

EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LA AUDIENCIA DE CUSTODIA

.....

César Oliveira de Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Doctor en Derecho; Posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM); Posdoctor en Derecho (Universidad Federal de Santa Catarina); Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

RESUMEN

Después de hacer mención a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y otros instrumentos de protección de los derechos humanos, el artículo se concentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, bajo cuya inspiración nació la *audiencia de custodia*, que tiene como objeto garantizar el contacto de la persona presa con la autoridad judicial veinticuatro horas después de la prisión en flagrante. El autor explica el significado, las particularidades y la importancia de esta iniciativa que tiende a aplicarse con frecuencia cada vez mayor en nuestro país y es saludada, entre otras cosas, como un precioso recurso para reducir la sobrepoblación carcelaria.

Palabras Clave

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; *audiencia de custodia*; prisión en flagrante; celeridad; legalidad y necesidad de la prisión; sobrepoblación carcelaria.

ABSTRACT

After mentioning the Universal Declaration of Human Rights and other instruments for the protection of human rights, the article concentrates on the International Covenant on Civil and Political Rights, under whose inspiration was born the custody hearing, which aims to ensure the contact of the person arrested with the judicial authority twenty-four hours after the arrest in flagrante. The author explains the significance, the particularities and the importance of this initiative, which tends to be applied with increasing frequency in our country

and is welcomed, among other things, as a precious resource to reduce prison overcrowding.

Keywords

International Covenant on Civil and Political Rights; custody hearing; prison in flagrante; celerity; legality and necessity of the prison; prison overcrowding.

1. INTRODUCCIÓN

Me sumerjo en el tiempo para una breve incursión histórica y recuerdo, en toda su exuberancia, el tenor de la Declaración francesa, que sirvió como preámbulo a la Constitución de Francia de 1791 y que señaló, con letras doradas, la existencia de principios inmutables que deberían extenderse a todos los pueblos, en todos los tiempos, señalando como derechos esenciales, imprescriptibles y universales, la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Mucho después, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, inspirada en las constituciones pioneras de México de 1917 y de Weimar de 1919, amplió anteriores declaraciones de derechos, indicando no sólo los derechos tradicionales – civiles y políticos –, sino también los derechos económicos, sociales y culturales como el derecho al trabajo, el descanso y la recreación, la salud, la educación, la habitación, la participación en la vida cultural y la protección especial de la maternidad y de la infancia, derechos que se agregan a los civiles y políticos y los completan, en la medida que las dos categorías son interdependientes e indivisibles. Es más,

la dicotomía entre esos derechos fue superada ulteriormente por la Declaración de Viena.

Exuberante en su dicción, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre afirma que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos; que todos tenemos derecho a la vida, la libertad y la seguridad; que nadie debe ser sometido a la tortura ni a tratamiento inhumano o degradante; y que todo hombre tiene derecho a ser reconocido, en todos los lugares, como persona ante la ley y merece como tal su amparo. Es cierto que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dio inicio a la edificación de un nuevo campo del derecho (hoy reconocidamente autónomo de la ciencia jurídica): el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*International Human Rights Law*), iniciado tímidamente después de la 1ª Guerra Mundial, pero consolidado con el fin de la 2ª Guerra y todo lo que ella representó de cruel, de terrible para la humanidad (en particular los horrores del nazismo, la barbarie de los campos de concentración), en un proceso de universalización de los derechos humanos que se materializó, en gran medida, con la elaboración de tratados, convenios, pactos, etc., de amplitud regional y global. Es la fase legislativa del derecho internacional de los derechos humanos, cristalizado en los documentos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU.

Incumbe subrayar que, después de la proclamación en París de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fueron surgiendo gradualmente los sistemas europeo, interamericano y africano de protección de los derechos humanos¹, que se sumaron a los sistemas nacionales de protección, los denominados derechos internos.

Flávia Piovesan, procuradora del estado de São Paulo, Profesora de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y Secretaria Nacional de Derechos Humanos (en el gobierno interino de Michel Temer), deja claro, en diversos textos, que vislumbra, en esa progresiva internacionalización de los derechos humanos, el diseño de una ciudadanía universal, de la cual emanarían derechos y garantías internacionalmente asegurados. En efecto, ciudadanos del mundo, sujetos de derecho internacional: es lo que somos y seremos siempre, en la dimensión de nuestra condición humana.

Ha sido un largo camino, una trayectoria de avances y retrocesos, de pasos ahora lentos, ahora rápidos, a partir del derecho internacional clásico (que veía el Estado como único sujeto de derecho internacional) hasta el derecho internacional de los derechos humanos. Los sistemas global y regional de protección de los derechos humanos están cada vez más fortalecidos, haciendo una gran diferencia en la afirmación y protección de esos derechos.

Entre los instrumentos de protección de los derechos humanos, creados a partir del surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, corresponde citar: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte (1989) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

De uno de los instrumentos aludidos nos ocuparemos en este texto: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), centrándonos en su artículo 9º (3), que contribuyó a la creación y el desarrollo de una importante herramienta de contención del Estado Penal (limitación del *ius puniendi*) y de humanización del proceso penal, lo que implica una buena dosis de prevención del crimen (secundaria y terciaria) y el desahogo de las prisiones: la *audiencia de custodia*.

1. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la XXI Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, compone, junto con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos fueron

ratificados por Brasil en 1992] y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la ya mencionada Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Dividido en seis partes con 53 artículos, contiene en la tercera parte (la más extensa) el elenco de los derechos apellidados de primera generación², entre los cuales se citan el derecho a la vida; la prohibición de la tortura; el derecho a la libertad y la seguridad; la prohibición de la prisión arbitraria; y el derecho a tratamiento digno y humano. A continuación, reproduzco algunos de sus artículos:

6.1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Ese derecho deberá ser protegido por la ley. Nadie podrá ser arbitrariamente privado de su vida.

7. Nadie podrá ser sometido a la tortura, ni a penas o tratamiento crueles, inhumanos o degradantes...

9. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad personales. Nadie podrá ser preso o encarcelado arbitrariamente. Nadie podrá ser privado de libertad, salvo por los motivos previstos en ley y en conformidad con los procedimientos en ella establecidos.

9.2. Cualquier persona, al ser presa, deberá ser informada de las razones de la prisión y notificada, sin demora, de las acusaciones formuladas contra ella.

9.3. Cualquier persona presa o encarcelada en virtud de infracción penal deberá ser conducida, sin demora, a la presencia del juez o de otra autoridad habilitada por ley a ejercer funciones judiciales y tendrá el derecho de ser juzgada en plazo razonable o de ser puesta en libertad. La prisión preventiva de personas que esperan juicio no deberá constituir la regla general, pero la soltura podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia de la persona en cuestión a la audiencia, a todos los actos del proceso y, en el caso de que sea necesario, para la ejecución de la sentencia.

9.4. Cualquier persona que sea privada de su libertad por prisión o encarcelamiento tendrá el derecho de recurrir a un tribunal para que éste decida sobre la legalidad de su encarcelamiento y ordene.

10. 1. Toda persona privada de su libertad deberá ser tratada con humanidad y respeto a la dignidad inherente a la persona humana.

10.2.a. Las personas procesadas deberán ser separadas, excepto en circunstancias excepcionales, de las personas condenadas y recibir tratamiento distinto, compatible con su condición de persona no-condenada.

10.2.b. Las personas procesadas, jóvenes, deberán ser separadas de las adultas y juzgadas lo más rápido posible.

10.3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuyo objetivo principal sea la reforma y la rehabilitación normal de los prisioneros. Los delincuentes juveniles deberán ser separados de los adultos y recibir tratamiento compatible con su edad y condición jurídica.

Dejo de consignar otros derechos, puesto que no están directamente relacionados con la temática que nos ocupa, registrando, sin embargo, que, conforme al artículo 2.1., los Estados Partes del Pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos en él reconocidos, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra condición.

3. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y EL CUADRO PERVERSO DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Regreso al final del mes de octubre de 2005 cuando, integrando la delegación brasileña, de carácter interministerial, participé en la exposición y defensa, por parte del Gobierno Federal, del 2º Informe de Brasil acerca del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Comité de Derechos Humanos de la ONU, en Ginebra, Suiza (responsable del monitoreo de la aplicación del Pacto). Se trataba de la observancia de lo dispuesto en el art. 40, según el cual los Estados Partes se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que lleven a efecto los derechos reconocidos en

el Pacto y sobre el progreso que hayan logrado en lo concerniente al goce de esos derechos: a) en el plazo de un año a contar de la data de entrada en vigor del Pacto, respecto a los Estados-partes interesados; b) sucesivamente, cada vez que el Comité venga a pedirlo. Tales informes indican los factores y las dificultades, si los hay, que afecten su aplicación.

En la obra ya citada, relato que, en el *Palais Wilson*, tuve que responder oralmente a preguntas acerca de tres puntos:

a) el plan de acción brasileño relativo a las condiciones prisionales inadecuadas y a la capacidad poblacional insuficiente, así como los criterios utilizados en la asignación de recursos para los penales estatales (se preguntaba igualmente en qué medida la capacidad y las condiciones de esos establecimientos mejoraron y se solicitaba información sobre el proyecto de establecer directrices para la administración de las prisiones de conformidad con el Pacto);

b) las medidas tomadas para simplificar y acelerar los procedimientos de liberación de prisioneros y de compensación por el confinamiento prolongado arbitrario, aclarando las razones de ese "extraordinario" fenómeno;

c) la disponibilidad y la eficacia de los mecanismos de queja en cuanto a abusos sistemáticos cometidos contra los derechos humanos de los detenidos en prisiones, cárceles municipales y otras formas de custodia.³

Se percibió, entonces, de forma manifiesta, que la preocupación subyacente y prioritaria de los miembros del Comité era el gran número de presos en espera de juicio (en algunos casos alcanzando niveles alarmantes), los cuales habitan las prisiones de los Estados-Miembros de las Naciones Unidas, lo que colabora desmesuradamente para envilecer las condiciones de los centros de reclusión, en su gran mayoría precarios y superpoblados, escenarios de abandono, arbitrariedades, violencia, torturas, lo que supone un desprecio a la dignidad de los cautivos y contrariamente a lo que preconiza el Pacto.

Además de las críticas hechas al modelo decadente del sistema penitenciario brasileño, prevaleció el interés de obtener respuestas para el enfrentamiento de sus males, de sus fragilidades, de los abusos en ella cometidos, de la tortura que persiste intramuros (siete años después, el Subcomité de Prevención de la Tortura y

otros Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas registraba haber recibido "relatos repetidos y consistentes de torturas y maltratos en São Paulo y otras unidades federativas), mostrándose un vasto abanico de opciones que abarcan no sólo la provisión de medios financieros necesarios para la optimización de los equipos y de los servicios y, en consecuencia, el perfeccionamiento de la administración prisional, sino también el estímulo a las iniciativas y las buenas prácticas que permitan, v.g., humanizar la cárcel, disminuir el periodo de clausura y liberar a aquellos que permanecen en su interior mucho allá del tiempo fijado en la sentencia, un absurdo que es más frecuente de lo que uno se imagina y que fue enfatizado en Ginebra.

4. LA AUDIENCIA DE CUSTODIA

De acuerdo con cifras exhibidas por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), fundado en 1975 y vinculado al Consejo Económico y Social de la ONU, con sede en San José, Costa Rica, más del 70% de los presos, en un número significativo de países de América Latina, son provisionales, lo que confirma la utilización abusiva del aprisionamiento, una excrecencia que nos incumbe erradicar a toda costa.

Muchas han sido las medidas adoptadas, en distintos países, para intentar reducir el número de presos provisionales: la despenalización de los delitos menores, es decir, de menor gravedad; la ampliación de la libertad condicional, la libertad vigilada, la libertad anticipada y la prisión doméstica (en ciertos lugares, el empleo proporcional y equilibrado de los regímenes semiabierto y abierto); el uso efectivo de las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, especialmente para ciertos grupos de sancionados (algo que, para muchos, debe ser hecho con extremo cuidado, a fin de evitar la expansión de la red de control que fortalecería el camino para la omnipresencia de un Estado policial); el monitoreo electrónico a distancia como instrumento de control y alternativa a la prisión⁴; la promoción de mecanismos de conciliación, de mediación, de justicia restaurativa⁵ con reparación a las víctimas; la redención de la pena por el trabajo, la educación y la lectura; la ampliación del cuadro de defensores públicos que permitan, con el apoyo de los jueces

de ejecución, asegurar el derecho de los presos a sus beneficios de prelibertad; la determinación de que el número de encarcelados no rebase la capacidad de la unidad penal, de acuerdo con el límite de plazas y tasas de ocupación, que deben ser de conocimiento público, de conformidad con las buenas prácticas y los principios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de las Reglas de Mandela; y, por fin, la adopción excepcional de la prisión preventiva, siendo bienvenida la práctica, exitosa en muchos países, de la *audiencia de custodia*.

Pero, ¿qué es la *audiencia de custodia*?

Inspirada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica), la *audiencia de custodia* tiene por finalidad garantizar el contacto de la persona presa con la autoridad judicial 24 horas después de la prisión en flagrante, aunque en la práctica, por múltiples razones, difícilmente ese plazo sea cumplido.

La *audiencia de custodia* sirve para que el juez: analice la legalidad y la necesidad de la prisión, así como verifique eventuales maltratos al preso (es frecuente este relato). En el momento de la audiencia, con la presencia del representante del Ministerio Público y de un abogado/defensor público, el juez podrá: relajar la prisión en flagrante legal; decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar alternativa a la prisión; mantener suelta a la persona de quien se sospecha haber cometido determinado delito, en el caso de que sea necesario aplicar una medida cautelar.

Dice el art. 9º (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966: Cualquier persona presa o encarcelada en virtud de infracción penal deberá ser conducida, sin demora, a la presencia del juez o de otra autoridad habilitada por ley a ejercer funciones judiciales y tendrá el derecho de ser juzgada en plazo razonable o de ser puesta en libertad. La prisión preventiva de personas que esperan juicio no deberá constituir la regla general, pero la soltura podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia de la persona en cuestión a la audiencia y a todos los actos del proceso, en el caso de que sea necesario, para la ejecución de la sentencia.

Este artículo del Pacto fue reproducido por el art. 7º (5) de la Convención sobre Derechos

Humanos, ratificada por Brasil en 1992: Toda persona, detenida o retenida, debe ser conducida, sin demora, a la presencia de un juez u otra autoridad autorizada por ley a ejercer funciones judiciales y tiene el derecho de ser juzgada en plazo razonable o de ser puesta en libertad, sin perjuicio de que prosiga el proceso. Su libertad puede estar condicionada a garantías que aseguren su cumplimiento en juicio.

Cabe destacar también: a) el art. 306 del Código de Proceso Penal (Decreto-ley n. 3.689 del 03 de octubre de 1941): La prisión de cualquier persona y el local donde se encuentre serán comunicados inmediatamente al juez competente, al Ministerio Público y a la familia del preso o a la persona por él indicada. § 1º en hasta 24 (veinticuatro) horas después de la realización de la prisión, será encaminado al juez competente el auto de prisión en flagrante y, en el caso de que haya sido registrado en el informe el nombre de su abogado, copia integral para la Defensoría Pública. § 2º En el mismo plazo, será entregada al preso, mediante recibo, la nota de culpa, firmada por la autoridad, con el motivo de la prisión, el nombre del conductor y los dos testigos"; b) el art. 310 del mismo Código: al recibir el auto de prisión en flagrante, el juez deberá con fundamento: (Redacción dada por la Ley n° 12.403, de 2011) I - Relajar la prisión ilegal; o (Incluido por la Ley n° 12.403, de 2011); II - Convertir la prisión en flagrante en prisión preventiva, cuando estén presentes los requisitos constantes del art. 312 de este Código, y se revelen inadecuadas o insuficientes las medidas cautelares diversas de la prisión; o (Incluido por la Ley n° 12.403, de 2011); III. Conceder libertad provisional, con o sin fianza. (Incluido por la Ley n° 12.403, de 2011). Párrafo único: Caso el juez verifique, por el auto de prisión en flagrante, que el agente practicó el hecho en las condiciones constantes de la fracciones I a III del *caput* del art. 23 del Decreto-ley n. 2.848, del 7 de diciembre de 1940 - Código Penal, podrá, con fundamento, conceder al acusado libertad provisional, mediante acta de comparecencia a todos los actos procesales, so pena de revocación. (Redacción dada por la Ley n° 12.403, de 2011, que, además, no logró mudar, como se esperaba de la reforma de 2011, el paradigma de la prisión como *prima ratio*).

Ante el reconocimiento de la insuficiencia de los artículos apuntados (en la sistemática bajo examen el juez sólo tiene contacto con el

ciudadano preso en la fecha de su juicio, lo que puede verificarse meses o años posteriormente a su prisión), el proyecto de ley (PLS 554/2011, de autoría del Senador Antonio Carlos Valadares⁶), ahora tramitando en el Congreso Nacional, prevé, con el fin de alterar el Código de Proceso Penal (compatibilizándolo con el Pacto y la Convención), la obligatoriedad de la presentación del preso al juez y la realización de la *audiencia de custodia* (corrigiendo, así, una gravísima laguna en el sistema cautelar en vigor), veinticuatro horas después de la prisión en flagrante, con indudables ventajas, referidas por los estudiosos, entre las cuales se debe destacar: a) afianza al preso el derecho de ser juzgado en un plazo razonable; b) garantiza el derecho de defensa y el contradictorio; c) inhibe y protege al individuo de maltratos y la tortura durante y después de la prisión; d) asegura el respeto a sus garantías individuales y su dignidad como ser humano, piedra angular del instituto.

En esta misma línea, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en asociación con el Tribunal de Justicia de São Paulo y el Ministerio de la Justicia, dio inicio al proyecto *Audiencia de Custodia* (recomendando su implantación en todo el territorio nacional), con la finalidad de tornar viable, con la máxima rapidez, la presentación a una autoridad judicial de los presos en flagrante. En la audiencia participan también el representante del Ministerio Público y un abogado/defensor público. El proyecto prevé, por igual, una estructura diversificada que incluye la creación/estructuración de centrales de alternativas penales; centrales de vigilancia electrónica; centrales de servicios y asistencia social; y cámaras de mediación penal, encargadas de presentar a la autoridad judicial opciones al apriamiento provisional.

Mediante la Resolución n. 213, del 15.12.2015, el CNJ había dispuesto sobre la presentación de toda persona presa a la autoridad judicial en el plazo de veinticuatro horas. He aquí el preámbulo que transcribimos por su riqueza y amplitud:

CONSIDERANDO el art. 9º, ítem 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, así como el art. 7º, ítem 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica); CONSIDERANDO la decisión en los autos de la acusación de incumplimiento

de Precepto Fundamental 347 del Supremo Tribunal Federal, consignando la obligatoriedad de la presentación de la persona presa a la autoridad judicial competente; CONSIDERANDO lo que dispone la letra "a" de la fracción I del art. 96 de la Constitución Federal, que brinda a los tribunales la posibilidad de tratar de la competencia y del funcionamiento de sus servicios y órganos jurisdiccionales y administrativos; CONSIDERANDO la decisión emitida en la Acción Directa de Inconstitucionalidad 5240 del Supremo Tribunal Federal, declarando la constitucionalidad de la disciplina por los Tribunales de la presentación de la persona presa a la autoridad judicial competente; CONSIDERANDO el informe producido por el Subcomité de Prevención a la Tortura de la ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), por el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) y el informe sobre el uso de la prisión provisional en las Américas de la Organización de los Estados Americanos; CONSIDERANDO el diagnóstico de personas presas presentado por el CNJ y el INFOPEN del Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de la Justicia (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, en los años de 2014 y 2015, revelando el contingente desproporcional de personas presas provisionalmente; CONSIDERANDO que la prisión, conforme a previsión constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), es medida extrema que se aplica solamente en los casos expresos en ley y cuando la hipótesis no admite ninguna de las medidas cautelares alternativas; CONSIDERANDO que las innovaciones introducidas en el Código de Proceso Penal por la Ley 12.403, del 4 de mayo de 2011, impusieron al juez la obligación de convertir en prisión preventiva la prisión en flagrante delito, solamente cuando constatada la imposibilidad de relajamiento o concesión de libertad provisional, con o sin medida cautelar diversa de la prisión; CONSIDERANDO que la conducción inmediata de la persona presa a la autoridad judicial es el medio más eficaz para prevenir y reprimir la práctica de tortura en el momento de la prisión, asegurando, por tanto, el derecho a la integridad física y psicológica de las personas sometidas a la custodia estatal, previsto en el art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 2.1 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes;

CONSIDERANDO lo dispuesto en la Recomendación CNJ 49 del 1 de abril de 2014; CONSIDERANDO la decisión plenaria tomada en el juicio del Acto Normativo 0005913-65.2015.2.00.0000, en la 223ª Sesión Ordinaria, realizada en el 15 de diciembre de 2015.

El art. 1º de la Resolución es categórico al determinar que toda persona presa en flagrante delito, independientemente de la motivación o naturaleza del acto, sea de modo obligatorio, en hasta 24 horas de la comunicación del flagrante, presentada a la autoridad judicial competente, y oída acerca de las circunstancias en las que se dio su prisión o aprehensión. No nos detendremos en el análisis de los dieciséis artículos subsecuentes (porque rebasaría el propósito de este artículo), pero llamamos la atención del lector para el Protocolo I (documento que tiene por objetivo presentar orientaciones y directrices sobre la aplicación y el seguimiento de medidas cautelares diversas de la prisión para aquellos presentados en las audiencias de custodia, conteniendo: los fundamentos legales y la finalidad de las medidas cautelares diversas de la prisión; las directrices para la aplicación y el seguimiento de las medidas cautelares diferentes de la prisión; los procedimientos para el seguimiento de las medidas cautelares e inclusión social) y el Protocolo II (documento que, a su vez, busca orientar tribunales y a magistrados sobre procedimientos para denuncias de tortura y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, donde se consignan: la definición de la tortura; las condiciones adecuadas para la escucha del custodiado en la audiencia; los procedimientos para la deposición de la víctima de tortura; los procedimientos concernientes a la colección de informaciones sobre prácticas de tortura durante la escucha de la persona custodiada;; un cuestionario para auxiliar en la identificación y registro de la tortura durante la escucha de la víctima; y las providencias en caso de investigación de indicios de tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes.

En el estado de Ceará (soy de este estado, lo que explica la referencia puntual), el Tribunal de Justicia instituyó, a través de la Resolución n. 14/2015 del Órgano Especial, ad referendum del Tribunal Pleno, obligatoriedad de la realización de audiencia de custodia, presidida por autoridad judicial competente, para presentación de la

persona presa en flagrante delito. Reproduzco a continuación algunos de sus artículos:

Art. 1º. Queda instituida, en el ámbito de la jurisdicción de la Comarca de Fortaleza, la obligatoriedad de la realización de *audiencia de custodia*, para fines de presentación a la autoridad judicial competente, así definida en los términos del art. 7º, de esta Resolución, de todas las personas presas en flagrante delito. Art. 2º. La autoridad policial remitirá al Juicio competente para la realización de audiencias de custodia, en hasta 24 (veinticuatro) horas después de la prisión, el respectivo auto de prisión en flagrante, para el fin de atender a la comunicación de que trata el art. 306, § 1º, del Código de Proceso Penal. § 1º. Protocolizado en la Secretaría del Juicio, ésta certificará si el auto está debidamente instruido con nota de culpa y examen de cuerpo de delito de la persona presa, remitiéndolo, en seguida, mediante despacho del juez, a la Central Integrada de Apoyo al Área Criminal (CIAAC) para fines de investigación en cuanto a los antecedentes criminales y eventuales restricciones a la libertad del arrestado en flagrante. § 2º. Antes de determinar la remesa del auto a la CIAAC, el juez podrá evaluar, ante los elementos presentes, si el caso comporta, de inmediato, el relajamiento de la prisión ilegal o la concesión de la libertad, independientemente de la presentación del preso. § 3º. Devuelto el auto con las informaciones recolectadas por la CIAAC, lo que deberá ocurrir con la máxima brevedad posible, la persona detenida será convocada por la autoridad policial para la realización de la *audiencia de custodia* y los autos de prisión aguardarán en Secretaría la realización de la respectiva audiencia. § 4º. En las hipótesis en que la prisión en flagrante sea comunicada durante finales de semana, feriados u otros períodos en que funcione el régimen del turno, se observará lo previsto en el art. 8º, fracción III, de esta Resolución. Art. 3º. Compareciendo el arrestado en flagrante, el juez procederá a su inmediata escucha, certificándose, sin embargo, que le haya sido dada la oportunidad, antes de la audiencia, de tener contacto previo y razonable con defensor constituido, en el caso de que así haya figurado en ocasión de la redacción del auto de prisión o hasta el momento de la apertura de la audiencia, o, al contrario, con Defensor Público.

La primera *audiencia de custodia* en Ceará fue llevada a efecto en 2016 por la Sala Única de Audiencias de Custodia de Fortaleza. Se trataba de un crimen de receptación y la presentación ocurrió sólo cuatro días después de la detención. El preso, puesto que tenía buenos antecedentes, empleo y residencia fija, obtuvo la libertad provisional. La experiencia de Ceará fue objeto de debate en el XXII Foro Nacional de Derecho Penitenciario: *Audiencia de Custodia*, realizado del 20 al 21 de junio de 2016 por el Centro de Estudios y Entrenamiento de la Procuraduría General del Estado de Ceará, en asociación con el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, órgano del Ministerio de la Justicia.

En los días siguientes, del 22 al 24 de junio, el Consejo Nacional de Justicia llevó a cabo, en la sala de sesiones de la Primera Turma del Supremo Tribunal Federal (STF), el 2º Seminario sobre Tortura y Violencia en el Sistema Prisional y en el Sistema de Cumplimiento de Medidas Socioeducativas – Actuación del Poder Judicial en el Enfrentamiento a la Tortura, con objeto de “fortalecer la actuación y el compromiso de los jueces en la prevención, identificación y combate a la tortura, en especial cuando detectadas en audiencias de custodia”. En el evento se promovieron talleres para entrenamiento de los jueces, así como para intercambio de experiencias de los diferentes tribunales de las 27 unidades federativas. Se informó entonces que el CNJ registró cerca de 2,7 mil denuncias de maltratos y torturas (excesos y abusos policiales) contra personas presas en flagrante en todo el país.

La idea fundamental que preside la *audiencia de custodia* es garantizar la celeridad, prevista en el Pacto y la Convención, permitiéndose, tal y como fue mencionado anteriormente, examinar la prisión desde diferentes perspectivas (ocurrencia de maltratos y tortura, legalidad, necesidad y adecuación de la permanencia de la prisión o concesión eventual de la libertad), imponiéndose o no medidas cautelares. Es siempre recomendable, en este contexto, excluir el ingreso de alguien por un tiempo indeterminado en el sistema penitenciario. Así se contribuirá a desahogar las prisiones, lo que por sí solo es un mérito indudable en un país con más de 600.000 reclusos, solamente detrás de los Estados Unidos, China y Rusia en las cifras globales de encarcelamiento⁷, con déficit de plazas superior a 230 mil. Pero no sólo se versa aquí sobre reducción de la sobrepoblación

carcelaria; lo relevante es igualmente impedir que el individuo se someta a toda suerte de influencias negativas (prisionización) en espacios saturados donde todo se potencializa, donde todo se exagera como, por ejemplo, la falta de asistencia material y jurídica, la menguada oferta de trabajo, los conflictos interpersonales, la violencia (física, moral y sexual), el tráfico de drogas y la corrupción.

Entrevistado sobre el proyecto, el ministro Ricardo Lewandowski, Presidente del Supremo Tribunal Federal y del Consejo Nacional de Justicia, consciente del cambio de cultura provocado por la *audiencia de custodia*, la calificó como un “salto civilizatorio” y adujo: “Nosotros estamos, con ese paso, no sólo dando efectividad a un principio importantísimo, que es el de la dignidad de la persona humana, sino también cumpliendo una obligación que el país asumió al firmar tratados internacionales” (entrevista publicada en Internet). El ministro Luiz Fux, relator de la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 5240, propuesta por la Asociación de los Delegados de Policía de Brasil contra el CNJ (que el STF en buena hora juzgó improcedente), había afirmado en su voto que las audiencias de custodia demuestran ser eficientes en la medida en que impiden prisiones ilegales e innecesarias.

En numerosos países pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos (OEA) se han tomado providencias congéneres, de presentación rápida en juicio: México (los sospechosos deben ser conducidos a un juez en el plazo de 48 horas o ser liberados), Colombia (el plazo es de 36 horas), Chile (el plazo es de 12 horas para encaminamiento a un fiscal, cabiéndole, a su parte, conducir a un juez en el plazo de 24 horas) y Argentina (el plazo viene a ser de 6 horas). Los nombres varían: audiencia de flagrante, audiencia de control de detención, etc., pero la esencia es la misma y el mérito compartido por la mayor parte de las 35 naciones que integran la Organización de los Estados Americanos (OEA).

CONSIDERACIONES FINALES

Para el ya mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU, el lapso temporal entre la prisión de un acusado y su comparecencia ante una autoridad judicial no debe ser largo, o sea, el plazo ha de ser razonable, en los términos del art. 5º, LXXVIII, de la Constitución Federal:

En el ámbito judicial y administrativo, son garantizados a todos la razonable duración del proceso y los medios que aseguran la celeridad de su tramitación.

Muchos se oponen a la *audiencia de custodia*, alegando ser un mero recurso para disminuir los índices de la población prisional y señalando que los jueces corren el riesgo de proceder a juicios apresurados, sin tener muchas veces a su disposición suficientes elementos para una decisión exenta de errores (a manera de ejemplo: la posibilidad de ausencia de una ficha criminal actualizada, que informe, de modo idóneo, la eventual existencia de procesos en otros estados). Es evidente que eso ocurre; nada es perfecto. Pero destáquese que es notorio el éxito de esa iniciativa que se desarrolla actualmente, con la garantía del contradictorio y de la amplia defensa, y que deberá resultar en una disminución gradual y significativa del número de presos provisionales; y eso, en definitiva, tendrá, sin lugar a dudas, una fabulosa repercusión en el sistema presdial, debiendo ser aclamado con el reconocimiento que se exige en la celebración de las buenas prácticas.

Haciendo profesión de fe, con el énfasis determinado por mis convicciones, veo la *audiencia de custodia* no como una panacea (algunos incurren en este equívoco), sino como una respuesta vigorosa, entre otras, para superar

los impases de un área intensamente afectada por la negligencia y la desidia con que siempre fue tratada por quien debería, al revés, asumir la tarea y la responsabilidad de operar cambios.

Los que luchan para que la *audiencia de custodia* se firme en nuestro país, expurgando eventuales imperfecciones (estamos gateando en su aplicación práctica y tenemos todavía un largo camino de continuo aprendizaje), apuestan, a medio y/o largo plazo, a que los presos provisionales constituyan una mínima parcela de la población intramuros. Lograr este objetivo es un gran paso para el enfrentamiento de otros males presentes en este universo, permitiéndonos soñar con una ejecución penal digna, respetuosa de los derechos humanos del conjunto de encarcelados.

Concluyo, bañado de optimismo, con la reflexión de Eduardo Galeano, el excepcional escritor y periodista uruguayo, autor de "Las Venas Abiertas de América Latina", preso por la dictadura militar en los años 70 y exilado en España hasta 1985, habiendo fallecido en abril de 2015: "La utopía está allá en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte corre diez pasos. Por más que yo camine, jamás alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Sirve para eso: ¡para que yo no deje de caminar!"

NOTAS

1 *El Sistema de Protección Europeo*: Uno de los más antiguos y evolucionados sistemas regionales, el sistema europeo de protección de los derechos humanos, se funda en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, Francia, también llamado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, órgano judicial con función consultiva y contenciosa al que se encaminan denuncias de violaciones de los derechos humanos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Protocolos 1, 4, 6 y 7, ratificados por algunos Estados. Hasta el año de 1998 eran dos los órganos que componían el sistema (el Tribunal y la Comisión Europea de Derechos Humanos), pero el Protocolo n. 11, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, suprimió la Comisión como *filtro de las demandas*, que pasaron a ser directamente planteadas al Tribunal. Éste tiene su presidente, dos vicepresidentes y dos presidentes de sección con mandato de tres años. En cada una de las cuatro secciones se forman, por un ciclo de doce meses, comités de tres jueces, encargados de tamizar las denuncias. Hay salas de siete miembros dentro de cada sección que funcionan de modo rotativo y la Gran Sala, compuesta por diecisiete jueces, por un período de tres años.

El Sistema de Protección Africano: La más nueva Corte regional, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ha empezado a tornarse realidad. Ella se suma a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en 1987, un año después de la entrada en vigor de la Carta Africana (Banjul, Gambia). Su Protocolo, adoptado en 1998, está en vigencia desde el 25 de enero de 2004. Dos años después sus 11 jueces fueron elegidos. Le faltan la adopción del Reglamento y la definición de su sede permanente (hasta ahora comparte la sede con la Comisión en Gambia). Se tiene noticia de que la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana ha aprobado una Resolución que estableció la fusión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Justicia.

El Sistema de Protección Interamericano: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos se compone, *ex vi* del artículo 33 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos (en vigencia desde el 18 de julio de 1978), de dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (con sede en Washington) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José, Costa Rica). *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: Órgano de la OEA, creado en 1959, está integrado por siete miembros, expertos de reconocida autoridad moral y versados en derechos humanos, elegidos por la Asamblea General de la OEA a partir de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. Los comisionados, quienes no son representantes de los Estados ni de los gobiernos, tienen un mandato de cuatro años, prorrogable por una sola vez. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*: Órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección, creado en 1969, está integrado por siete jueces naturales de Estados Miembros de la OEA (elegidos, según el artículo 52 de la Convención Americana: a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida autoridad en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos). (Texto extraído, con ajustes, del libro *La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor*, Porrúa, México, 2009, pp. 343-347)

2 Una nomenclatura que juzgamos inadecuada, tal y como fue mencionado en la presentación de la revista n. 14 del Instituto Brasileño de Derechos Humanos, firmada por mí y por el Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez de la Corte Internacional de Justicia: Hay que destacar, en primer plano, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). Al propugnar por una visión necesariamente *integral* de todos los derechos humanos, el IBDH advierte de la imposibilidad de buscar la realización de una categoría de derechos en detrimento de otras. Cuando se vislumbra el caso brasileño, esa concepción se impone con mayor vigor, puesto que desde los principios de la sociedad predatoria hasta el acentuar de la crisis social agravada en los años más recientes, nuestra historia ha estado

marcada por la exclusión, para largas fajas poblacionales, sea de los derechos civiles y políticos, en distintos movimientos, sea de los derechos económicos, sociales y culturales. La concepción integral de todos los derechos humanos se hace presente también en la dimensión temporal, desechando fantasías indemostrables como la de las “generaciones de derechos”, que ha perjudicado la evolución de la materia, al proyectar una visión fragmentada o atomizadas en el tiempo de los derechos protegidos. Todos los derechos para todos es el único camino seguro. No se puede postergar para un tempo indefinido la realización de determinados derechos humanos.

- 3 La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor, Porrúa, México, 2010, p. 113.
- 4 Es importante tener en cuenta lo siguiente: Lo sustancial es la convicción que se sedimenta paulatinamente no sólo del estrepitoso fiasco y de la consiguiente residualidad de la privación de libertad, el más pesado eslabón de una cadena de puniciones que se perpetúan en el tiempo, sino también de que el monitoreo electrónico no puede ser someramente categorizado como bueno o malo, es en su empleo positivo o negativo que radica la respuesta. Como dice Concepción Arenal, penitenciaria española, inspectora de prisiones femeniles, uno de cuyos lemas era: “Odia el delito y compadece al delincuente”: “No hay que acusar a las buenas teorías de las malas prácticas.” (BARROS LEAL, César, *La Vigilancia Electrónica a Distancia: Instrumento de Control y Alternativa a la Prisión en América Latina*, Porrúa, México, 2010, pp. 123-124)
- 5 Léase: Ante el fiasco unánimemente reconocido de la pena privativa de libertad (parafraseando a Elías Neuman, nadie puede cubrir con los dedos de una mano los soles de esta evidencia, visible como un escorpión en un plato de leche), máxime en su ilusoria propuesta de resocialización, de rehabilitación, además de la ineptitud de los modelos hegemónicos y autoritarios de control y la notoria incapacidad del derecho penal convencional, de matiz represivo, de vencer los desafíos de la criminalidad contemporánea (por ello lo llaman “tigre de papel”), se robustece cada vez más, en el proceso penal y la ejecución de la pena, la percepción de que se requiere un cambio significativo en el paradigma de la justicia criminal, con la adopción de nuevos conceptos, de estrategias más eficaces y legítimas, entre las

cuales se incluyen las formas o vías alternas de punición y resolución de disputas (instancias por lo general no judiciales, oficiosas, celebradas por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni), en especial a través de medidas constructivas, de consenso, como la conciliación y la mediación. Hacemos referencia a una práctica de justicia muy distinta de los patrones ordinarios de la justicia penal, ésta de corte nítidamente disuasorio, retributivo-punitivo, basada en el exceso de formalismos, en la estricta legalidad, y una relación traumática, adversarial, a veces hostil (una *ceremonia de degradación*, usando el lenguaje de Garfinkel), marcada por el distanciamiento, un *diálogo entre sordos*, cuyos actores principales son estatales –policía, fiscal del MP y juez– ya que el delito es visto, en un contexto bipolar (bidimensional), como una disconformidad autor-Estado, *id est*, como una ofensa contra el Estado (la supuesta víctima, el principal lesionado), poniéndose el acento en la ruptura de las leyes, en la violación del bien jurídico tutelado y en la culpa del agente, en una óptica retroactiva, con énfasis en el pasado, “olvidándose que, en su base, hay generalmente un conflicto humano, causante de otras expectativas, bien distintas, además de la mera pretensión punitiva estatal.” E ignorando, *ut retro*, casi por completo a la víctima, despreciada en su identidad y humanidad, sin voz en la respuesta penal/estatal, convertida en *estatua de piedra*. (BARROS LEAL, César, *Justicia Restaurativa: Amanecer de una Era. Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores*, Porrúa, México, 2015, pp. 13-14).

- 6 Léase: “[...]” § 1º En el plazo máximo de veinticuatro horas después de la prisión en flagrante, el preso será conducido a la presencia del juez para ser oído, con vistas a las medidas previstas en el art. 310 y para que se verifique si están siendo respetados sus derechos fundamentales, debiendo la autoridad judicial tomar las medidas oportunas con vistas a preservarlos y para investigar eventual violación. § 2º En la *audiencia de custodia* de que trata el párrafo 1º, el Juez escuchará al Ministerio Público, que podrá, caso entienda necesaria, requerir la prisión preventiva u otra medida cautelar alternativa a la prisión; enseguida oír al preso y, después de manifestación de la defensa técnica, decidirá con fundamento en los términos del art. 310. § 3º La escucha a que se refiere el párrafo anterior será registrada en autos apartados, no podrá ser utilizada como medio de prueba contra el deponente y versará,

exclusivamente, sobre la legalidad y necesidad de la prisión; la prevención de la ocurrencia de tortura o de maltratos; y los derechos asegurados al preso y al acusado. § 4º La presentación del preso en juicio deberá ser acompañada del auto de prisión en flagrante y de la nota de culpa que le fue entregada, mediante recibo, firmada por la autoridad policial, con el motivo de la prisión, el nombre del conductor y los nombres de los testigos. § 5º La escucha del preso en juicio siempre se dará en la presencia de su

abogado, o, en el caso de que no haya o no lo indique, en la de Defensor Público, y en la del miembro del Ministerio Público, que podrán inquirir al preso sobre los temas previstos en el párrafo 3º, así como manifestarse previamente a la decisión judicial de que trata el art. 310 de este Código.”

- 7 La población carcelaria de Brasil se convierte en la 3ª mayor del mundo en el caso de que se consideren a las personas que están en prisión domiciliaria.