Verificar la necesidad de hacer cumplir cualquier medida de supervisión no privativa de la libertad

Etapa 4

Flagrancia regular, tipificación definida judicialmente y si hay elementos robustos para la necesidad de aplicación de alguna medida cautelar

Parte 1

Certificar la adecuación de aplicar medida cautelar

Parte 2

Certificar cuál medida cautelar sería necesaria

Step 5

Flagrancia regular, tipificación definida judicialmente y si ninguna medida cautelar diversa de la detención es adecuada y suficiente para el caso concreto: decretación de la detención provisional

Evaluar sustitución de la detención preventiva por arresto domiciliario

ETAPA 5

DETENCIÓN PROVISIONAL – LA MEDIDA MÁS EXCEPCIONAL

Recorridas todas las otras Etapas y habiendo condiciones de (i) **“existencia de requerimiento”** y (ii) **“constatación de inadecuación de las otras medidas para sustituir la detención, de manera fundamentada con base en elementos concretos”**, se pasa al análisis de la detención preventiva.

En los términos del art. 313 del CPP, solamente se admite la imposición de detención preventiva: (i) en los delitos punidos con pena **máxima arriba de 4 años de detención**; (ii) si hay **pena en cosa juzgada por otro delito doloso**; o (iii) si el delito incluya la **violencia doméstica y la familiar** contra la mujer, el niño, el adolescente, el anciano, el enfermo o la persona con discapacidad, para garantizar la ejecución de medidas protectoras de urgencia. Cumplidos tales criterios, se analizan los requisitos materiales contenidos en el art. 312 del CPP.

Art. 312. La detención preventiva podrá ser decretada: como garantía del orden público, del orden económico, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley, cuando hay prueba de la existencia del delito e indicio suficiente de autoría y de peligro generado por el estado de libertad del imputado.

Con base en ese artículo y en las decisiones recogidas, el enfoque está en los elementos que componen la “garantía del orden público”, visto que el elemento del “orden económico” es raro y no surgió en el material recogido, y que la “conveniencia de la instrucción criminal” y la “aplicación de la ley penal” ya fueron presentadas en la Etapa 3.

Se subraya que constituye delito decretar detención preventiva fuera de las hipótesis legales, así como no sustituirla por medida alternativa cuando necesaria (art. 9º de la Ley n° 13.869/2019).

Discursos sobre el “orden” en la fundamentación de la detención preventiva

En el análisis de las decisiones en audiencia de control de detención, fueron identificados seis ejes de entendimiento sobre lo que sería “orden público”. Son ellos:

i. **Detención como respuesta a la “gravedad del delito”**

La utilización del argumento de la “gravedad”, aunque basada en elementos concretos, cuando dissociada del criterio de **necesidad**, termina por anticipar la lógica de imposición de una eventual condena. O sea, viola la protección inherente a la detención preventiva.

ii. Detención como forma de evitar la “reiteración delictiva”

Se basa en proyecciones futuras, se presume la consumación de delitos que todavía no han ocurrido. Ese entendimiento viola el principio de la presunción de inocencia.

iii. Detención como segregación de individuos contrarios al orden y “propensos al delito”: la “peligrosidad social”

Muy común en la conceptualización de orden público, esa noción es usada para determinar si las personas son o no capaces de seguir conviviendo en sociedad. Configurando medida de ejecución anticipada de la condena y defensa social³⁰, tal noción viola frontalmente la presunción de inocencia.

iv. Detención como medida de “seguridad pública”

Similar a los otros conceptos, la noción de protección de la seguridad pública posee naturaleza de prevención y defensa social contra individuos considerados peligrosos³¹, y viola la función procesal de la detención preventiva.

v. Detención como mecanismo de “restablecimiento de la credibilidad de las instituciones”

Comúnmente utilizada, la justificativa de la detención con base en la credibilidad de las instituciones ya ha tenido situaciones concretas en el Supremo Tribunal Federal³², por ser contraria a la Constitución Federal.

vi. Detención como respuesta a los anhelos de la sociedad: el “clamor público”

La utilización del clamor público da a la detención cautelar el carácter de anticipación de condena, alejándose de la función de preservación del proceso, prevista en la Etapa 3.

El orden público en relación con la protección de la detención preventiva

Con el objetivo de armonizar la interpretación conferida a los criterios para decretación de la detención preventiva con el precepto constitucional de protección a la presunción de inocencia, se propone que la detención por el “orden público” esté **condicionada al análisis de necesidad presentado en la Etapa 3**. O sea, que el orden público

30 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Trad. port. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 510.

31 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais*. Op. Cit., 2019, p. 132

32 STF (2ª Sala). HC 101.055/GO. Relator Min. Cezar Peluso. Fue juzgado el 10/11/2009. DJ del 17/12/2009.

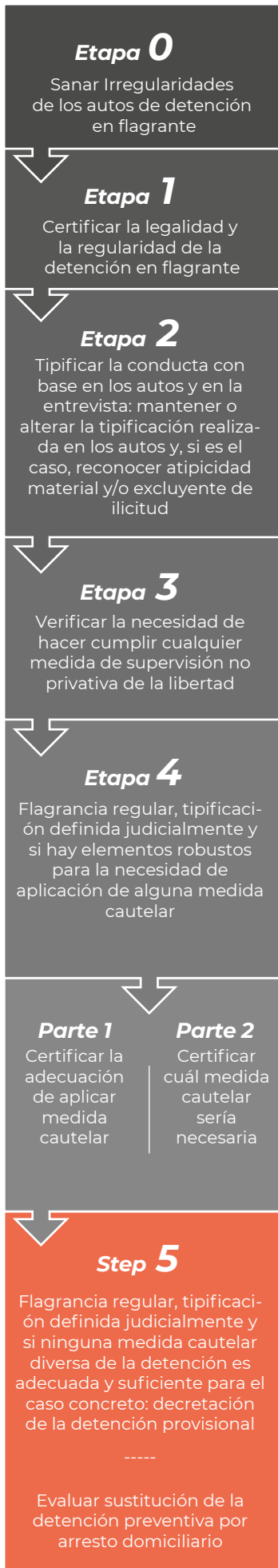
no funcione como requisito autónomo apto a justificar la detención preventiva y que esté **condicionado al criterio de necesidad** para ser válido y adecuarse a la naturaleza preventiva de la detención preventiva.

Posibilidades de sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria

La detención preventiva **puede** ser sustituida por la detención domiciliaria en los casos previstos que ya han sido mencionado art. 318 (personas mayores de 80 años, personas debilitadas por enfermedad grave, entre otros). En lo que se refiere a las mujeres embarazadas, a las madres o a los responsables por niños o por personas con discapacidad, en 2018, la legislación fue alterada y la detención domiciliaria se convirtió obligatoria, excepto para dos casos que serán tratados en el tópico siguiente.

Ocurriendo la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria, se recomienda que el juez o la jueza flexibilice la medida para permitir el ejercicio de trabajo, estudios, tratamientos médicos y cuidados con hijos y dependientes.

Por fin, conviene destacar que no es recomendable la imposición del monitoreo electrónico cumulado con la detención domiciliaria, visto que ambas las medidas son de alto control y de restricción, y los efectos a la vida de la persona detenida pueden ser extremadamente graves.

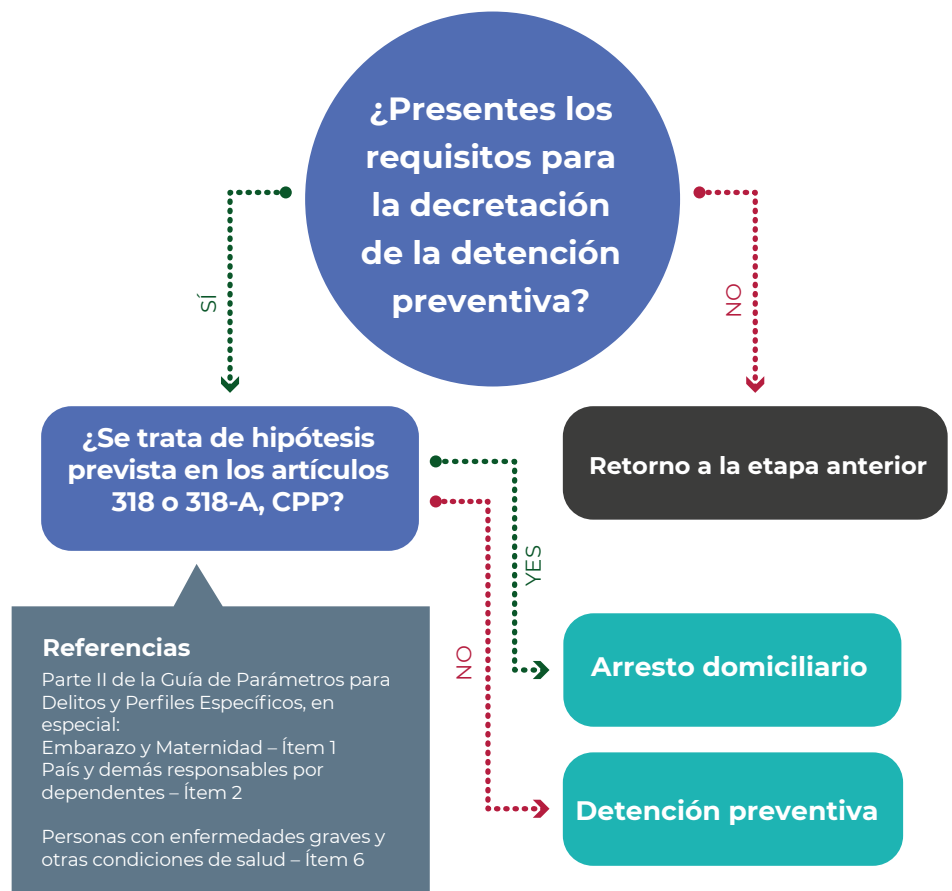


Requisitos:

- Legalidad y regularidad de los autos
- Tipificación de la conducta definida judicialmente con base en los autos y en la entrevista
- Elementos robustos indicando la necesidad de aplicación de alguna medida cautelar
- Ninguna medida cautelar diversa de la detención es adecuada y suficiente para el caso concreto
- Justificación fundamentada en los elementos del caso concreto, de manera individualizada, sobre la no necesidad de sustitución de la detención preventiva por otra medida cautelar
- Existencia de requerimiento específico para la decretación de detención provisional

Nota

- Necesidad de estar amparada por finalidad cautelar (etapa 3)
- Cuidado al analizar los requisitos, no siendo necesaria la detención como:
- (i) respuesta a la gravedad del delito
 - (ii) manera de evitar la "reiteración delictiva"
 - (iii) segregación de individuos contrarios a la orden y "propensos al delito"
 - (iv) medida de seguridad pública
 - (v) mecanismo de restablecimiento de la credibilidad de las instituciones
 - (vi) respuesta al "clamor público"



3. PARAMETRIZACIÓN ESPECÍFICA PARA PERFILES DE PERSONAS DETENIDAS

La presentación de parámetros específicos sobre el proceso decisorio de determinados grupos sociales se justifica en función de la protección que la propia ley presenta, pero también porque varios marcadores sociales, como la clase, la raza, la etnia, el género, la sexualidad, la nacionalidad, la generación³³, informan vulnerabilidades acentuadas sobre tales perfiles en relación con el sistema criminal, así como violencias específicas que tales grupos pueden sufrir. Así, se propone la lectura de este documento en conjunto con la Guía de Protección Social en la Audiencia de Control de Detención y con la Guía de Prevención y Combate a la Tortura y a los Malos tratos para Audiencia de Control de Detención.

EMBARAZO Y MATERNIDAD

En 2018, fue aprobada ley determinando, como regla, que la **detención preventiva** impuesta a la **mujer embarazada, a la madre o al responsable** por niños o personas con discapacidad **será sustituida por detención domiciliaria**, desde que: (i) no haya cometido delito con violencia o grave amenaza a la persona y (ii) no haya cometido el delito contra su hijo o dependiente. Esa nueva ley vino para reforzar y ampliar otra ley aprobada en 2016³⁴ y una decisión del STF pronunciada en 2018³⁵, garantizando el mejor interés del niño y el pleno ejercicio de la maternidad.

33 Categoría de análisis referente a la edad. Conforme a la mención que está en la Guía, ser anciano, por ejemplo, puede indicar vulnerabilidades.

34 La Ley n° 13.257/2016 alteró el CPP ampliando las hipótesis de detención domiciliaria cautelar (art. 318, CPP) para mujeres embarazadas, madres de niños con hasta 12 años o responsables por personas con discapacidad.

35 La decisión del Supremo Tribunal Federal en el HC colectivo n° 143.641 reforzó la aplicabilidad de la ley, al determinar la concesión de la detención domiciliaria para todas las mujeres que se encuadran en las condiciones del Marco Legal. A pesar de eso, la decisión colocó nuevas restricciones a la ley, estableciendo 3 hipótesis en que la detención domiciliaria no se aplicaría: (i) casos en que el crimen fue cometido contra descendientes; (ii) crímenes cometidos con violencia o grave amenaza, así como las (iii) "situaciones excepcionalísimas". HC 143.641. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Sala, fue juzgado el 20/02/2019, DJe: 09/10/2018.

Cuestionamientos y medios de comprobación del ejercicio de maternidad o embarazo

La interpretación en mayor conformidad con la Resolución CNJ n° 213/2015 es la que da **credibilidad a la palabra de la mujer**, con la posibilidad de comprobación documental posterior.

Acercamientos a los órganos del sistema de garantías de derechos del niño y del adolescente

En los casos que involucran a las mujeres embarazadas y a las madres, es común que haya decisiones que determinen el acercamiento a los órganos de protección al niño y al adolescente en el sentido de **poner en cuestión el ejercicio de la maternidad** de la mujer detenida. No obstante, cualquier medida similar se la debe imponer con base en la **protección integral** del niño, buscando fortalecer la **convivencia familiar y comunitaria junto a la familia natural** y un ambiente que valore el desarrollo integral del niño.

El principio del mejor interés del niño no puede ser pensado de manera separada del derecho al pleno ejercicio de la maternidad, a la vivienda y a la convivencia familiar. Por lo tanto, es necesario pensar una tutela jurídica conjunta de la maternidad y de la infancia, **evitando la separación de madres e hijos**. Habiendo necesidad de acercamientos, se recomienda que los hagan con el objetivo de la protección social, con el apoyo del Servicio de Atención a la Persona Detenida para la adopción de medidas de cuidado y asistencia.

Condiciones de la detención domiciliaria

El cuidado con los hijos se resulta de manera amplia, contemplando, por ejemplo, la inserción en registros de protección social y el trabajo para el sustento de la familia. Por lo tanto, debe haber ajustes individualizados, de acuerdo con el **contexto de cada familia**, para convertir **efectivo el cumplimiento de la medida**.

Por fin, conviene reforzar que la detención domiciliaria tiene naturaleza estrictamente sustitutiva a la detención preventiva, no se trata de medida de excelencia para embarazadas, madres.

PADRES Y DEMÁS RESPONSABLES POR DEPENDIENTES

El tratamiento dado a mujeres que tienen hijos menores de 12 años o que necesitan de cuidados especiales debe ser dado también a **otras personas que se encuentran en situación análoga**. O sea, a tíos, a tías, a abuelas o a abuelos responsables por sus sobrinos o nietos; a padres responsables por hijos que de él dependan (aunque solamente

financieramente); a compañeros (as) de mujeres embarazadas; a adultos responsables por los cuidados de ancianos, entre otros.

En ese sentido, y en complementación a la Guía, se destaca la sentencia pronunciada recientemente por la 2ª Sala del STF³⁶, en que fue concedida orden de *habeas corpus* colectivo para determinar la sustitución de la detención cautelar de los padres y responsables por niños y personas con discapacidad, observadas las condicionantes en él indicadas.

En esos casos se aplican las legislaciones que tratan de la infancia y de la adolescencia, que deben ser consideradas para priorizar la libertad provisional o, siendo el caso de detención preventiva, conversión en detención domiciliaria.

PERSONAS LGBTQI+

En relación con las audiencias de control de detención de personas LGBTQI+, es necesario que el juez o la jueza se fije en: (i) la importancia de utilización del **nombre social** de la persona, si es transexual o travestí; y (ii) en los casos de detención, que la decisión sobre el local de privación de libertad sea tomada con la participación de la persona detenida, considerando su seguridad y protección.

En complementación a la Guía, se subraya, todavía, que el STF, en reciente decisión³⁷, adecuándose a las normas internacionales sobre el tema, determinó que cabe “a las transexuales y a las travestís con identidad de género femenina el **derecho de opción** por cumplir condena: (i) en **prisión femenina**; o (ii) en **prisión masculina**, sin embargo, en **área reservada**, que garantice su **seguridad**”.

Por fin, se destaca que hombres transexuales también pueden ser gestantes o lactantes, debiendo aplicarles los mismos parámetros referentes a las mujeres.

PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE Y EN SITUACIÓN DE EXTREMA VULNERABILIDAD

La estanqueidad de la criminalización de la pobreza es un principio previsto en la Resolución CNJ nº 213/2015, que determina que “la situación de vulnerabilidad social de las personas notificadas y conducidas a la audiencia de control de detención no puede ser criterio de selectividad en su detrimento en la consideración sobre la conversión de la detención en flagrancia en preventiva. (...)”. De esa manera, es necesario que la autoridad judicial comprenda que la **falta de dirección fija no** puede ser utilizada como justificativa para la **detención preventiva**. Se deben considerar alternativas para la cita-

36 HC 165.704, Rel. Min. Gilmar Mendes. Fue publicado el 24/02/2021.

37 MC en la ADPF 527/DF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Fue publicado el 22/03/2021.

ción de la persona, como utilizar la dirección de órganos de asistencia social para enviar correspondencias a esas personas. O, todavía, considerar el punto de la ciudad en que la persona puede ser normalmente encontrada.

La falta de documentos, de la misma manera, **no debe ser criminalizada**. A pesar de la autorización legal³⁸, en lugar de imponer la detención, la autoridad judicial debe considerar la propia situación como un **indicador de vulnerabilidad** y accionar la **red de protección social** para regularizar la situación documental.

Es común que la población en situación de calle presente **problemas de salud** u otras cuestiones resultantes del uso de sustancias psicoactivas, incluyendo el síndrome de dependencia, que no deben justificar la detención o internación obligatoria.

Se subraya, todavía, que los acercamientos a la red de protección social deben siempre preservar la autonomía, la voluntariedad y la autorresponsabilización de la persona por el proceso. Y que cautelares como **fianza, recogida nocturna y monitoreo electrónico** deben ser entendidos como **excesivamente onerosos** o **imposibles de que sean cumplidos** por personas en situación de calle. Aun así, tales dificultades para cumplimiento de cautelares no deben justificar la detención preventiva.

MIGRANTES

Similar a lo dispuesto en el caso de personas en situación de calle, la ausencia de **trabajo formal**, de **documentos** y de **dirección fija** de personas migrantes **no** deben ser vista bajo la lógica criminalizadora. De acuerdo con la Ley de Migración³⁹, deben ser seguidas las directrices de protección de los derechos humanos, de la igualdad de tratamiento, de la acogida humanitaria, de la no discriminación y de la no criminalización.

También, similar al caso de personas en situación de calle, dependiendo de las circunstancias, deben ser entendidas como excesivamente onerosas o imposibles de que sean cumplidas las medidas cautelares como la fianza, la recogida nocturna y el monitoreo electrónico. Otras determinaciones importantes sobre personas migrantes, previstas en la Resolución CNJ 213/2015, son el **acceso consular** e **intérprete**⁴⁰ durante la audiencia de control de detención.

38 Art. 313. (...) § 1º También será admitida la detención preventiva cuando haya duda sobre la identidad civil de la persona o cuando esta no suministrar elementos suficientes para aclararla, debiendo el encarcelado ser puesto inmediatamente en libertad después de la identificación, salvo si otra hipótesis recomendar la manutención de la medida. BRASIL. Código de Proceso Penal. Decreto Ley nº 3.689, del 03/10/1941. Disponible en el sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

39 BRASIL. Ley nº 13.445, del 24 de mayo de 2017. Instituye la Ley de Migración. DOU del 25.5.2017. Brasilia: 2017. Disponible en el sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm

40 El art. 193 del Código de Proceso Penal y el art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos también disponen sobre la garantía de intérprete.

La notificación consular debe ser hecha por la autoridad policial en el momento de la detención. No obstante, caso identifique que no haya sido hecha, **el juez o la jueza** responsable por la audiencia de control de detención **deberá proceder a la comunicación**.

En relación al derecho a intérprete en el momento de la flagrancia, esa garantía está prevista en la Resolución CNJ 213/2015, que dispone que:

***“La persona extranjera detenida debe tener asistencia de un intérprete y la persona sorda la asistencia de intérprete de LIBRAS (Lengua Brasileña de Señas), que es el requisito esencial para la plena comprensión de los cuestionamientos y para la recogida de la declaración, fijándose en la necesidad de (i) la persona detenida estar de acuerdo con el uso de intérprete, (ii) el intérprete debe ser informado de la confidencialidad de las informaciones y (iii) el entrevistador debe mantener contacto con el entrevistado, evitando que el entrevistado se dirija exclusivamente al intérprete.”** (negrita nuestra)*

En la ausencia de intérpretes para personas detenidas migrantes, es común que sean designados traductores no oficiales para la audiencia, cuando presentes personas habilitadas. No obstante, eso no puede ser regla. En las unidades judiciales donde hay mayor flujo de población migrante debe ser garantizada la presencia de traductores oficiales, aunque se recurra, excepcionalmente, a la utilización de videoconferencia.

PERSONAS CON ENFERMEDADES GRAVES Y OTRAS CUESTIONES DE SALUD

La individualización de las medidas impuestas en audiencias de control de detención debe considerar las enfermedades graves u otras cuestiones de salud, que se refieren, por ejemplo, las personas ancianas:

- (i) Las dificultades de accesibilidad de esas personas para el cumplimiento de posibles medidas cautelares;
- (ii) Su dependencia de otras personas para sus actividades diarias;
- (iii) La frecuencia de las visitas al médico y otros tratamientos de salud, para que las medidas sean flexibilizadas acorde con la rutina de la persona detenida;
- (iv) La existencia de acompañamientos y/o tratamientos y si la persona toma algún medicamento regularmente.

Por fin, similar a lo dispuesto en los casos de embarazo y maternidad, si la persona no compruebe su situación de salud, el juez o la jueza debe determinar un plazo para juntar dicha comprobación al proceso, sin que se determine la detención en ese período.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA

La Resolución CNJ nº 213/2015 garantiza la asistencia de intérprete de LIBRAS para personas con discapacidad auditiva.

Así, caso no sea posible la realización de la audiencia de la persona detenida por falta de intérprete, se debe determinar a **la revocación o la libertad provisional** sin imposición de otras medidas cautelares, para que no sea cercenado su **derecho de defensa** ni que ella sea penalizada por falta de estructura del tribunal. Posteriormente, podrá ser **designada nueva fecha** para la realización de la audiencia con la presencia de un intérprete.

PERSONAS CON TRASTORNOS ASOCIADOS AL USO DE DROGAS

De acuerdo con lo expuesto, la Guía de Protección Social en la Audiencia de Control de Detención: Parámetros para el Servicio de Atención a la Persona Detenida, la Política Nacional de Alcohol y Drogas – PNAD⁴¹ posee como principios orientadores la responsabilidad compartida y la cooperación entre servicios públicos, iniciativa privada, tercer sector, ciudadanas y ciudadanos.

En ese sentido, en lugar de aumentar estigmas sobre personas que usan drogas, muchas veces insertadas en situación de **extrema vulnerabilidad**, la autoridad judicial debe buscar construir **articulación con la red de protección social**, buscando efectivas soluciones de cuidado. El contacto con el sistema de Justicia debe posibilitar **acceso a políticas de inclusión social, generación de ingreso y trabajo**, siempre respetando la autonomía de esos sujetos.

A pesar de prohibida por el STF, medidas cautelares atípicas son impuestas para la internación para el tratamiento de síndrome de dependencia de sustancias psicoactivas. Es necesario reafirmar, por lo tanto, que solamente pueden ser aplicadas las medidas cautelares previstas en el art. 319 del CPP, y que acercamientos de ese tipo hieren la **autonomía y la voluntariedad** de la persona de someterse a los tratamientos.

INDÍGENAS

En el caso de personas indígenas, en 2019 el Consejo Nacional de Justicia publicó la Resolución nº 287/2019, que establece “procedimientos al **tratamiento de las personas indígenas** acusadas, condenadas o privadas de libertad, y da directrices para asegurar los derechos de esa población en el ámbito criminal del Poder Judicial”. En las audiencias de control de detención, se destacan los **siguientes principios**:

41 BRASIL. Decreto nº 9.761, del 11 de abril de 2019. Aprueba la Política Nacional sobre Drogas. DOU de 11.04.2019. Brasilia: 2019. Disponible en el sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm. Accedido el 09 jul. 2020.

- a) El reconocimiento de la persona como indígena por medio de la **autodeclaración** (art. 3º, *caput*, y § 1º);
- b) La autoridad judicial deberá indagar acerca de la etnia, de la lengua hablada y del grado de conocimiento de la lengua portuguesa (art. 3º, § 2º);
- c) Las informaciones sobre su etnia, lengua hablada, etc., deberán constar en todos los actos del proceso (art. 4º);
- d) La autoridad judicial deberá garantizar la **presencia de un intérprete**, preferencialmente miembro de la propia comunidad indígena (art. 5º, inciso I);
- e) Siempre que posible, podrá ser realizada pericia antropológica, con el objetivo de suministrar subsidios para el establecimiento de la responsabilidad de la persona acusada (art. 6º);
- f) Ocurrendo la imposición de cualquier medida cautelar alternativa a la detención, la autoridad judicial deberá **adaptarla** a las condiciones y a los plazos que **sean compatibles con las costumbres**, local de **residencia** y **tradiciones** de la persona indígena (art. 8º).

Esos son algunos de los puntos que deben ser contemplados en las audiencias de control de detención en el caso de personas detenidas indígenas, que pueden orientar la toma de decisión en ese ámbito, junto con demás derechos y garantías que podrán ser concedidos.



FAZENDO JUSTIÇA



DEPEN
Departamento Penitenciário Nacional



UNODC
Escritório das Nações Unidas
sobre Drogas e Crime



PNUD



CNJ
CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA

ISBN: 978-65-5972-517-5

CRJ



9 786559 725175