

PRISIÓN SIN CONDENA: ANÁLISIS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Juan Marcelino González Garcete*¹

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. LA PRISIÓN PREVENTIVA. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS. DERECHOS HUMANOS. GÉNERO Y JUSTICIA PENAL. JUSTICIA PENAL. JUSTICIA RESTAURATIVA. PENAL JUVENIL. PREVENCIÓN DEL DELITO. ALGUNOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA. ÍNDICES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REGIÓN. SISTEMA PENITENCIARIO: POLÍTICAS DE SEGURIDAD Y PROCESOS DE CONTRARREFORMAS. SEGURIDAD CIUDADANA: POLÍTICAS PÚBLICAS. GRUPOS VULNERABLES. A MODO DE CIERRE.

-
1. Abogado. Notario y Escribano Público. Mejor Egresado y Medalla de Oro de la Promoción 2000 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2008). Maestría en Ciencias Criminológicas. Diplomados en Derecho Procesal Civil, Derecho Penal, Procesal Penal y Procesal Constitucional. Profesor de Derecho Procesal Civil, Constitucional y Administrativo. Autor de numerosas obras entre las que se destacan las siguientes obras jurídicas: Hechos y Actos Jurídicos. Teoría General de los Contratos. Manual de Derecho Procesal Civil. Las excepciones en el derecho procesal civil. La demanda y la contestación: Teorías que la sustentan. Los nuevos paradigmas de la libertad de expresión y de prensa. La cuestión de Género en los anales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Padrino de Promoción de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2006-2007). Conferencista Internacional en temas de Derecho Procesal Constitucional y Procesal Civil. Distinguido como Padrino de Promoción de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2008-2009), Premiado como “Ciudadano Ilustre” por el Parlamento de Municipalidades del Mercosur (2008). Premiado por la Junta Municipal de Pedro Juan Caballero por a) los trabajos realizados a favor de los niños y adolescentes; b) por haber obtenido el título de Doctor en Derecho.

1. Introducción

Esta ponencia tiene por objetivo demostrar el “estado actual”² de la aplicación de la prisión preventiva en Latinoamérica y las “principales tendencias” que determinan su “uso abusivo y arbitrario”, pero dentro del contexto jurídico, sociológico y desde la perspectiva de la criminología.

Este trabajo abarcará seis partes –a los efectos de su mejor ilustración y debate– y que son:

- a) El primer punto incluirá un breve análisis de los estándares internacionales aplicables.
- b) En el segundo punto se examinarán los índices de la prisión preventiva en la región, plazos y los criterios legales de su aplicación.
- c) El tercer punto estará destinado a indagar el impacto que produce en el sistema penitenciario la implementación de políticas de seguridad y los procesos de contra reformas.
- d) El penúltimo punto evaluará las circunstancias de la prisión preventiva en relación a los grupos vulnerables (mujeres, pueblos indígenas, adolescentes, etc.).
- e) La última parte, una conclusión no definitiva, pero sí como a modo de cierre del trabajo de investigación sobre el daño desde el punto de vista jurídico, criminológico y sociológico del “uso abusivo” de la prisión preventiva.

2. La prisión preventiva

En toda América Latina, con la entrada en vigencia en todos los países de un nuevo proceso penal, se implementó un cambio de paradigma, en el cual

2. El hecho de que en 2015 me encuentre abocado a la elaboración de un trabajo sobre prisión preventiva, cuando respecto del tema se viene discutiendo desde antaño y la bibliografía existente sobre la materia resulte inabarcable –ello así aún si sólo se utilizara la existente en idioma castellano– puede resumirse en la vigencia de las precisas palabras de Carrara –Programa de Derecho Criminal, Volumen II. Temis, Bogotá. 1859, pág. 375– para quien: “Las precauciones con las que la ley atiende a la restricción de la custodia preventiva, son el criterio por el cual debe juzgarse el respeto que se les tiene a las libertades civiles de un pueblo.

se abandonaba un **sistema inquisitivo**, como lo era el antiguo procedimiento, en donde el juez era quien dirigía la investigación, la acusación y la sentencia, además de contar con la facultad de *poder decidir* entre la libertad provisional o la prisión preventiva.

Todo esto presentaba muchas veces dudas respecto a la confiabilidad del proceso y las posibles arbitrariedades que se podían generar.

Fue reemplazado por un **sistema garantista**, en el cual uno de los grandes objetivos es que se pretende dar un trato equilibrado, que ordena buscar la reparación de un daño sufrido por una víctima, y desde luego, garantizar los derechos asegurados en la constitución respecto del imputado que se le atribuye la comisión de un hecho punible, del cual se considera “inocente” mientras no exista una sentencia que declare lo contrario.

Pero –sin embargo– en este proceso denominado **sistema garantista**, aparecen ciertas medidas cautelares, y entre ellas las denominadas “medidas cautelares”, y entre ellas la **prisión preventiva**.

La prisión preventiva no es una institución nueva, ni en el derecho nacional, ni en el comparado, incluso históricamente, ya que en el derecho romano se encontraba esta medida coercitiva de libertad, **como mecanismo restrictivo sobre el imputado que pesaba la comisión de un hecho punible de gravedad**.

Es así que –a modo de vuelo de pájaro– repasemos su origen y evolución. En el Derecho Romano, era criterio del juez, el punto base sobre el cual se decretaba o no la aplicabilidad de esta medida, lo que traía como resultado arbitrariedades y abusos en su aplicación.

Con la llegada de la era denominada “cristiana” y su posterior evolución de las medidas cautelares en los siglos posteriores, se logró la humanización de la prisión preventiva, gracias a los avances de la criminología y en el derecho penal en general, hasta converger, en todos los códigos procesales penales de Latinoamérica.

Es así que podemos conceptualizar a este instituto como:

“una medida cautelar personal, de carácter excepcional, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, durante la substanciación de un procedimiento penal y con el

objeto de asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

Esta noción de lo que sería la **prisión preventiva**, ya nos entrega la finalidad con la cual fue creada: la seguridad.

En primer lugar, la seguridad de que el procesado no va sustraerse de los mandatos de la justicia y/o proceso que se le sigue; en segundo lugar, la seguridad de la sociedad en general, debido al carácter público del derecho penal, protegiendo la seguridad de la persona de la víctima u ofendido del delito y a toda la sociedad.

En este punto quisiera detenerme un poco para expresar una opinión y/o criterio muy personal.

Si partimos de un pequeño análisis dialéctico que nos lleva al punto de que si la finalidad de las medidas cautelares, y en especial, la de la prisión preventiva, es la SEGURIDAD³ para lograr ese objetivo debe existir un MEDIO, que en la doctrina es conocida como “juicio de peligrosidad”, del cual se vale el juez para decretar alguna de las medidas cautelares personales, con el fin de evitar que el sometido a proceso realice alguna acción que impida se realice el proceso penal de forma normal y plena, o que exista el peligro de que encontrándose el imputado pueda cometer daño en contra la persona del ofendido, o bien, en contra de la sociedad en general.

Por tanto, ya hemos cumplido con el primer requisito del ítem que es determinar el origen y la finalidad de la prisión preventiva, a los efectos de que seguidamente establezcamos los estándares internacionales aplicables a la aplicación de este instituto.

2.1 Tratados internacionales sobre Derechos Humanos

En un análisis diagnóstico de los sistemas de justicia penal en cualquier país latinoamericano el espejo lo constituye el “sistema penitenciario”, sin lugar a dudas, el que presente un cuadro de mayor gravedad, con problemas

3. En su doble aspecto, ya sea para asegurar el resultado del procedimiento, seguridad del ofendido y protección de la sociedad).

que tienen que ver con la vida, la seguridad, la salud de miles de personas, y con la violación sistemática de estos y otros derechos fundamentales, que son violados, paradójicamente, por el sistema de justicia creado, justamente, para tutelarlos.

Esto que decimos es ya “moneda corriente” en un continente en el que forma continua nos enteramos, por los medios de comunicaciones de masa, de dramáticas explosiones de violencia penitenciaria con muertes de muchísimas personas.

Al respecto, en una investigación patrocinada por ILANUD⁴ determinamos que las muertes por homicidio al interior de las prisiones ocurren en una relación de 25 veces más alta que en la vida en libertad, y que el número de las muertes por suicidio es al menos 8 veces más alta⁵.

Por esta y otras razones similares, el fenómeno penitenciario, y el tema en general de los efectos criminógenos de los sistemas de justicia penal, han dado lugar a toda una sección de la criminología y de la sociología criminal destinada a la materia.

Pero a su vez –dentro del tema penitenciario– el subtema de los “presos sin condena” es el más alarmante, por cuanto se trata de presos que no han sido formalmente condenados, pero que están cumpliendo, materialmente, una condena, aunque en gran número de ellos será posteriormente declarado inocente o con salidas alternativas o sucedáneas, como lo constituyen la suspensión condicional del procedimiento, el procedimiento abreviado o la aplicación del criterio de oportunidad, y en ultima ratio con el sobreseimiento provisional.

El de los presos sin condena es el “grupo de presos más numerosos” en muchos países de América Latina, como resulta de los informes proveídos por los organismos internacionales.

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el Principio de Culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), que significa que la pena sólo puede

4. <http://www.ilanud.or.cr/>

5. Cabe constar que el estudio se hizo en el sistema penitenciario considerado en ese momento como el de menor violencia en la región, de lo que se desprende que las probabilidades promedio reales de muerte por homicidio o suicidio son bastante más altas que esto.

fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, por la garantía procesal del Principio de Inocencia⁶.

Estas y otras garantías básicas del Derecho Penal están consagradas en instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar en nuestra región los siguientes:

1) Derechos Humanos

1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

1.3. Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.

1.4. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

1.5. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

1.6. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

1.7. Pacto internacional de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

2) Género y justicia penal

2.1. Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las discriminaciones contra las mujeres.

2.2. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”.

2.3. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

2.4. Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer.

6. Que en términos sencillos, podríamos decir que es el estado de inocencia perdura mientras no se declara la culpabilidad por resolución judicial firme.

3) Justicia penal

3.1. Aplicación de instrumentos internacionales sobre la protección a la persona.

3.2. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

3.3. Compilación de instrumentos internacionales sobre la protección de la persona.

3.4. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

3.5. Convención americana sobre derechos humanos.

3.6. Declaración de las Naciones Unidas sobre el delito y la seguridad pública.

3.7. Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI.

3.8. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder.

3.9. Declaración universal de derechos humanos.

3.10. Directrices para la aplicación efectiva del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

3.11. Directrices sobre la Función de los Fiscales.

3.12. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

3.13. Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos pacto internacional de derechos económicos.

3.14. Planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia.

3.15. Principios básicos de las Naciones Unidas relativas a la independencia y la justicia.

3.16. Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

3.17. Principios básicos sobre la función de los abogados.

3.18. Procedimientos para la aplicación efectiva de los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura.

3.19. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.20. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

3.21. Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos.

3.22. Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal.

3.23. Resolución 1990 del consejo económico y social, sobre la pena capital.

3.24. Resolución 2857 de la Asamblea General, sobre la pena capital.

3.25. Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a pena de muerte.

3.26. Tratado modelo de las Naciones Unidas sobre la asistencia recíproca en asuntos penales.

3.27. Tratado modelo de las Naciones Unidas sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional.

3.28. Tratado modelo de las Naciones Unidas sobre la remisión del proceso en materia penal.

4) Justicia restaurativa

4.1. Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal.

4.2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad.

5) Penal juvenil

5.1. Convención sobre los derechos del niño.

5.2. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

5.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

5.4. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.

6) Prevención del delito

6.1. Cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo.

6.2. Declaración de Bangkok sobre sinergias y respuestas, alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal.

6.3. Informe del sexto congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, “Declaración de Caracas”.

6.4. Plan de acción de Milán.

6.5. Prevención del delito.

6.6. Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional.

6.7. Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal.

6.8. Séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Teniendo en cuenta todos los tratados internacionales citados precedentemente, las mismas se entremezclan y se relacionan entre sí, y en gran medida tratan de evitar los “usos y abusos” de la prisión preventiva.

LANUND⁷ desarrolla programas y proyectos en materia de criminalidad y justicia penal, promoviendo un uso prudente de la justicia penal y de prisión.

Asimismo, desarrolla alternativas de la prisión, el respeto a los derechos fundamentales de los privados de libertad y de los funcionarios y funcionarias penitenciarias, el fortalecimiento de la defensa pública, el fortalecimiento de la función del juez de ejecución de la pena, y la compilación, sistematización y análisis de información estadística y doctrinaria básica sobre estas materias.

De igual forma, se toman en cuenta otros instrumentos internacionales relevantes, como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las

7. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.

Personas Privadas de Libertad en las Américas adoptados por la Comisión Interamericana en marzo de 2008 en el marco de su 131° período ordinario de sesiones; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (en adelante “las Reglas Mínimas”); los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), entre otros. Los cuales han sido utilizados consistentemente, tanto por la Comisión, como por la Corte Interamericana como pauta de interpretación del contenido y alcances de las disposiciones de la Convención Americana en casos de personas privadas de libertad.

2.2 Algunos estándares internacionales en materia de prisión preventiva

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, desde sus primeras sentencias en el año 1998 hasta la fecha, se ha pronunciado sobre el tema de la protección de la integridad y libertad personales en más de 67 casos contenciosos, 31 medidas provisionales y 6 opiniones consultivas.

Desde sus primeros años de funcionamiento la mayoría de los casos conocidos por la Corte IDH se han referido a la integridad y libertades personales y el derecho a la vida, lo que le ha permitido crear una extensa y detallada jurisprudencia sobre la materia, la cual hoy se expone como jurisprudencia vinculante para el operador ordinario de justicia en los Estados Partes bajo el imperativo del Control Difuso de Convencionalidad.

En efecto, el derecho a la libertad personal, las restricciones a este derecho y el trato que los Estados dan a las personas privadas, es uno de los temas de mayor trascendencia actualmente en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

Es por ello en este acápite estudiaremos brevemente “algunos estándares internacionales en materia de prisión preventiva”, por ello abordaremos de manera casuista el marco estructural fundamentalista de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos para hacer efectiva la tutela jurisdiccional del derecho a la libertad personal como contenido del imperativo del control difuso de convencionalidad por parte de los operadores de justicia en los Estados Partes.

PRIMER ESTÁNDAR: La detención como excepción de libertad desde el modelo sistémico de los derechos humanos

Desde el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador” (2007), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORIDH) ha establecido que el artículo 7 de la Convención, sobre el “DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL”, tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica.

Veamos el texto integral del artículo 7, convencional, que la letra establece:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

- 1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
- 2) Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- 3) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
- 4) Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
- 5) Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.
- 6) Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho

recurso no puede ser restringido ni abolida. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

- 7) Nadie será detenida por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimenticios.

La regulación general del derecho a la libertad personal se encuentra en el primer numeral del artículo 7 de la Convención, cuando dice:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”; mientras que la regulación específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7).

SEGUNDO ESTÁNDAR: El alcance de la libertad personal establecida en la Convención y en la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso “Niños de la Calle vs. Guatemala” (1.999) la Corte Interamericana fijó el criterio en torno a la libertad personal, derivada del artículo 7.1, conforme el cual la protección de la libertad salvaguarda:

“Tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal”⁸.

8. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170, párr. 51, y caso Yvon

Es por ello, entonces, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado, en términos generales, el segundo estándar en materia de prisión preventiva.

En el caso de Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sostuvo que:

“La libertad personal sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que este lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo”⁹.

De lo que se trata, entonces, es que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes casos, ha establecido que el artículo 7 de la Convención “protege exclusivamente el derecho de la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia

➡ Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 89.

9. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170, párr. 51, y caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 52

física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”¹⁰.

Vale anotar, también, que en la sentencia del caso Chaparro Álvarez vs. Ecuador la Corte Interamericana de Derechos Humanos asimila criterio verificado por la Corte Europea de los Derechos Humanos y sostiene que:

“...la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”; por lo que, en consecuencia, el numeral primero del artículo 7 protege de manera general el derecho a la libertad y la seguridad personales mientras que “los demás numerales se encargan de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad”¹¹.

TERCER ESTÁNDAR: Proscripción de la peligrosidad sustancial

Este tercer estándar se resume en que el Estado no puede, bajo ninguna circunstancia, fundamentar el dictado, o la mantención de la prisión preventiva, en la presunta peligrosidad sustancial –o social– del imputado, pues ello implica lisa y llanamente un adelantamiento de la pena.

En otras palabras, “medida” y “pena” adquirirían así la misma finalidad, la reacción frente al hecho punible y el aseguramiento de la seguridad social, sólo que la segunda es impuesta una vez demostrada la responsabilidad penal del imputado y la primera luego de acreditada someramente la existencia de un eventual hecho delictuoso y la posible participación del imputado en el mismo.

Esta relación fue advertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace ya varios años, en el fallo emblemático “Suárez Rosero” donde sostuvo la prohibición de legitimar el encarcelamiento de inocentes en fines de tipo sustancial.

Precisamente estableció que:

10. Véase, verbigracia, caso Yvón Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, N° 180, párr. 90

11. Caso Chaparro Álvarez vs. Ecuador, párr. 53.

“Del artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”¹².

Idéntico derrotero ha recorrido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe N° 35/07 donde dispuso que:

“La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. Por ello se deben desechar los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho... porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva”¹³.

CUARTO ESTÁNDAR: verificación de la peligrosidad procesal.

Delimitados los ámbitos de aplicación de cada uno de los tipos de peligrosidad debemos precisar bajo qué reglas debe determinarse la peligrosidad procesal.

Precisamente, me interesa sistematizar los límites que deben guiar el “juicio de peligrosidad”, es decir, qué cuestiones o elementos no pueden invocarse a fin de probar la existencia de la misma. Como podrá advertirse, no me interesa determinar cómo se prueba la peligrosidad –tarea ya de por sí titánica en tanto involucra la posibilidad de predecir el futuro, la facultad de predecir qué personas realizarán ciertas conductas en el futuro, cuestión que podría

12. Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia N° 12/11/1997

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe 35/07, párrafos 81 y 84.

objetarse válidamente como imposible, sea por los partidarios del determinismo o del libre albedrío, pues lo que está en juego es el método para realizar tamaña actividad– sino los límites de dicha tarea: qué no puede hacerse en el proceso de verificación.

Por ello, es vital en primer lugar: a) la necesidad de verificación en concreto; b) los pronósticos de pena; y c) el límite temporal máximo para la privación “cautelar” de la libertad.

Con relación al primer punto, expuesto como a) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dijo:

“Es indispensable acreditar que en los casos en que se propone y dispone la privación cautelar de libertad, ésta resulta verdaderamente necesaria. Para ello cabe invocar diversas referencias, a título de elementos de juicio sujetos a apreciación casuística, puesto que se trata de acreditar que en el caso concreto –y no en abstracto, en hipótesis general– es necesario privar de libertad a un individuo. Fundar la privación de libertad en consideraciones generales, sin tomar en cuenta los datos del caso particular, abriría la puerta, en buena lógica –que en realidad sería mala lógica–, a someter a las personas a restricciones y privaciones de todo género y de manera automática, sin acreditar que son pertinentes en el supuesto particular que se halla a consideración de la autoridad”¹⁴.

“Obviamente, ambos factores de la privación de libertad deben hallarse suficientemente establecidos: no basta el alegato del acusador o la impresión ligera del juzgador. Es preciso acreditar el riesgo real de sustracción del inculcado a la justicia y el peligro, asimismo efectivo, en que se halla la marcha regular del enjuiciamiento. Se trata de mandatos restrictivos de un derecho fundamental; de ahí la necesidad de que se hallen debidamente motivados y fundados”¹⁵.

-
14. Voto razonado de juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH, “López Álvarez vs. Honduras”.
 15. Voto razonado de juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH, “Bayarri vs. Argentina”.

“El riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación si consideración del caso concreto no satisface este requisito... De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva... En apoyo a esas consideraciones, la Corte Europea ha sostenido que las autoridades judiciales deben, en virtud del principio de inocencia, examinar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales y asentarlo en sus decisiones relativas a las solicitudes de libertad”¹⁶.

Resumiendo, podemos decir que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reconocido el **deber que tienen los Estados de mantener el orden público y proteger del delito y la violencia a todas las personas bajo su jurisdicción.**

Sin embargo, ha reiterado en numerosos fallos que el principio largamente establecido en el Sistema Interamericano de que:

“independientemente de la naturaleza o gravedad del crimen que se persiga, la investigación de los hechos y eventual enjuiciamiento de determinadas personas deben desarrollarse dentro de los **límites**”¹⁷

16. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 35/07, apartados 85 y 86 y 86.09, apartado 85

17. A este respecto, desde hace más de dos décadas los órganos del Sistema Interamericano han interpretado y aplicado estas normas, estableciendo que de las mismas se desprenden, en síntesis, los siguientes estándares: (i) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; (ii) los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; (iii) consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva de una persona; (iv) aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; (v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; (vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su procedencia; (vii) el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena; y (viii) en el caso de niños, niñas y adolescentes los

y conforme a los procedimientos que permitan preservar la seguridad pública en el marco del pleno respeto a los derechos humanos”¹⁸.

3. ÍNDICES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REGIÓN

Conforme surge del “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”¹⁹ y de los siguientes textos jurídicos “Argentina. Situación Penitenciaria y alternativas a la justicia penal”; “Situación penitenciaria y alternativas a la justicia penal y la prisión”; “El Salvador. Situación penitenciaria y alternativa a la justicia penal y a la prisión”; “Guatemala. Situación penitenciaria y alternativa a la justicia penal y a la prisión”; “Honduras. Situación penitenciaria y alternativa a la justicia penal y a la prisión”; “México. Situación penitenciaria y alternativa a la justicia penal y a la prisión”; “Nicaragua. Situación penitenciaria y alternativa a la justicia penal y a la prisión”; “Panamá. Situación penitenciaria y alternativa a la justicia penal y a la prisión”; “Compendio de resultados del censo jurídico procesal penitenciario”²⁰; podemos decir que:

“39. Desde una perspectiva histórica, la Comisión Interamericana se ha referido consistentemente al uso excesivo de la detención preventiva como uno de los principales problemas relacionados con el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas pri-

→ criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad; y cuando sea procedente deberá aplicarse durante el plazo más breve posible.

18. Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 38. Este principio fundamental del Sistema Interamericano fue formulado por la Corte desde su primera sentencia de fondo en los siguientes términos: “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. A partir de la primera sentencia de la Corte Interamericana, en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 154.

19. Disponible en el siguiente link: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/12/informe-sobre-el-uso-de-la-prisic3b3n-preventiva-en-las-amc3a9ricas-cidh-2013.pdf>

20. Todas estas obras se encuentran disponibles en internet, en el siguiente link: <http://www.ilanud.or.cr/biblioteca-digital/>

vadas de libertad, sobre todo en el marco del ejercicio de sus funciones de monitoreo.

40. Así, a lo largo de los últimos quince años la CIDH se ha pronunciado con respecto a este problema en sus Informes Especiales de País relativos a: Honduras, en el que consignó que a junio de 2012 había un total de 11,727 personas privadas de libertad, de las cuales el 47.98% serían procesados; Venezuela, en el que se verificó por diversas fuentes, incluso oficiales, que de aproximadamente 21,877 personas privadas de libertad en el 2009, el porcentaje de presos sin condena era de más del 65%; Haití, en el que se observó que a abril del 2007 su población carcelaria era de 5,480 reclusos, de los cuales el 85% se encontraba en espera de juicio, porcentaje que también había sido constatado en noviembre de 2004; Bolivia, en el que se constató que en el 2006 de un universo de 6,864 reclusos el 74% estaba en prisión preventiva, porcentaje que para el 2008 ya había aumentado el 75%, según se verificó en el subsiguiente informe de seguimiento; Guatemala, donde se constató que entre 1999 y el 2000 dos terceras partes del total de personas privadas de libertad, que en esa época ascendía a poco más de 8,200 personas, estaban en espera de ser juzgadas; Paraguay en 1998 tenía un total de 2,266 reclusos de los cuales el 93% eran presos sin condena firme; Perú, en el que según cifras oficiales el porcentaje de presos sin condena a febrero de 2000 era del 52%, de un total de más de 27,500 personas privadas de libertad; República Dominicana, país en el que se constató que en junio de 1997 el porcentaje de presos sin condena era del 85%, y que para enero de 1998, según informó el Estado, se habría reducido al 70%; Colombia, que a fines de 1997 tenía un porcentaje de presos sin condena del 45.85%, de una población penal de 43,221 reclusos; México, donde a mediados de 1996 se observó que de una población carcelaria de aproximadamente 116,000 personas, más de la mitad eran presos sin sentencia, en prisión preventiva; y Ecuador, que a principios de 1994 tenía una población penal de alrededor de 9,280 internos, de los cuales el 70% estaban en espera de juicio o sentencia.

41. El uso excesivo de la prisión preventiva ha sido también uno de los aspectos tomados en cuenta por la CIDH en el análisis de situaciones graves de derechos humanos en la región y en el seguimiento de recomendaciones emitidas en sus informes de país, por medio de sus Informes Anuales (Capítulos IV y V). En ese marco, la CIDH ha dado seguimiento a esta situación en países como Venezuela, Haití, Cuba, Ecuador, Guatemala. Además, en el periodo mencionado el uso excesivo de la prisión preventiva en la región ha sido un tópico abordado en numerosas ocasiones en el contexto de audiencias temáticas celebradas por la CIDH, y ha sido una constante observada en un importante número de peticiones individuales que se refieren a personas privadas de libertad y/o debido proceso.

42. De igual forma, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad ha puesto particular atención a la situación de las personas detenidas preventivamente en el curso de sus más recientes visitas de trabajo. Así por ejemplo, en Colombia observó que del total de 113,884 personas privadas de libertad al 31 de diciembre de 2012, el 30% serían presos sin condena; en Uruguay constató que de una población de 9,067 reclusos a junio de 2011, el 65% estaban en calidad de procesados; y en Argentina verificó que del total de 30,132 personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires a marzo de 2010, el 61%, no tenían sentencia firme de acuerdo con cifras oficiales, las organizaciones de la sociedad civil señalaban en cambio que este índice era del 70%.

43. Así, a partir de la experiencia directa en el terreno y del seguimiento a la situación de los derechos humanos en la región en los últimos años, la Comisión Interamericana ha encontrado entre las causas de estos altos índices de presos sin sentencia: el retardo o mora judicial, generado a su vez por otra serie de disfuncionalidades y deficiencias estructurales más profundas de los sistemas judiciales; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a estos servicios de defensa pública; la falta de independencia

judicial, en algunos casos los jueces se abstienen de decretar medidas cautelares por temor a ser sancionados o removidos de sus cargos y otras veces ceden ante las presiones mediáticas; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva y que restrinja la posibilidad de aplicación de otras medidas cautelares; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga prueba, de manera que es el acusado quien debe probar que la prisión preventiva no debe ser ordenada; los paradigmas y prácticas judiciales arraigadas que favorecen el empleo de la prisión preventiva sobre otras medidas; la corrupción; el uso extendido de esta medida excepcional en casos de delitos menores; y la extrema dificultad en conseguir su revocación una vez ha sido dictada.

47. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias constató en su reciente visita a Brasil de marzo de 2013, que de una población penitenciaria total de aproximadamente 550.000 personas, una de las más grandes del mundo, aproximadamente 217.000 están detenidas en espera de juicio; en El Salvador en enero de 2012 observó que de un total de más de 25.400 personas privadas de libertad, 7.376 se encontraban en detención preventiva, de las cuales 970 habían excedido el tiempo máximo de detención provisional establecido en la ley; en Colombia en octubre de 2008 verificó que de 69.600 personas privadas de libertad en el país, el 35% eran sindicados; en Honduras que hacia finales del 2005 y principios del 2006 tenía una tasa de aproximadamente el 62% de presos sin, de un universo de más de 12.000 reclusos; y en Ecuador donde constató que de una población penitenciaria total de 12.693 personas a principios de 2006, más del 64% estaban en espera de juicio. De igual forma en años anteriores, el GTDA se refirió al uso excesivo de la prisión preventiva tras sus visitas a Canadá, Argentina y Perú.

49. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, en el contexto del examen periódico del nivel de cumplimiento de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (bajo el Art. 40), ha manifestado preocupación por el uso excesivo

vo y prolongado de la prisión preventiva, y la falta de separación entre procesados y condenados, a lo largo de la última década, en: Paraguay (2013 y 2006), El Salvador (2010), Colombia (2010), Argentina (2010), Panamá (2008), Costa Rica (2007), Honduras (2006), Brasil (2005), Suriname (2004) y El Salvador (2003).

50. Así, en los últimos quince años estos mecanismos del Sistema Universal también han observado que los altos índices de personas en detención preventiva son el resultado, entre otros, de: la tendencia a utilizar la prisión preventiva como primera alternativa; las restricciones legales de distinto tipo a la aplicación de medidas cautelares distintas de la prisión preventiva para determinados delitos; la renuencia de los jueces en decretar estas medidas, aun cuando estén previstas en la ley; la debilidad institucional y falta de independencia de las defensas públicas; las dificultades en el acceso a la defensa pública; las falencias en el proceso decisorio previo a la aplicación de la prisión preventiva, en especial respecto del derecho a ser escuchado con las debidas garantías; la falta de recursos judiciales efectivos frente a la detención preventiva ilegal o arbitraria; la aplicación extendida de esta medida a personas acusadas de delitos menores; la presión mediática y proveniente de otros órganos del poder público hacia los jueces; las deficiencias estructurales de los sistemas judiciales, en particular la mora judicial; y las políticas criminales de “mano dura”²¹.

Conforme hemos visto, todos los derechos internacionales y los estándares internacionales para el dictamiento de la prisión preventiva establecido tanto por Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, no obstante a todas esas garantías establecidas tanto en los derechos nacionales e internacionales, para los procesados con prisión preventiva, se han invertido las etapas del proceso:

21. Fuente: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/12/informe-sobre-el-uso-de-la-prisic3b3n-preventiva-en-las-amc3a9ricas-cidh-2013.pdf>

durante la etapa preparatoria o de investigación –en la que debería prevalecer el principio de inocencia– son privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio oral y público (en el hipotético caso en que se realice), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve.

Doctrinariamente, se ha fundamentado que la prisión preventiva, cautelar o provisoria, no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, es evidente que, en lo material –conforme a los datos estadísticos– constituye una pena, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo, y es por ello que las legislaciones establecen, en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena.

De todo lo cual resulta que existe un fenómeno “del preso sin condena” que constituye un capítulo dentro del tema más amplio del uso de la prisión preventiva en América Latina, pena que, como es sabido, es la única y que se utiliza prácticamente sin alternativas para todo tipo de hechos punibles (cualquiera que sea la naturaleza del hecho punible, las leyes penales responden siempre de la misma manera, con mayor o menor cantidad de prisión, pero siempre con esta única pena (a veces añadiéndole una accesoria).

Sólo muy recientemente se están introduciendo penas y otras formas de respuesta distintas a la prisión en algunos países, pero aún no puede medirse sus resultados, y habrá que procurar evitar, por todos los medios, que ocurra en nuestra región el llamado “efecto de ampliación de la red”²², que los criminólogos han verificado que ocurre en los países de América del Norte y de Europa que han introducido alternativas. Y el resultado final es que no se reduce el número de presos y, en cambio, hay un mayor número de condenados a diversos tipos de penas; por ello es que los criminólogos han denominado a esto “efecto de ampliación de la red”.

22. El efecto consiste en que los jueces, al disponer de nuevas posibilidades de sanción a su alcance, en lugar de utilizarlas en sustitución de las penas de prisión que van a dictar, continúan dictando prisión en tales casos; y, además, en otros casos en los que posiblemente hubieran absuelto por no encontrar suficiente evidencia, condenan también, por las “dudas”, a sanciones más benignas o no privativas de libertad.

Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad –a veces por períodos de tiempo larguísimos, de años– alojados en dependencias policiales. Esto tiene diversas explicaciones, que van desde el hecho de que la policía es quien por su naturaleza interviene de primera mano generando la detención y pasa un período de tiempo hasta que el preso es puesto a disposición judicial y eventualmente transferido al sistema penitenciario, hasta el hecho de que, por hacinamiento y falta de espacio en las penitenciarías, se utilizan las instalaciones físicas policiales para esa función.

4. SISTEMA PENITENCIARIO: POLÍTICAS DE SEGURIDAD Y PROCESOS DE CONTRARREFORMAS

Como ya se ha mencionado, a lo largo de los últimos años entre las causas de los altos índices de personas en prisión preventiva en la región se encuentran: el retardo o mora judicial; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva; la corrupción; el uso extendido de esta medida en casos de delitos menores; y la extrema dificultad en lograr su revocación.

Asimismo, ha encontrado como factores que inciden en el uso no excepcional de la prisión preventiva: las políticas criminales que con distinta denominación y mecanismos plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia; y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, tanto aquellos que tienen que ver con el respeto a la independencia de aquellas autoridades encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, como de aquellos relativos a otros aspectos de la práctica judicial.

1. Las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana.

La Comisión Interamericana ha observado como una tendencia generalizada en la región el que muchos Estados han planteado como respuesta a los desafíos de la seguridad ciudadana, o al reclamo de la sociedad, medidas legislativas e institucionales que consisten fundamentalmente en un mayor uso del encarcelamiento de personas como solución al problema. Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad²³.

Por lo general, este tipo de reformas no se han venido dando como resultado de una reflexión científica y un debate serio e inclusivo acerca de su pertinencia, viabilidad y consecuencias, sino que en muchos casos se han dado como reacción inmediata a situaciones coyunturales en las que se dio una presión social y mediática frente a la inseguridad en general o en atención a determinados hechos concretos; como parte de un discurso populista dirigido a sacar réditos políticos de la percepción subjetiva de la criminalidad; y en algunos casos como respuesta a intereses concretos de algunos sectores económicos.

Uno de los elementos centrales de esta tendencia regional que apunta a un empleo cada vez mayor de la privación de la libertad como mecanismo de control social, es el endurecimiento de la prisión preventiva y sus diversos mecanismos. Estas reformas se han justificado en gran medida por la percepción de algunos sectores de que el uso excepcional de esta medida implica

23. <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/12/informe-sobre-el-uso-de-la-prisic3b3n-preventiva-en-las-amc3a9ricas-cidh-2013.pdf>

impunidad o, como suele decirse en el discurso del populismo penal, “crea una puerta giratoria” por donde salen los delincuentes al poco tiempo de haber sido aprendidos; o bien, porque se considere que determinados delitos por su gravedad o porque se presentan con cierta frecuencia deben conllevar inmediatamente el encarcelamiento del acusado. Pero sobre todo por un sentimiento de inseguridad ciudadana y de desconfianza hacia el sistema de justicia.

Por lo que en la práctica se recurre en ocasiones a la prisión preventiva como una pena anticipada o una forma de justicia expedita, desnaturalizándose por completo su finalidad procesal cautelar. El establecimiento de delitos inexcrcelables o hacer significativamente más difícil la obtención de la libertad. El legislador establece a priori que los imputados por determinados delitos necesariamente deben permanecer privados de libertad durante el proceso. En líneas generales, esta determinación puede hacerse señalando expresamente la lista de delitos en los que la imposición de la prisión preventiva es obligatoria; o estableciendo por vía de ley la presunción de que se configura algunos de los requisitos de procedibilidad de la prisión preventiva atendiendo a criterios fijados de antemano por el legislador (p. ej., establecer la presunción legal del peligro de fuga del imputado en delitos que tengan una determinada pena mínima, con lo cual la imposición de la prisión preventiva en esos casos es, de hecho, obligatoria).

A este respecto, algunos códigos han optado por incluir disposiciones normativas que sin imposibilitar del todo que algunos imputados sigan sus procesos en libertad hacen que resulte significativamente más difícil obtener esta posibilidad, mediante el establecimiento de procedimientos o requisitos extraordinarios, o de presunciones conforme a las cuales ante determinadas circunstancias el juez respectivo debe o puede estimar la concurrencia del peligro procesal (el cual en principio sería un fin permitido para la aplicación de la medida). Las legislaciones, por lo general, tienden en este aspecto a resguardar espacios mínimos de discrecionalidad o apreciación judicial, con el objeto de no tornarse evidentemente ilegítimas (o contrarias al orden constitucional y/o convencional)²⁴.

24. Prohibición de sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares personales menos gravosas para el imputado. En esta situación, similar a la de los delitos inexcrcelables,

2. Seguridad ciudadana: Políticas públicas

La seguridad ciudadana es un asunto complejo en el que inciden múltiples factores, actores y condiciones, entre los cuales se cuentan: la historia y la estructura del Estado y la sociedad; las políticas y programas de los gobiernos; la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales; y el escenario regional e internacional.

Las políticas públicas sobre seguridad ciudadana deben contemplar prioritariamente el funcionamiento de una estructura institucional eficiente, que garantice a la población el efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados con la prevención y el control de la violencia y el delito. Específicamente, estas políticas públicas sobre seguridad ciudadana deben contemplar, de manera prioritaria, acciones de prevención de la violencia y el delito en estas tres dimensiones: (1) prevención primaria, referida a aquellas medidas dirigidas a toda la población, que tienen que ver con los programas de salud pública, educación, empleo, y formación para el respeto a los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; (2) prevención secundaria, que incorpora medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito, procurando, mediante programas focalizados disminuir los factores de riesgo y generar oportunidades sociales; y (3) prevención terciaria: que involucra medidas, relacionadas con acciones individualizadas dirigidas a personas ya involucradas en conductas delictivas, que se encuentran cumpliendo una sanción penal, o que han culminado de cumplirla recientemente. En estos casos adquieren especial relevancia los programas destinados a las personas que cumplen sanciones penales privados de libertad.

Y es que en definitiva, como se ha reconocido desde hace más de treinta años, la violencia y el delitos son fenómenos que tienen sus raíces en problemas sociales complejos que trascienden al derecho penal, y que están relacio-

→ se establece la permanencia de la prisión preventiva durante el tiempo que dure el proceso, y se excluye la posibilidad de que el juzgador aplique otras medidas cautelares menos restrictivas de la libertad personal. De esta manera se establece en los hechos que la única medida cautelar posible en estos casos está dada por la privación de libertad, sin poderse considerar que otras afectaciones menos intensas podrían ser suficientes.

nados con aspectos mucho más abarcadores y profundos como la justicia y la inclusión social, y la distribución equitativa de los recursos económicos. En concreto, tienen que ver factores como la pobreza, el desempleo, la falta de oportunidades de ascenso social y la falta de acceso a la educación y a la salud. Por eso, la reducción de la violencia y la criminalidad requieren de políticas públicas integrales que estén dirigidas a sus verdaderas causas. A este respecto, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) destaca que:

“De los estudios de las Naciones Unidas sobre criminalidad y funcionamiento de los sistemas de justicia penal y de las encuestas de victimización de las Naciones Unidas surge que los países que fortalecen sus sistemas de justicia penal pero no logran desarrollar sociedades de equidad construyen sociedades violentas y no ven reducir sus tasas de delito. Además, su creciente utilización de la justicia penal se torna ilegítima, por la ausencia de buena defensa técnica para el alto número de personas de escasos recursos, por el excesivo número de presos y presas y su alto número sin condena, por el hacinamiento en las cárceles y por un sinnúmero de otras violaciones a derechos fundamentales”²⁵.

5. Grupos vulnerables

5.1. Niños, niñas y adolescentes

La Comisión Interamericana en su “Informe Temático sobre Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” se refirió extensamente a los objetivos, principios generales y garantías mínimas que deben regir los sistemas de justicia penal juvenil. La Comisión subraya que estos deben tener entre sus objetivos fundamentales, el promover la reintegración de los niños

25. ILANUD, *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*, 2009, Elías Carranza, *Cárcel y Justicia Penal: El modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito*, pág. 123.

en conflicto con la ley brindándoles las oportunidades necesarias para que puedan asumir un papel constructivo en la sociedad. En atención a este objetivo, los Estados deben contemplar alternativas a la judicialización de las infracciones a las leyes penales y a la propia privación de la libertad.

En este sentido, el empleo de medidas privativas de libertad debe decidirse luego de que se haya demostrado y fundamentado la inconveniencia de utilizar medidas no privativas de libertad, y luego de un cuidadoso estudio, tomando en consideración el derecho del niño a ser escuchado, los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, entre otros. Así, los principios y criterios de procedencia de la prisión preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad. En los casos en que proceda el encarcelamiento de personas menores de edad el mismo deberá aplicarse como medida de último recurso y durante el periodo más breve que posible. De acuerdo con los estándares del Sistema Universal, “[l]a prisión preventiva debe ser revisada con regularidad, preferentemente cada dos semanas”; y deben adoptarse las medidas necesarias **“para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación”**²⁶.

La Relatoría sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la CIDH, ha observado que a nivel regional, los principales desafíos en la aplicación de estos estándares están relacionados con los siguientes aspectos: (a) los jueces competentes para decidir casos de menores infractores no están debidamente capacitados; (b) no cuentan con un catálogo de otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva que les permita hacer un uso excepcional de esta medida y asegurar los fines del proceso; (c) la presión social sobre los jueces juega un papel importante; (d) no existe obligación de los jueces de tomar en cuenta los informes de los equipos multidisciplinarios y de buena conducta; y (e) no existe una defensa pública especializada en casos de menores infractores.

26. 5 CIDH. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, párrs. 405, 491 y 510. Véase a este respecto, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, reglas 12 y 87(f).

5.2. Mujeres Indígenas privadas de su libertad

Es necesario reconocer que los derechos humanos surgen desde una conceptualización androcéntrica dirigida exclusivamente a cierto tipo de hombre por muy universales que se reivindicuen. En su inicio, no incluyeron los derechos de las mujeres ni de los pueblos indígenas, de las personas con preferencia sexual distinta a la heterosexual, personas transgénero, personas adultas mayores, entre otras diversidades humanas.

La humanidad está compuesta por una diversidad muy amplia de seres humanos. Hay hombres y mujeres, y entre hombres hay una gran diversidad de hombres, lo mismo que entre las mujeres hay una gran diversidad de mujeres; a ambos les son asignadas condiciones de carácter social, lo que crea su identidad masculina o femenina, según sea la cultura de que se trate y que esa condición socialmente asignada es causa de una serie de desigualdades, discriminaciones y violencias de diferentes tipos que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos, profundizando desigualdades entre hombres y mujeres por razones de género. Por esto, fue necesario que los Estados tomaran acuerdos trascendentes sobre este punto.

En efecto, los Estados llegaron a dos consensos internacionales relevantes para facilitar el pleno ejercicio de los derechos en igualdad de oportunidades entre los sexos.

El primero fue la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), donde se reconoció la necesidad de modificar el papel tradicional, tanto del hombre como de la mujer, en la sociedad y en las familias. Se estableció la necesidad de perfeccionar el principio de igualdad ante la ley, mediante el principio de igualdad sustantiva, es decir, garantizar de jure (derecho) y de facto (hecho) la igualdad entre hombres y mujeres.

Es necesario resaltar que esta Convención establece la necesidad urgente de tomar las medidas adecuadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias, que estén basadas en la idea de inferioridad o de superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de los hombres o mujeres.

CEDAW define, en su primer artículo, que la discriminación contra las mujeres debe entenderse como:

“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

El segundo gran consenso internacional en el marco de los derechos humanos de las mujeres, es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Este instrumento internacional de derechos humanos de las mujeres reconoce expresamente la relación existente entre la violencia de género y la discriminación, apuntando que la violencia contra las mujeres es un reflejo de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

En Belem do Pará se definió la violencia contra las mujeres como:

“Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico de la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Esta Convención obliga a los Estados a adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y define con toda claridad en su artículo 3, que:

“Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Puesto que dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas la falta cometida, o la transgresión a la norma tiene una connotación distinta a la concepción de la sociedad predominante. Estar sujetas las mujeres indígenas

al aparato de justicia penal mexicano, conlleva una combinación con el derecho indígenas de los pueblos y el derecho positivo, puesto que ambas cosmovisiones se entrelazan, pero donde podemos decir sale triunfante en las disputas jurídicas la visión hegemónica del derecho estatal.

Asimismo, los derechos de las mujeres indígenas, atraviesan la triple discriminación por ser mujeres, pobre e indígenas y su situación de estar privadas de su libertad; todo esto trastoca grave y sistemáticamente los derechos básicos de la persona.

Una mujer indígena se ve envuelta en una situación compleja frente a la ley penal. Como consecuencia de una conducta antisocial o ilícita se vincula a todo un aparato desconocido por su propia cultura. Las prácticas cotidianas en estos espacios carcelarios dan cuenta de que existe poco entendimiento en el entramado jurídico, por ende, sus mínimos derechos económicos, sociales y culturales se ven severamente violentados.

Existen, en la mayoría de los casos, sistemáticas violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como al derecho al trabajo, a la vivienda, la educación, la salud y el acceso a la justicia.

En materia de acceso a la justicia con perspectiva de género, podemos decir que hay una carencia grave, puesto que los y las servidores/ras públicos/cas están poco capacitados/das y son mínimamente sensibles en términos de comprender la diferencia cultural de la otredad que representan las mujeres indígenas, quienes carecieron de un defensor de oficio dentro del proceso, de traductor, de peritajes antropológicos, y se violentó el principio de inmediatez, ya que en muchas ocasiones ni siquiera conocieron al juez que las sentenció.

En su mayoría, son mujeres que al ingresar a la cárcel, no sabían el idioma español, y lo fueron aprendiendo con el apoyo de otra mujer en la cárcel.

5.3. Homosexuales, lesbianas

Es común la violación de los derechos humanos de las personas homosexuales y lesbianas que generalmente presentan quejas formales por presunto abuso y maltratos por parte de los agentes de la penitenciaría; asimismo

tienen un trato discriminatorio frente a las otras personas privadas de su libertad.

También la falta de atención médica adecuada por parte de las personas infectadas por el virus del VIH, son algunas de las graves violaciones de sus derechos humanos básicos.

6. A modo de cierre

Frente a la grave situación generada por las prácticas de la justicia penal que constituyen un abuso respecto de la utilización de la institución del encarcelamiento preventivo en los países de nuestra región, se torna imprescindible la búsqueda de medidas concretas orientadas a enfrentar el problema.

En este contexto, la opción de recurrir a las posibilidades que brinda el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras, constituye una decisión razonable.

La lectura del cuadro precedente, y los casos de los países que en América Latina ya han producido avances, nos indican que la tarea de reducir los presos sin condena no es tan difícil, y que con una buena dosis de voluntad política podría avanzarse mucho más en esta materia de tanta importancia.

Existen obstáculos, derivados de limitaciones materiales, de un auge cierto en una serie de delitos, y de la consiguiente alarma social, que podrían conspirar para que hacináramos aún más las cárceles de presos condenados y sin condena haciendo un uso irracional del sistema de justicia penal, contrario por cierto a los mismos principios filosóficos y jurídicos que lo sustentan.

El desarrollo propuesto en el trabajo pende de un eslabón, que en la presente década de ser un simple y frágil hilo a ser un especie de sogá, más robusta y firme, y que tal vez en un futuro cercano se transforme en un vínculo aún máspreciado y fuerte para los Estados.

El sistema internacional establece exigencias materiales y formales que definen los presupuestos de legitimidad de toda detención cautelar de personas que aún no han sido condenadas (inocentes). Los instrumentos internacionales establecen obligaciones específicas, que deben ser cumplidas por los Estados para permitir la imposición legítima del encarcelamiento procesal anterior a la condena.

Estas obligaciones recaen sobre la mayoría de los Estados, cuando derivan de un instrumento universal (v. gr., Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), o bien sobre algunos Estados, como sucede con los países de América Latina con las obligaciones impuestas por instrumentos regionales (v. gr., Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ello significa que estos instrumentos contienen soluciones para el problema del encarcelamiento preventivo de alcance general en los países de la región y que, en consecuencia, no dependen de la particular legislación procesal vigente en el ordenamiento jurídico interno.

El carácter obligatorio de ciertos instrumentos internacionales es incuestionable y reconocido de manera unánime. Los instrumentos convencionales, una vez que entran en vigor, obligan directa e inmediatamente al Estado parte en un tratado de derechos humanos. Esta circunstancia determina que se afirme que: “Los tratados son obligatorios para los Estados Partes únicamente en la medida en que éstos no hagan reservas. No obstante, las reservas incompatibles con el objetivo del tratado no son permitidas...”.

En consecuencia, se señala la existencia de: “La presunción *iuris tantum* de la operatividad de las normas que rigen en el derecho internacional de los derechos humanos”, que “debe ser adecuadamente aquilatada en los ámbitos nacionales”.

En consecuencia, se señala la existencia de: “La presunción *iuris tantum* de la operatividad de las normas que rigen en el derecho internacional de los derechos humanos», que «debe ser adecuadamente aquilatada en los ámbitos nacionales”.

Respecto del encarcelamiento preventivo, el derecho internacional impone obligaciones a diversos órganos del Estado, entre los cuales los más importantes son el poder legislativo y el poder judicial. Así, se exige a los legisladores que regulen “las disposiciones nacionales en conformidad con las normas internacionales”, y a los tribunales que apliquen “las normas y convenciones internacionales... en los casos en que la legislación nacional no protege adecuadamente los derechos del detenido”.

El papel atribuido a los tribunales en la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos es especialmente significativo en el ámbito del encarcelamiento preventivo.

Ello pues el Poder Judicial constituye la última valla entre el poder del Estado y los derechos fundamentales del ser humano. Los tribunales, en este marco, pueden –y deben– neutralizar los actos u omisiones de los demás poderes públicos que representen una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Por ello, se señala que los jueces “deben tener presente y aplicar permanentemente criterios interpretativos favorables al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en estas convenciones, y están impedidos de limitarlos en mayor medida que la prevista en ellas. Ellos, por lo demás, deberán interiorizarse sobre la jurisprudencia internacional en la materia, incluida la de tribunales que deciden sobre convenciones similares (por ej., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y tener en cuenta esos criterios interpretativos para decidir el caso concreto en examen”. También se indica que los miembros del poder judicial «no deberán olvidar que sus decisiones comprometen a la Nación íntegra, desde el punto de vista del Derecho internacional y que pueden generar, con sus fallos, consecuencias negativas para la República (responsabilidad internacional)”.

En relación a la regulación, aplicación y ejecución del encarcelamiento preventivo, el derecho internacional establece el deber esencial de respetar el principio jurídico de inocencia, garantía fundamental del Estado de derecho que protege la libertad individual frente a todo acto arbitrario del poder público.

El principio de inocencia impone, entre otras, exigencias sustantivas que operan como presupuestos necesarios de la fundamentación legítima de la privación de libertad de carácter cautelar. Estas exigencias sustantivas, por su parte, comprenden determinadas consecuencias que derivan de ellas. La primera exigencia sustantiva consiste en el exclusivo fin procesal atribuido a la detención. De ella derivan las consecuencias vinculadas con la limitación que restringe la detención exclusivamente a determinados supuestos de peligro procesal, con la necesidad de verificar la existencia concreta de ese peligro, y con la atribución de esa función al poder judicial.

Una segunda exigencia sustantiva recibe el nombre de principio de excepcionalidad. El derecho a la libertad durante el proceso, y la necesidad de regular legislativamente medidas de coerción menos lesivas que el encarcelamiento, son consecuencias de ese principio fundamental derivado de la ga-

rantía de inocencia. El principio de proporcionalidad es otra de las exigencias sustantivas, y de él derivan la imposibilidad de aplicar la privación de libertad en ciertos supuestos, como también la limitación temporal del encarcelamiento en otros supuestos en los cuales éste resulta admisible.

Una cuarta exigencia sustantiva consiste en la sospecha material de responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le atribuye, de la cual derivan la obligación de determinar judicialmente la existencia de la sospecha, el deber del tribunal de oír al imputado y la necesidad de que el procedimiento haya alcanzado cierto grado de desarrollo al momento de la decisión judicial. Finalmente, la última exigencia sustantiva, conocida como provisionalidad de la detención, exige la obligación de ordenar la libertad cuando no subsistan todos los elementos que justificaron inicialmente la medida cautelar, el reconocimiento del derecho del imputado de solicitar la revisión de la medida y el establecimiento del deber judicial de controlar periódicamente la subsistencia de los presupuestos y de la necesidad de aplicar la medida cautelar privativa de libertad.

La importancia de las exigencias sustantivas analizadas permite afirmar que ellas constituyen mecanismos de significativa utilidad para revertir la situación de los presos sin condena en los países de la región. El cumplimiento de buena fe de la obligación internacional del Estado de regular, aplicar y ejecutar la institución del encarcelamiento preventivo según las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, en conclusión, permitiría alterar sustancialmente la crítica situación actual. El cumplimiento de estas exigencias sustantivas depende, en gran medida, de una adecuada regulación de las exigencias formales referidas a la obligación de instrumentar un adecuado control judicial de la legitimidad de la detención. Un grado razonable de realización de estas dos exigencias, por sí mismas, reduciría drásticamente la gravedad del problema de los presos sin condena.

Si ello sucediera, los problemas vinculados con los otros dos grupos de exigencias –condiciones materiales de la detención, y límite temporal del encarcelamiento– también se reducirían sustancialmente, facilitando las posibilidades de prever e instrumentar medidas que reduzcan aún más las dificultades subsistentes.

En conclusión, la aplicación en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos, obligatoria para los Estados, representaría una

medida adecuada, efectiva y legítima para impedir el abuso, actualmente generalizado, de la facultad estatal de ordenar la privación de libertad de personas inocentes, y para alcanzar un grado aceptable de respeto efectivo del principio de inocencia y del derecho a la libertad ambulatoria. En consecuencia, debe promoverse por todos los medios posibles el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado referidas a la regulación legislativa y a la aplicación judicial del encarcelamiento preventivo y, también, debe exigirse en los casos concretos la aplicación de las normas internacionales obligatorias y la efectiva protección de los derechos fundamentales del imputado.

Dejo constancia que la necesidad de cambio de escenario viene dada precisamente por el marco empírico que mencionáramos más arriba, pero en modo alguno implica formar convicción sobre la justificación de la prisión preventiva, es decir, este trabajo no ha pretendido legitimar ni la existencia ni el uso de la prisión preventiva. Es más, entiendo que prisión preventiva y principio de inocencia encierran necesariamente una aporía, por ello no nos exime del deber de proponer estrategias para disminuir la magnitud del fenómeno.