

Prisión Preventiva como medida cautelar o anticipación de pena. 1

Preventive Detention: as precautionary measure or anticipation of sentence.

Luisa Escobar²
maluisaescobar@hotmail.com

RESUMEN

Este trabajo aborda la prisión preventiva como la injerencia que afecta la libertad de la persona, especialmente cuando se aplica bajo una errónea percepción o se utiliza de manera excesiva. Esta problemática se enfoca desde la pregunta: ¿la prisión preventiva es una medida cautelar o una anticipación de pena? Este trabajo sostiene el carácter de la prisión preventiva como la medida cautelar por excepción, destinada para determinados escenarios bajo determinadas reglas según se ha determinado en el ámbito internacional. La reconstrucción de las normas y principios internacionales en esta materia permitirá posicionar a la prisión preventiva como la medida cautelar por excepción, la cual termina con un análisis y crítica al factor que distorsiona su comprensión en regla general.

ABSTRACT

The subject of preventive detention is approached through an analysis on how it interferes with personal freedom, especially when its misconceived and applied excessively. This work wonders whether preventive detention is a precautionary measure or an anticipation of the sanction? The answer to this question is that preventive detention is the precautionary measure *par excellence*. International human right law provisions on preventive detention confirm its nature as an exceptional precautionary measure and clarify the standards under which it judges may order it. This work ends with an analysis and critique to the considerations that have led to misunderstandings on the exceptionality of the preventive detention.

PALABRAS CLAVE

Prisión preventiva; medida cautelar; anticipación de la pena;

KEYWORDS

Preventive detention; precautionary measure; anticipation of sentence;

Fecha de lectura: 26 de Mayo del 2020

Fecha de publicación:

SUMARIO

1. Introducción.- 2. Problemática: prisión preventiva como medida cautelar o anticipación de pena.- 2.1 Perspectivas de la problemática actual.- 2.1.1 Perspectiva de la dogmática jurídica penal sobre la prisión preventiva.- 2.2 Requisitos materiales para validar la prisión

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Pier Paolo Pigozzi

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

preventiva.- 3.- Pronunciamiento de cortes y organismos internacionales.- 4.- Modelo interamericano sobre el uso de la prisión preventiva.- 4.- Éstandar internacional para aplicar el uso de la prisión preventiva.- 5.- Análisis y crítica por qué al uso de la prisión preventiva como anticipación de pena.

2. Problemática: prisión preventiva como medida cautelar o anticipación de pena

El desafío que presenta la prisión preventiva es el uso excesivo de la misma, tema que ha estado en debate desde que se inició la reforma a la justicia criminal en América Latina. Esta serie de reformas reemplazó los modelos inquisitivos por modelos acusatorios. La principal razón para estas reformas fue la constatación de abusos a los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal inquisitivo, y la poca eficiencia del proceso penal inquisitivo en el enjuiciamiento penal.³ A este desafío se sumaron

problema[s] complejo[s] producido[s] por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otros.⁴

Motivo por el cual la prisión preventiva dejó de ser la excepción, para convertirse en la regla general, violando de esta manera principios fundamentales, junto con la normativa internacional.

El objeto de este trabajo será analizar las razones y circunstancias del indebido y excesivo uso de la prisión preventiva para presentar una diferenciación de la prisión preventiva como medida cautelar excepcional y no como regla general. La prisión preventiva debe ordenarse como medida cautelar para determinados escenarios bajo reglas estrictas, cuyo objetivo debe ser asegurar el fin procesal que es el propósito de garantizar que se de el proceso, por lo que al garantizarlo la prisión preventiva esta usándose como medida cautelar.

³ Ver, Andrea Cabezón. Prisión Preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate. *Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile*, (2013), 21-22.

⁴ Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en la Américas. Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013), párr.8.

Este análisis abarcará diferentes perspectivas, donde se pretende alejar la errónea concepción de la prisión preventiva como regla general en 1) la dogmática jurídica penal; y 2) requisitos materiales para validar la prisión preventiva. Se escogió estas perspectivas, porque abordan las razones centrales por las que la prisión preventiva ha perdido el carácter excepcional.

2.1. Perspectivas de la problemática actual.-

2.1.1 Perspectiva de la dogmática jurídica penal sobre la prisión preventiva

Denominaremos como dogmática jurídica a aquella que dentro del Derecho Penal estudia y analiza al “fenómeno criminal en su totalidad, tanto desde la perspectiva del delito, como del delincuente, de la pena o del proceso para determinar la responsabilidad.”⁵ En lo que a la prisión preventiva respecta, la dogmática jurídica ha considerado que

en el caso de las medidas cautelares –a la cabeza, la prisión preventiva–, también compete a la ley, no al juzgador, prever la existencia de la medida, pero solo debiera corresponder al segundo, amparado en el acervo de datos que tiene a la mano y considerando los fines que se pretende alcanzar con la medida –y que, por ende, legitiman su aplicación⁶

Este análisis remite a necesidad de legislar en una norma positiva la posibilidad de ordenar la prisión preventiva bajo parámetros claros y con un fin netamente procesal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “sólo debe emplearse con fines procesales para cautelar los efectos del proceso.”⁷ De esta manera se podrá dejar de lado cualquier rezago de aplicación de la prisión preventiva como forma de control social, ya que al utilizarla como medio de control social, la prisión preventiva pierde su especificidad procesal.

Antes de la reforma procesal en Latinoamérica, la tendencia fue emplear la prisión preventiva como forma de control social, esto se debió al: “endurecimiento de la prisión preventiva y sus diversos mecanismos,”⁸ que hacían que su uso fuera cada vez más

⁵ Alessandro Baratta. *Criminología y Dogmática Penal; Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal. Derecho Penal y Criminología*, 7 (1984), 67.

⁶ Jorge E. Zavala Baquerizo. *Tratado de Derecho procesal penal*, VI, EDINO, Quito, 2005, 86.

⁷ Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en la Américas. Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos . Sección C: Marco legal y aplicación de la prisión preventiva, (2013), párr.143 p.61.

⁸ Id, párr.86.

frecuente. En razón a las reformas, la prisión preventiva tuvo una percepción de que su excepcionalidad de uso implicaba impunidad, esto se debió a la inseguridad ciudadana y recelo al sistema de justicia. A su vez, esto ocasionó en la práctica que se aplique como anticipación de pena, o como una manera de hacer justicia expedita, transformando así su propósito procesal, en derecho material.

En el caso Dante Periano Basso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La Corte Interamericana) expresó que

esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho[...] Por ello, se deben desechar todos 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.⁹

La prisión preventiva a través del fin procesal, busca precautelar los dogmas y principios que determinan los lineamientos de uso y acción de la prisión preventiva (principios que serán profundizados más adelante), para prevenir riesgos que frustren el proceso.

Este riesgo a los dogmas del derecho penal se debe a una mala aplicación de la prisión preventiva puesto que: “tiene como finalidad asegurar la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, al evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, garantizando su presencia en el proceso para los fines probatorios.”¹⁰ El buscar garantizar la comparecencia del imputado en el proceso es el objetivo principal por el cual se recurre a la prisión preventiva, puesto que se pretende que el proceso no tenga un peligro que impida su función.

El peligro procesal se considera a partir de los “fines legítimos y permisibles de la detención preventiva [que] deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de

⁹ Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Republica Oriental del Uruguay caso 12.553, Jorge Dante Periano Basso c. Republica Oriental de Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos , Fondo, 6 de agosto 2009, párr. 84.

¹⁰ Héctor G. Chévez, (2018). Prisión preventiva. *Inventio. la génesis de la cultura universitaria en Morelos*. 46.

fuga o la obstaculización del proceso”¹¹. Se trata de fines de carácter procesal que confieren a la prisión preventiva su posición como medida cautelar porque se refieren a un propósito procesal, no uno material, ni punitivo. Incluso si se persigue un fin procesal, se debe probar que no existen otro tipo de medidas cautelares, sino la privación de la libertad.

Para autores como Jorge A. Pérez López el peligro procesal en la prisión preventiva es “la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta”¹². Este penalista peruano recomienda que “su valoración debe estar basada en juicios certeros, válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos, puesto que de lo contrario estaríamos afectando el bien jurídico más importante consagrado que es la libertad.¹³

Por lo que el peligro procesal es la forma en cómo los fines legítimos de carácter procesal sostienen los fundamentos en los que se aplica la prisión preventiva, puesto que estos fines legítimos se encargan de que la finalidad sea procesal y se llegue a ejecutar. Estos fines de carácter procesal son el evitar tanto el peligro de fuga del imputado, como la obstaculización del proceso, y en particular de la actividad probatoria para prevenir que no se originen riesgos que causen frustración al proceso, una de carácter material.

El peligro de fuga es “en términos positivos, el aseguramiento de la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal.”¹⁴ Por aseguramiento, se refiere que al prevenir el peligro de fuga del procesado, es positiva esta prevención del peligro, puesto que no permite que se presenten riesgos que puedan enervar la fluidez del proceso. A su vez, el peligro de fuga se relaciona con

la posibilidad de que el procesado se sustraiga de la acción de justicia y no se puedan cumplir los fines del proceso por diversas razones (miedo a que le impongan una pena, no querer pagar la reparación civil, gastos del tiempo que le quita el proceso, como no tiene

¹¹ Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en la Américas, informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013, párr. 8.

¹² Jorge A. Pérez López. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. *Derecho y Cambio Social*, 11(36), (2014), 5.

¹³ Id., 5

¹⁴Ver, Julio B. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino*. Vol. 2. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, 279. Jorge A. Pérez López. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. *Derecho y Cambio Social*, 11(36), (2014), 5.

arraigo se va al lugar donde domicilia realmente).¹⁵

Sin embargo; el peligro de fuga debe comprobarse de manera sustancial para que se otorgue la prisión preventiva solamente cuando el peligro de fuga pueda frustrar que el proceso se lleve a cabo.

En lo que respecta a la obstaculización de la actividad probatoria se busca precautelar que el imputado no actúe deshonestamente en cuanto a que pretenda eliminar elementos probatorios que disminuyan su responsabilidad ante el fin procesal. Para ordenar la prisión preventiva por esta causa, se debe probar un peligro que

sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con decir que tal persona tiene tal o cual cargo para considerarlo peligroso) lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba.¹⁶

Es por esta intención de prever, que la obstaculización a la actividad probatoria: “ha sido generalmente considerada como una finalidad justificadora de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de presunción de inocencia,”¹⁷ porque su propósito es actuar con suficiente justificación y probar que existe un elemento que pone en riesgo el fin procesal, pero mantiene aún la presunción de inocencia del imputado.

Ese así, como la consideración del peligro procesal tiene un propósito esencial que es el de velar y prevenir que no se originen riesgos que puedan causar un revés al proceso, debido a la duración que la medida pueda tener. La finalidad de estas prevenciones sobre el peligro procesal es la de ser “la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva,”¹⁸ ya que tiene: “un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez”¹⁹ En lo que respecta sobre esta discrecionalidad, se debe mencionar que esta considera ciertos lineamientos²⁰ que el juez

¹⁵ José A. Neyra Flores, . *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, 516.

¹⁶ Gonzalo del Río Labarthe, G. D. (2016). Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano.

¹⁷ Jorge A. Pérez López., El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. *Derecho y Cambio Social*, 11(36), (2014), 5.

¹⁸ Id. 5

¹⁹ Id. 6

²⁰ Respecto al peligro procesal, ciertas particularidades y características personales del imputado, como el factor reincidencia, su grado de participación delictiva (en calidad de líder, dirigente, cabecilla, etc.), la forma cómo fue aprehendido por la policía (por ejemplo, en estado de flagrancia) que infieren altas posibilidades

debe usar para determinar y prevenir riesgos que puedan afectar a la medida.

2.2 Requisitos materiales para validar la prisión preventiva

Una serie de requisitos materiales complementan el marco de limitaciones y garantías con las que se debe dictar la prisión preventiva. Estos requisitos materiales son aquellos que se refieren “*al fondo* o sustancia, independiente de la forma que se dé al acto.”²¹ Requisitos esenciales que justifican y validan los fines legítimos de evitar el peligro procesal que representa la huida del procesado.

La prisión preventiva se sustenta en los principios de 1) excepcionalidad; 2) verificación del mérito sustantivo o sospecha sustantiva de la responsabilidad; 3) proporcionalidad; 4) fin procesal; y, 5) provisionalidad. En primer lugar, el principio de excepcionalidad considera el: “derecho a la libertad ambulatoria combinado con la presunción de inocencia [e] impide que la prisión preventiva se tome como la regla de uso habitual.”²² Esto implica que su uso será excepcional, y no el de regla general.

Cueva menciona que la excepcionalidad busca ajustar la percepción, realidad y alcance que tiene la prisión preventiva, y la excepcionalidad la ajusta al:

presentar tres dimensiones [...] por un lado, constituye la base nuclear de la preeminencia de la libertad del ciudadano sobre su privación de manera provisional [...] y es consecuencia del generalizado principio favor libertatis que [...] supone el reconocimiento de su fijación exclusivamente en los casos más extremos reconocidos como tales por la propia ley; por otro lado, el reconocimiento de su necesidad en extremo excepcional; y en tercer lugar, y aquí se entrecruza con los que algunos denominan principio de subsidiariedad y [...] supone su exclusiva aplicación cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.²³

Sus dimensiones generan como consecuencia la obligación de agotar cualquier medida cautelar alterna que conceda la seguridad del fin o fines procesales, cuyas herramientas difieran al encierro preventivo. En el mismo sentido, la CIDH expresa que el

de fuga. Javier A. Pérez.. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. *Derecho y Cambio Social*, 11(36), (2014), 6.

²¹ Española, R. A. *Real academia española*. Espasa Calpe. (1983). (énfasis añadido).

²² Ezequiel Kostenwein, . La prisión preventiva en plural. *Revista Direito e Práxis*, 8(2), (2017), 949

²³ Lorenzo Morillas Cueva. Reflexiones sobre la prisión preventiva. In *Anales de derecho* (Vol. 34, No. 1). 2016, April), 25 y 26.

principio de excepcionalidad:

implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.²⁴

Por lo que, el principio de excepcionalidad es un requisito fundamental que sólo permite la aplicación de la prisión preventiva cuando el fin procesal no pueda ser garantizado por una medida cautelar de menor lesividad.

En segundo lugar, la verificación del mérito sustantivo o sospecha sustantiva de responsabilidad es un “juicio de conocimiento por parte del tribunal que permita establecer que existe una gran probabilidad de que haya ocurrido un hecho punible atribuible al imputado, fundado en elementos de prueba incorporados legítimamente al proceso.”²⁵ De no existir el mérito sustantivo, el encarcelamiento preventivo junto con el procedimiento en contra de la persona imputada carecen de sentido y finalidad.

A su vez, la Corte Interamericana en cuanto al mérito sustantivo o la sospecha sustantiva de responsabilidad ha expresado que: “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga,”²⁶ y determinó que: “tal sospecha, tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas.”²⁷ Lo cual expone, que del mérito sustantivo nacen dos exigencias relacionadas entre sí: “en primer lugar, la comprobación de que se ha cometido una conducta tipificada penalmente. Y en segundo lugar, que el procesado ha intervenido factiblemente en su realización.”²⁸ Y al coincidir las exigencias permiten y ordenan la prisión preventiva, en

²⁴ Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en la Américas, informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sección C: Marco legal y aplicación de la prisión preventiva, (2013), párr. 142, 60.

²⁵ Alberto Bovino. El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humano (2013), 17.

²⁶ Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. c. Ecuador., caso 12.091 y 17299. Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrs. 101-103.

²⁷ *Id.* 103.

²⁸ Ezaquiel Kostenwein, . La prisión preventiva en plural. *Revista Direito e Práxis*, 8(2), (2017), 949.

razón a que está debidamente motivada.

En tercer lugar, el principio de proporcionalidad condiciona que “la prisión preventiva deba imponerse de conformidad con los daños que se tratan de evitar y con la sanción correspondiente, procurando una mínima injerencia en la esfera jurídica del gobernado.”²⁹ Exige que la persona a quien se esta imponiendo la medida, no sea objeto de un trato similar o uno peor al de una persona, cuyo proceso culminó en una condena.

A su vez, pretende que el uso de la medida cautelar sea acorde rangos proporcionales en cuanto al problema o delito en cuestión, por lo que

reclama que las normas legales restrictivas de derechos fundamentales - y, en lo que ahora importa, la prisión provisional, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia deban tener un contenido tal que la limitación de los derechos fundamentales que esta institución comporta sea proporcionada a los fines que con ella se pretenden alcanzar.³⁰

A través del principio de proporcionalidad se busca que la injerencia que acompaña a la prisión preventiva este reconocida en la ley, para que el comportamiento de la medida junto con la ley tengan una doble comprensión, y no sea restrictiva su interpretación. Lo cual hace que la prisión preventiva tenga un análisis bajo dos perspectivas. Por lo que, la CIDH sostiene que el principio de proporcionalidad, debe hacer su análisis

respecto a la diferencia en la naturaleza de la detención preventiva y la privación de libertad derivada de una sentencia condenatoria, esta Comisión ha indicado que [...] una persona considerada inocente no debe recibir un trato igual, ni peor, que una condenada. Tampoco se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención con una equiparación de su naturaleza.³¹

Porque al equiparar y computar los plazos se acarrearía en una anticipación de pena, incumpliendo con el fin procesal, de manera punitiva.

En cuarto lugar, la noción del fin procesal ratifica que “evitar el peligro de fuga o el entorpecimiento en la averiguación de la verdad por parte del imputado son los únicos

²⁹ Héctor González. Chevez. Prisión preventiva. *Inventio. la génesis de la cultura universitaria en Morelos*. (2018), 51.

³⁰ Lorenzo Morcillas Cueva. Reflexiones sobre la prisión preventiva. In *Anales de derecho* (Vol. 34, No. 1), (2016, April), 27.

³¹ Uruguay, caso 12.553, Jorge José y Dante Periano Basso c. Republica Oriental de Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 6 de agosto 2009, párr. 109.

fundamentos para la prisión preventiva.”³² Estos fundamentos hacen que la medida cautelar solo tenga como fin el que se cumplan únicamente los fines procesales. La prisión preventiva esta en el área de medidas cautelares, y se sujeta a la regla que “no puede perseguir otras finalidades que no sean asegurar el éxito de la investigación o el eventual cumplimiento de pena.”³³ Por lo que, si la prisión preventiva no asegura una de estas finalidades no tiene cabida, puesto a que no se justifica la persecución del delito, y esto ocasiona frustración en el fin que pretende dicho proceso.

En quinto lugar, la consideración de la provisionalidad de la prisión preventiva establece que

es necesario pues distinguir su justificación actual, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última. La medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de la ley: si después, por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad que no habría debido existir.³⁴

Implicando que la medida provisional tiene una característica, que la voluntad debe confirmarse en ambos condicionamientos, si una voluntad no confirma la siguiente voluntad, significa que la provisionalidad no estaba conectada a ambos condicionamientos.

Por lo que tiene una finalidad: “la necesidad de que todas las condiciones que hicieron posible la prisión preventiva se mantengan para que esta continúe.”³⁵ Si la finalidad no persiste, la prisión preventiva ordenada no es válida, lo cual frustra el fin procesal, e incurre así en la anticipación de pena.

Cada uno de estos requisitos materiales cumplen una fracción dentro de un total que garantizan que la prisión preventiva sea otorgada. En la actualidad, al momento de solicitar la prisión preventiva se lo hace bajo el requisito del fin procesal, el cual garantiza su debido uso, cuándo lo que se pretende es evitar el peligro de fuga o el que se entorpezca

³² Id., 949

³³ Mariano la Rosa. Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2016), 6.

³⁴ Juan C. Marín. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, (1), (2002), 9-54.

³⁵ Ezequiel Kostenwein. La prisión preventiva en plural. *Revista Direito e Práxis*, 8(2), (2017), 949.

la investigación por parte del individuo. Sin embargo, el sólo enfocarse a este requisito material como la base que mide la validación de la prisión preventiva, oscurece el camino hacia el debido uso, porque los demás requisitos o son obviados o son tomados en consideración a la ligera, resultando esto en el por qué de su excesivo e injustificado uso.

A través de casos como Suárez Rosero, y Acosta Calderón que se presentaron ante la Corte Interamericana, se resaltó el indebido y excesivo uso de la prisión preventiva en el Ecuador. Si bien partieron del fin procesal, del cual se pretendió justificar estas detenciones preventivas; sin embargo, perdieron su validez debido que no se consideró en cada uno de ellos los demás principios y requisitos materiales que la Corte Interamericana ha establecido para poder efectuar un correcto uso de la prisión preventiva como medida cautelar y no anticipación de pena.

En el caso Suárez Rosero contra Ecuador, se afirmó y ratificó que el principio de presunción de inocencia está conectado y subyace junto con los propósitos de las garantías judiciales. Las garantías judiciales a su vez, tienen un propósito judicial, que al no cumplirse frustran el fin procesal.

De acuerdo con el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Estado tiene la obligación de no restringir la libertad de una persona detenida más allá de los límites necesarios que aseguren que el individuo presente un eminente peligro de fuga, o la obstaculización de la actividad probatoria. De no verificarse estos supuestos, se incurre en una privación de la libertad injusta. En el caso Suárez Rosero la privación de la libertad se originó en motivos que no eran ni provisionales, ni proporcionales, además que la detención sobrepasó el plazo razonable que debe considerarse para evitar que la prisión preventiva pierda su finalidad y se transforme en una anticipación de pena.³⁶ El fin procesal no fue debidamente motivado, ni justificados los peligros procesales por los que se alegaba la necesidad de privar la libertad de manera preventiva al señor Suárez Rosero.

El caso Acosta Calderón contra Ecuador, al igual que en Suárez Rosero se reafirma

³⁶ Suárez Rosero vs. Ecuador, caso 11.273, Rafael Iván Suárez Rosero c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 12 de noviembre de 1997. Serie No. 35, párr. 77

no sólo el principio de inocencia y su conexión subyacente con los propósitos de las garantías judiciales, sino los principios de proporcionalidad y excepcionalidad en materia de prisión preventiva, principios que la Corte Interamericana considera indispensables en una sociedad democrática, pues otorgan el carácter de excepcional a esta medida cautelar. La Corte Interamericana argumentó que la prisión preventiva es la medida más severa y estricta que se puede aplicar al imputado de un delito. Al igual que con Suárez Rosero, de acuerdo con el artículo 8.2 de la CADH en cuanto refiere a la obligación que tiene el estado de no privar de la libertad. En este caso el peligro procesal como consideración para privar de la libertad no fue debidamente motivado, ni justificada, puesto que los motivos argumentados no persistieron, la detención sobrepasó el plazo razonable, hecho que debe ser considerado para evitar que la prisión preventiva pierda su finalidad.³⁷

Como se puede observar en los requisitos materiales junto con los casos presentados, el fin procesal de la prisión preventiva cumple un rol esencial para su aplicación, y es uno de los cinco requisitos. En conjunto de estos requisitos permiten que la prisión preventiva sea aplicada de manera debida, puesto que cada uno de ellos aporta con un elemento específico y necesario para justificar su uso. Por lo que la prisión preventiva no puede, ni debe ser tratada con un parámetro de aplicación tan limitado y cerrado, cerrado, porque no permite que se tomen en consideración demás caracteres que ayudan a una correcta y específica viabilidad de la medida.

3.- Pronunciamiento de Organismos Internacionales.

La Corte Interamericana vio la necesidad de intervenir en lo que refiere al tema de la prisión preventiva, puesto que en Latinoamérica se había reportado un incremento excesivo en el uso de la medida, bajo circunstancias de prevención justificadas en la violencia. De acuerdo con investigaciones conducidas por la CIDH “no [se] ha encontrado información empírica alguna que demuestre que un incremento en el uso de la prisión preventiva contribuya a disminuir los niveles de delincuencia o de violencia.”³⁸ Lo que

³⁷ Acosta Calderón vs. Ecuador, caso 11.620, Rigoberto Acosta Calderón c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de junio de 2005, párrs. 74, 75, 76 y 111.

³⁸ Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en la Américas, informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013, párr. 19.

ratificó que el individuo debe estar en libertad durante el tiempo que “dure el proceso penal, es un derecho del acusado y como tal no puede ser restringido de manera excepcional,”³⁹ en vista que a nivel internacional se busca proteger derechos fundamentales, tales como la integridad personal y sobre todo la libertad.

En cuanto a la libertad de la persona, la CIDH estableció un régimen de cómo se trataría la libertad dentro del tema de la prisión preventiva, dispuso que “la detención preventiva sólo puede aplicarse en procesos penales.”⁴⁰ Esta disposición ubica a la prisión preventiva en un ámbito jurídico cuyo objetivo tiene dos índoles, el primero que sea penal y el segundo que esté dentro del proceso. Disposición respaldada por la Corte Interamericana, puesto que “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,”⁴¹ lo cual señala claramente que la prisión preventiva es una medida cautelar, cuya finalidad no es la punitiva (castigar), sino la de proteger los pasos, acciones y consecuencias del proceso.

Un proceso que por medio de la prisión preventiva pueda “concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin.”⁴² Por lo que, este proceso (el juicio) de no estar enfocado a ese fin, está en contra de los principios fundamentales que velan el derecho a la libertad de la persona (presunción de inocencia, *pro homine*), puesto que no podría justificar esta detención preventiva bajo otros fines que no sean los de la prisión preventiva, fines como violencia, la peligrosidad del imputado, la reiteración del acto, o temas de índole social. Porque como se ha denotado previamente el excesivo y erróneo uso de la prisión preventiva esta en que su aplicación se ha concedido bajo estas premisas, las cuales restan o aminoran su especificidad.

4. Modelo Interamericano sobre el uso de la prisión preventiva

³⁹ Id. Párr 20.

⁴⁰ Id., 60

⁴¹ Id., 61

⁴² Mariano la Rosa. Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2016), 4 y 5.

La problemática referente a la prisión preventiva toma fuerza en Latinoamérica a partir de 1981, cuando el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) publicó los resultados de una investigación, sobre los presos sin condena. En la que se reveló los altos porcentajes de éstos en Latinoamérica, que hacían aproximadamente el 65% de los privados de libertad en esta región bajo la figura de la prisión preventiva.⁴³ Esto se debió a la carencia e ineficiencia de legislación en la región, lo cual hizo que la prisión preventiva fuera dictada fácilmente, cuyas causales no justificaban que la medida fuese otorgada por: “el peligro de reiteración delictiva y la alarma social”⁴⁴, junto con delitos o infracciones que no requerían que la persona sea puesta en prisión. Todo esto bajo una legislación procesal en la que el modo inquisitivo se impuso, y se ignoró los derechos de los presos, quienes eran considerados como objetos.

Lo cual dio paso a: “que en la práctica judicial se dictara con suma facilidad la prisión preventiva y que cuando se otorgaba la excarcelación se hacía bajo cauciones monetarias muy elevadas, que hacían nugatoria el derecho a la libertad personal”⁴⁵, esto hizo que los detenidos estén en prisión bajo esta medida por mucho tiempo, sin haber sido sentenciados.

Durante la reforma procesal penal en Latinoamérica se buscó: “adecuar la legislación a los requerimientos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, considerándose que la legislación procesal inquisitiva existente había facilitado las violaciones a los derechos humanos en Latinoamérica”⁴⁶, la cual partió de una ola democratizadora en que la región superó dictaduras que hasta finales de los 80 regían. Esta ola dio paso a una era dónde sin importar la calidad de delincuente, se tenía que respetar derechos que todo ser humano trae consigo, buscando de esta manera el poner límites y requisitos materiales para el uso de la prisión preventiva.

La reforma procesal penal partió con el cambio a la estructura impuesta por el sistema inquisitivo, cambios que: “los sistemas procesales reformados establecieron una

⁴³ Ver, Jorge L. Rodríguez. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *IUS. Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (24), (2009), 115.

⁴⁴ Id., 115

⁴⁵ Id., 15

⁴⁶ Id., 116

clara diferencia entre las funciones de investigar, controlar el desarrollo de la investigación, acusar y determinar la responsabilidad penal,”⁴⁷ debido que estos factores estaban concentrados en una misma persona. Esta concentración resultó en una grave violación a los derechos humanos, sobre todo al no ejercerse el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, derecho que se encuentra protegido en la CADH en su artículo 8 referente al debido proceso.

Es esta violación de derechos la razón por la cual los países de la región se ven en obligación de adoptar: “cambios que pretendían dar vigencia real al debido proceso, derecho consagrado por las múltiples convenciones internacionales en derechos humanos”⁴⁸, y es esta adopción, el por qué los países latinoamericanos se suscriben a la CADH junto con otros convenios internacionales; cuya mira pretendía que la reforma no solo quede como un cambio escrito, sino que sea aplicado durante el ejercicio del derecho procesal penal.

La Corte Interamericana sustenta que, para aplicar la prisión preventiva se debe partir de dos categorías, que son: “la necesidad de justificación de parte de la autoridad judicial que la dispone, y la segunda, la razonabilidad de la duración de esta medida cautelar extrema”⁴⁹, parte de esta necesidad debido que no se puede presumir el cometimiento de un delito bajo la mera sospecha. A su vez, la prisión preventiva tiene dos condiciones para que se cumpla debidamente, a) la presunción de que el imputado en autos es responsable de la comisión del delito perseguido⁵⁰, y b) la peligrosidad que el imputado puede presentar en el caso concreto,⁵¹ para de esta forma no violentar o ir en contra de lo dispuesto por el artículo 7 de la CADH que trata sobre el derecho a la libertad personal, es esta manera en como la corte pretende y lleva a cumplimiento la normativa internacional.

A su vez, la Corte Interamericana ha establecido que para que una persona sea privada de su libertad bajo esta medida cautelar excepcional, debe incurrir en indicios válidos que sustenten de forma razonable, que la persona procesada cometió el delito a

⁴⁷ Duce, M, Fuentes, C., & Riego, C. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. CEJA-JSCA, (2009), 22.

⁴⁸ Id. , 23

⁴⁹ Informe N2-97 Informe sobre prisión preventiva (Argentina), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 11 de marzo de 1997, párr. 24,

⁵⁰ Id. Párr. 25

⁵¹ Id. Párr. 4

perseguir. Sostiene que los indicios deben estar basados en eventos concretos y detallados. En el caso Suárez Rosero se estableció finalidades específicas hacia la prisión preventiva conforme a lo dispuesto por el artículo 8.2 de la CADH el cual

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 [...]⁵².

Por lo que denota la importancia de un plazo que sea razonable, en el cual se comprenda todo el proceso, el fin procesal. En el caso Chaparro-Íñiguez la Corte Interamericana indica: “que la libertad personal debe ser siempre la regla y su limitación o restricción la excepción,”⁵³ lo cual deja en claro que la libertad de la persona no puede, ni debe ser irrespetada hasta que se haya adjudicado su responsabilidad penal. Estableciendo así, que: “el Estado no debe detener para luego investigar; por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.”⁵⁴ Por lo que corrobora junto con Suárez-Rosero que en esta medida se establezca el ejercicio del plazo razonable, junto con la debida motivación para que sea válida la concesión de la prisión preventiva.

A su vez, esta debida motivación de acuerdo con la CIDH esta sujeta a una serie de elementos que van acorde a la peligrosidad, sea del presunto delincuente, de reiteración, o del tipo penal en cuestión. Para que de esta manera el órgano judicial tome una decisión valorada conforme a lo penal y a lo procesal. Aquí, el peligro penal parte del criterio que

las autoridades judiciales están en condiciones de evaluar el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, [...] deberán tener en cuenta la gravedad del crimen, sin embargo, [...], el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado⁵⁵

⁵² Suárez Rosero vs. Ecuador, caso 11.273, Rafael Iván Suárez Rosero c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 12 de noviembre de 1997. Serie No. 35, párr. 77.

⁵³ Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. c. Ecuador, caso 12.091 y 17299. Juan Carlos Chaparro Alvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 53.

⁵⁴ Id. Párr. 103

⁵⁵ Informe 02/97, Informe sobre prisión preventiva (Argentina), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 11 de marzo de 1997, párr. 32,

Lo cual significa que la peligrosidad penal debe sustentarse en hechos específicos reales y frecuentes. En lo procesal, la CIDH señala que la peligrosidad puede ser : “la probabilidad de que el imputado, abusando de su libertad ambulatoria, frustre el proceso en sus diferentes etapas, tanto en la fase de instrucción como en la sustanciación del juicio.”⁵⁶ Para este análisis ha dispuesto que primero se debe tomar a consideración el cumplimiento de los siguientes elementos: “a) la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia, b) la complejidad de un caso y c) el riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados.”⁵⁷ Una vez demostrados estos elementos se podrá aplicar la prisión preventiva como medida cautelar, esto conforme a la peligrosidad procesal en general.

Sin embargo, la prisión preventiva debe ajustarse a una serie de características previstas en la CADH, conforme fueron detalladas por la Corte Interamericana en el caso Norín Catrimán

a) es una medida cautelar y no punitiva [...], b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes [...] y c) Está sujeta a revisión periódica [...]⁵⁸ , características que no permiten que sea violentada la libertad personal, seguridad y sobre todo que no se incurra en encarcelamiento arbitrario.⁵⁹

Estas características se dieron como necesidad de poner un control, al uso excesivo de la medida en Latinoamérica, debido que en ese entonces se carecía de alternativas a la prisión preventiva, salvo la caución monetaria. Lo cual hizo que fuese sumamente difícil el excarcelamiento de la persona detenida, tornándose este en un hecho sustentado en la arbitrariedad, por lo que surge la necesidad de establecer un plazo o tiempo razonable de duración de la medida cautelar.

⁵⁶ Luciano M. Linares. La influencia de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en la práctica judicial interna: el caso de la prisión preventiva. *Criterio Jurídico*, 8(2), (2011), 80.

⁵⁷ Id. 80.

⁵⁸ Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, y a la señora Patricia Roxana Troncoso Robles c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 311.

⁵⁹Ver, Jorge L. Rodríguez. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *IUS. Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (24), (2009), 145.

El caso Suárez Rosero, fue uno de los primeros casos en que se mencionó el principio de plazo razonable al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo. (...)⁶⁰

Este plazo no está definido en un tiempo específico por la Corte Interamericana, debido a que el plazo razonable dependerá de cada legislación y su apreciación ante el caso presentado. Sin embargo; sostiene que será conforme este dispuesto en la ley interna, y que no excederá su razonabilidad acorde al proceso y a: “a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.”⁶¹ Una vez analizados estos elementos se podrá establecer si es aplicable la medida y que, no se prolongue de manera que se ponga en riesgo la presunción de inocencia del detenido, y de paso a que la medida cautelar se convierta en una anticipación de pena.

A su vez, el caso Bayarri hace alusión al no haber razones que permitan subsistir la motivación de la prisión preventiva, plantea que: “no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar”⁶², y su análisis se deberá a si es pertinente o no la aplicación de la medida cautelar. La Corte Interamericana dispuso que

las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.⁶³

En razón a los supuestos del autor, junto con la gravedad del delito no son lo suficientemente justificativos para aplicar o mantener la prisión preventiva, lo cual pone en riesgo el fin procesal.

⁶⁰Suárez Rosero vs. Ecuador, caso 11.273, Rafael Iván Suárez Rosero c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 12 de noviembre de 1997. Serie No. 35, párr. 70.

⁶¹ Id. párr. 72.

⁶² Bayarri vs. Argentina, caso 11.280, Juan Carlos Bayarri c. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción. Preliminar. Fondo, Reparaciones, 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74.

⁶³ Id. Párr. 74.

El mal uso de la prisión preventiva en la región se debió a la carencia y superficiales disposiciones en la legislación. Una legislación que dio cabida a decisiones judiciales que carecían de fundamentos que permitían su correcta aplicación. Esta carencia legislativa abrió el camino para la arbitrariedad de los órganos judiciales, junto con funcionarios judiciales, quienes injerían en la libertad personal, donde de manera anticipada no se presumía la inocencia de la persona.

La Corte Interamericana, por medio de sus sentencias ha buscado y ha establecido las condiciones, características, motivaciones, limitaciones y la temporalidad que debe tomarse en consideración al aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva. Sin embargo; pareciera que se mantiene cierta renuencia por parte de América Latina en cuanto a la práctica de dichas disposiciones, para llevar a cabo exitosamente la motivación, para que se conceda o apruebe la solicitud de la prisión preventiva.

De acuerdo con una investigación realizada por el ILANUD en el 2012 el porcentaje de presos en prisión preventiva sin condena continúa

en gran medida siendo dramático e irónico, por cuanto un porcentaje importante de estas personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan sobreesidas o absueltas. Otro alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia.⁶⁴

Situación que es un violación al artículo 7 y 8,2 de la CADH en cuanto que esta forma de manejar los presos sin condena, privados de la libertad, sin haber tenido un juicio como esta planteado, delimitado y reconocido por leyes y tratados internacionales; provoca que las etapas del proceso se inviertan, puesto que: “durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad.”⁶⁵ Esto ubica en otro nivel a la violación de los derechos protegidos por la CADH, fallos de la Corte Interamericana que han ratificado en varias sentencias la prevalencia del derecho a la libertad y al debido proceso, junto con la frustrada aplicación

⁶⁴ Elías Carranza.. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe¿ Qué hacer?. *Anuario de derechos Humanos*, (8), (2012), 38.

⁶⁵ Id., 38.

de la prisión preventiva, debido que no sólo violan lo ya dispuesto, pero tergiversan y alteran el orden a proceder.

Personas presas sin condena en países de América Latina 1978-2011 ⁶⁶

País	1978-1982	1999	2000-2002	2005-2006	2008	2011
	%	%	%	%	%	%
Argentina	51	55	59	58	58	
Bolivia	90	36	56	73	79	
Brasil		36	34	28	44	44
Colombia	74	42	41	65	40	28
Costa Rica	47	18	24	20	23	23
Chile	52	51	40	28	22	20
Ecuador	64	68	70	56	46	45
El Salvador	83	76	50	31	35	29
Guatemala	54	61	58	41	42	53
Honduras	58	88	79	64	51	51
México	74	42	42	59	41	43
Nicaragua		31		15	21	24
Panamá	67	57	58	60	55	70
Paraguay	94	93		73	70	71
Perú	71	63	67	70	66	
Rep. Dominicana	80	90		56	76	64

⁶⁶ Id., 38 – 39.

Uruguay	77	77	72	94	64	66
Venezuela	74	59		54		

El cuadro presenta los resultados de una investigación llevada a cabo por el ILANUD en el 2011, el cual arroja los resultados en porcentajes de las personas privadas de la libertad sin condena de cada país en Latinoamérica. Este representa los porcentajes previo a la reforma procesal penal en la región, con un periodo de 2 a 3 años entre cada toma de información.

En la tabla presentada se puede apreciar al inicio de la reforma, se dio un división en los países, en cual la tendencia fue dividida es decir, por un lado se tendió a un uso considerablemente menor de la prisión preventiva bajo cualquier motivo, y por el otro, se tendió a un uso considerablemente mayor en algunos países, y en otros hubo un aumento menor. Para el año 2011, pareciera que el excesivo uso de la prisión preventiva estuviese bajo control, en razón, que la mayoría de los países están por debajo del 50% de un indebido uso de la prisión preventiva, y son pocos los países que están por encima de este 50%, a excepción de Panamá, que pareciera que con o sin reforma mantiene un 70% de uso excesivo de la medida.

Sin embargo; la CIDH en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, presenta tablas de una investigación conducida para señalar que el uso de la prisión preventiva en la región ha aumentado de manera considerable. ⁶⁷

Cuadro 1: proporción general de personas en prisión preventiva.

Estado	Número de personas privadas de libertad	Número/porcentaje de procesados	Número/porcentaje de condenados	Fecha de la información
Bolivia ⁶⁵	13,654	11,410 (84%) Preventivos	2,244 (16%) Sentenciados	A octubre de 2012

⁶⁷ Sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013), 20 y 21.

Brasil ⁶⁶	549,577 (508,357 en custodia del Sistema Penitenciario y 41,220 custodiados por las Policía Judicial de los estados (Secretarías de Seguridad Pública).	191,024 (37.6%) (De los 508,357 custodiados por el Sistema Penitenciario)	317,333 (62.4%) (De los 508,357 custodiados por el Sistema Penitenciario)	A junio de 2012
Chile	53,171	10,823 (20.4%) Sin sentencia (detenidos, procesados imputados)	42,348 (79.6%) Con sentencia firme	Al 31 de julio de 2012
Colombia	113, 884	34,571 (30.35%) Sindicados	79,313 (69.65%) Condenados	Al 31 de diciembre de 2012
Costa Rica	13,017	3,248 (25%) Indiciados	9,769 (75%) Sentenciados	A octubre de 2012
Estado	Número de personas privadas de libertad	Número/porcentaje de procesados	Número/porcentaje de condenados	Fecha de la información
El Salvador	26,883	6,459 (24%) Procesados	20,424 (76%) Condenados	8 de octubre de 2013
Ecuador	19,177 En centros penales administrados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ⁶⁷ .	9,409 (49%) No sentenciados (8,630 procesados, 377 contraventores, 402 con medidas de apremios).	9,768 (51%) Sentenciados (4,732 con sentencia ejecutoriada (25%), y 5,036 en impugnación o modificación).	Al 1 de agosto de 2012
El Salvador				
Guatemala	14,635	7,357 (50.3%) Preventivos	7,278 (49.7%) Condenados	A octubre de 2012
Honduras	12,407	6,064 (48.9%) Procesados	6,343 (51.1%) Condenadas	A abril de 2013
Nicaragua	9,168	1,127 (12.3%) Acusados	8,041 (87.7%) Condenados	Al 31 de diciembre de 2012
Panamá	14,521	9,443 (65%) En proceso A órdenes del Ministerio Público: 5,592; a órdenes del Org. Judicial: 3,135; Otros: 716.	5,078 (35%) Condenados Delitos: 4,421 Faltas: 339.	A octubre de 2012
Paraguay	7,901	5,780 (73.1%) Procesados	2,126 (26.9%) Condenados	Al 23 de septiembre de 2012
Perú	58,681	34,508 (58.8%) Procesados	24,173 (41.2%) Sentenciados	Al 31 de julio de 2012
Uruguay	9,330	6,065 (65%) Prisión preventiva	3,265 (35%) Condenados S. 1º Instancia: 535 S. 2º Instancia: 2,924	Al 31 de julio de 2012

Venezuela ⁶⁸	36,236	18,735 (52%) Detención preventiva (Procesados)	17,501 (48%) Con sentencia firme (Condenados)	Al cierre del primer semestre de 2012. Estas cifras corresponden específicamente al universo de reclusos asistidos por la Defensa Pública.
-------------------------	--------	--	---	--

La tabla presenta los resultados obtenidos de una investigación realizada por la CIDH en el 2012, la cual entrega resultados en cifras y porcentajes de personas privadas de la libertad sin condena en la región. En esta tabla podemos ver en cifras un alto número de personas detenidas de manera preventiva sin condena, como Brasil, que es el país con el mayor número de personas detenidas, y que entre el periodo del 2009 al 2012 tuvo un incremento de 17, 04% en personas detenidas bajo prisión preventiva, y demás países de la región cuyo porcentaje desciende.⁶⁸ Se tomo como ejemplo principal a Brasil, en razón, que es claro que la prisión preventiva no esta siendo aplicada como medida cautelar, pero si como regla general en sentido de anticipación de pena, puesto que los detenidos carecen de condena.

Es importante mencionar que esta renuencia (antes mencionada) es vista como el rezago de la reforma procesal penal; la CIDH realizó

recomendaciones concretas a los Estados: adoptar las medidas necesarias para corregir el rezago procesal y fortalecer los sistemas de justicia; implementar el uso de otras medidas cautelares distintas del encarcelamiento previo al juicio; garantizar que las autoridades judiciales apliquen la medida cautelar de la detención preventiva motivadamente, en estricto cumplimiento del plazo máximo legal, y de conformidad con los estándares internacionales; que esta decisión sea revisada periódicamente⁶⁹

Recomendaciones que, a pesar de haberse acogido y aceptado una reforma en lo procesal penal, si bien trajo consigo la ejecución de nuevos sistemas, estructuras, parámetros, lineamientos, es claro y preciso denotar que carecieron de éxito.

A lo largo de este reconocimiento de la problemática de la prisión preventiva en Latinoamérica, junto con la construcción del modelo interamericano sobre el uso de la prisión preventiva, bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, informes de la CIDH

⁶⁸ Sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013), párr. 59, 26 y 29; .

⁶⁹ Id., párr. 44, 17

y normativa de la CADH, y mención de los estándares internacionales se procederá a la culminación del presente escrito. Entender la realidad de la prisión preventiva dentro del sistema procesal penal de la región, si es una medida cautelar o anticipación de pena.

4.1 Estándar internacional para aplicar la prisión preventiva

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado sus principios, y reglas en cuanto a lo que la prisión preventiva respecta. Principios que nacen del artículo 7 sobre el derecho a la libertad, en el caso Chaparro Álvarez se determinó reglas con alcance jurídico a la libertad personal.

En Chaparro Álvarez, la Corte Interamericana consideró que el artículo 7 de la CADH contiene

dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la 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.).⁷⁰

La Corte Interamericana establece en este fallo como principio rector al derecho a la libertad, junto con una serie de reglas normativas que derivan de este principio, con el objetivo de garantizar el derecho a la libertad en diferentes situaciones.

La prisión preventiva es analizada por la Corte Interamericana en razón a la transgresión que pueda presentarse, conforme a lo expresado por el artículo 8 sobre garantías judiciales en su numeral 2 de la (CADH), respecto de la presunción de inocencia. Por medio de su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha expresado el vínculo que existe entre la presunción de inocencia con el derecho a la libertad, para comprender el alcance

⁷⁰ Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, caso 12.091 y 172/99, Juan Carlos Chaparro Alvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez, c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2007, párr. 124.

de la prisión preventiva.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha expuesto que la prisión preventiva es: “excepcional y debe tener carácter cautelar, nunca punitivo o anticipativo de una condena.”⁷¹ Porque aquí se busca proteger la finalidad procesal, mas no un derecho penal material. La Corte Interamericana a su vez ha declarado también, que

En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.⁷²

La Corte Interamericana determina que la prisión preventiva tiene 2 fines que pueden fundamentarla, el 1) asegurar que el imputado no interferirá con el desarrollo de la investigación, y 2) que no eludirá la acción de la justicia. Estos dos fines mencionados convienen al principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad: “debe analizarse si el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la libertad personal, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”⁷³ El criterio que busca resaltar la proporcionalidad es si la prisión preventiva es equivalente al acto delictivo cometido, y si esta se mantiene provisionalmente en el tiempo. Por lo que si no lo es, se incurre en una detención arbitraria, que acarrea una violación a la presunción de inocencia.

La Corte Interamericana sobre el principio de proporcionalidad, pronunció que

la prisión preventiva sólo es admisible como medida cautelar, esto es, subordinada al proceso penal y a sus fines, lo cual se traduce en que el acusado solamente puede ser privado de la libertad para evitar que obstaculice el desarrollo del proceso, en particular

⁷¹ *Ver*, Caso Palamara Iribarne vs. Chile. FRC. 2005, párr. 198. Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. ^[1]^[SEP]Ecuador. FRC. 2005, párr. 111. Christian Steiner y Patricia Uribe. ^[1]^[SEP]Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. México, 3.

⁷²Id. ,38

⁷³ Sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013), párr. 160, 67.

de las investigaciones, o se sustraiga a la acción de la justicia.⁷⁴

Pronunciamiento que cierra a la prisión preventiva, en que debe haber suficientes sospechas, pruebas que permitan ubicar considerablemente al sujeto en el acto ilícito que se investiga para conceder la aplicación de la prisión preventiva.

Los principios y reglas expresadas tienen una influencia de carácter primordial y directo en la normativa de los países que se han suscrito a la CADH. A su vez, ante el indebido y excesivo uso de la prisión preventiva, la Corte Interamericana a través de sus fallos destacó una serie de aportes, que sirven de apoyo para disminuir el erróneo y excesivo uso de la prisión preventiva.

Aportes que fijan los parámetros de la prisión preventiva como medida cautelar, los cuales la alejan del carácter de regla general, que es lo que continuadamente ha ocurrido desde la reforma procesal.

La prisión preventiva tiene su razón de ser determinada, debido a los principios, reglas y parámetros establecidos por la CADH junto con la Corte Interamericana, y la aplicación de esta normativa en conjunto: “presupone una coherencia interna y una lógica autorreferencial del derecho según las cuales la presunción de inocencia del imputado es el sostén del edificio jurídico.⁷⁵ Al no usarse de manera correcta esta normativa establecida para la prisión preventiva se incurre en la anticipación de pena, hecho que pone en riesgo los ideales y principios del derecho penal, junto con los de la CADH.

Sin embargo, si se dicta la prisión preventiva, y su propósito, carece de motivación suficiente, lo cual altera la presunción de inocencia, y al no ser debidamente motivada la decisión judicial de la prisión preventiva, la convierte en una privación de la libertad arbitraria. Ante situaciones de detención arbitraria la Corte Interamericana en su jurisprudencia sostiene que

toda medida privativa de la libertad debe ser suficientemente motivada, pues, de lo contrario, al no ser posible o al dificultarse de sobremanera el examen de la observancia de

⁷⁴ Christian Steiner, Patricia Uribe. Convención América sobre Derechos Humanos comentada, Mexico (2014), 249.

⁷⁵ Ezequiel Kostenwein. La prisión preventiva en plural. *Revista Direito e Práxis*, 8(2), (2017), 944.

las condiciones materiales mencionadas, o al quedar en evidencia que se ignoró el principio de proporcionalidad.⁷⁶

Esto acarrearía en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.3. sobre la Prohibición de la detención arbitraria de la CADH.

A su vez, la motivación que sustenta el pedido de la prisión preventiva no debe pretender ser un: “listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana.”⁷⁷ La motivación debe fundamentarse en puntos que justifiquen las disposiciones sujetas a la prisión preventiva, ya que sirven para verificar si la prisión preventiva se ha mantenido dentro de los límites de una medida estrictamente procesal o cautelar –nunca policial o punitiva- es preciso analizar el razonamiento vertido en el fallo judicial, cuya inexistencia basta para entender que la privación fue arbitraria.⁷⁸ La prisión preventiva no puede ser usada también de manera coercitiva, de seguridad, ni de prisión o sanción, ya que esto significaría una irrupción al derecho de presunción de inocencia.

Al aplicar de manera arbitraria la prisión preventiva, se resulta en una anticipación de pena, la cual viola al principio de inocencia debido a que: “se entendía desde el primer momento como prohibición de trato al imputado en idéntico modo y con idéntica finalidad en relación con el condenado,”⁷⁹ en razón a que: “la presunción de inocencia no significa la prohibición de que se ordene la prisión preventiva, pero debe reconocerse que ejerce influencia sobre la regulación de ésta.”⁸⁰

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en lo que respecta al principio de presunción de inocencia ha establecido que: “es un elemento esencial para la realización

⁷⁶ Christian Steiner y Patricia Uribe. *Convención América de Derechos Humanos comentada*, Mexico. (2014), 236.

⁷⁷ Id. 236

⁷⁸ Id. 236 – 237.

⁷⁹ Diego Dei Vecchi..Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(2), (2013), 194.

⁸⁰ Jorge L. Rodríguez. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *IUS. Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (24), (2009), 127.

efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme.”⁸¹ Se debe reconocer primero que la presunción de inocencia lleva consigo elementos propios, que permiten que se pueda ajustar conforme las situaciones se presentan, por lo que

no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, como asimismo aplicando los principios la adecuación y proporcionalidad de ellas.⁸²

En razón a que la omisión de uno de estos elementos cambia la intención que se persigue a través de la medida cautelar, puesto a que la presunción de inocencia es el motivo por el cual la prisión preventiva sostiene su especificidad. Y es aquí, que la perspectiva de la dogmática jurídica encuentra un problema, porque al estar regida por principios y garantías formales no concibe que el individuo reciba el mismo trato que uno con condena firme.

Para prevenir esta inclinación hacia su uso como regla general (anticipación de pena), la dogmática jurídica consideró conveniente y necesario que para aplicar la prisión preventiva se tome en consideración requisitos que limiten y justifiquen su necesidad, motivo por el que crea un esfera jurídica que contiene y sostiene a la medida bajo el carácter de excepción. Al faltar o no estar debidamente motivados y justificados cada uno de estos parámetros, no se puede pretender que la prisión preventiva accione de manera correcta su función, ya que no se mantiene su especificidad.

5.- Análisis y crítica por qué al uso de la prisión preventiva como anticipación de pena.

Conforme lo escrito, se puede ver que la prisión preventiva no es un estado jurídico,

⁸¹Caso 12.367, Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser c. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de julio de 2004, Serie C N 107, párr. 154. Humberto N. Alcalá.. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et praxis*, 11(1), (2005), 221-241.

⁸² Id., 221-241.

cuyo concepto no sea sencillo de entender; sin embargo, en su aplicación es donde se encuentra el verdadero reto, ahí está el factor que determina si es medida cautelar o anticipación de pena. La Corte Interamericana ha expresado que

no ha fijado límites abstractos específicos, pero sí ha establecido el criterio fundamental de que, en atención a la presunción de inocencia y a la libertad personal, hay un momento a partir del cual la prisión preventiva, aun siendo necesaria desde la perspectiva de los motivos admisibles para acordarla y mantenerla, pasa a ser irrazonable, desproporcionada.⁸³

Irrazonable en cuanto que cruza la delgada línea entre la presunción de inocencia con la de culpabilidad, y desproporcionada, porque se ordena y mantiene sin considerar la finalidad procesal que requiere.

De acuerdo con la dogmática jurídica, la finalidad de la prisión preventiva consiste en que: “debe ser procesal, nunca de prevención general o especial; de lo contrario, la privación de libertad es arbitraria.”⁸⁴ Sin embargo: “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,”⁸⁵ lo cual no es correcto, debido que el peligro procesal no presume y actúa. El peligro procesal se basa en circunstancias objetivas al caso en concreto, cuyo fin legítimo es lo procesal y no el fin material, el cual por medio de la anticipación de pena es de carácter punitivo.

El peligro procesal no puede basarse en la presunción, debido que: “a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal, materializado no sólo en su normal desenvolvimiento, sino en la futura aplicación de la sentencia.”⁸⁶ En estas posibilidades específicas a un caso en concreto, la potencialidad del peligro procesal busca prevenir riesgos que puedan frustrar el proceso.

El análisis de estas posibilidades en el peligro procesal están sujetas a la

⁸⁴ Christian Steiner y Patricia Uribe. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México, (2014), 257.

⁸⁵ Sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013), 38, párr. 86.

⁸⁶ Javier A. Pérez López. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. *Derecho y Cambio Social*, 11(36), (2014), 8.

discrecionalidad del juez. Esta discreción, trae consigo una serie de requisitos materiales, que deben ser tomados en consideración, que al no justificar debidamente al peligro de fuga o la obstaculización de la actividad probatoria, demuestran que: “en los hechos parecen confundirse los límites entre el encierro preventivo y la condena de prisión.”⁸⁷ Y, de incurrirse en anticipación de pena, el proceso se ha frustrado, ya que la prisión preventiva perdió su especificidad, debido que la presunción de inocencia se redujo, ya no es una medida cautelar, pasó a ser de carácter punitivo,.

La confusión entre los límites de la prisión preventiva con la anticipación de pena, parten de un rezago procesal de una reforma procesal penal fallida, puesto que la prisión preventiva se usaba en su mayoría como un justificativo, que pretendía corregir el peligro social. La CIDH expresó que no podía ser ordenada la prisión preventiva bajo: “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente,”⁸⁸ en vista que es una medida cautelar más no una medida de seguridad. El aspecto criminal está proyectado a una rectificación social preventiva, reflejo de un peligro social y no un potencial peligro hacia el fin procesal. El cuál busca establecer la responsabilidad del infractor con el delito, dar paso al proceso, y este permita una sentencia donde la prisión preventiva fue aplicada efectivamente como una medida cautelar, y no anticipación de pena.

Es importante considerar los requisitos materiales, pues sustentan el peligro procesal, y: “a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal, materializado no sólo en su normal desenvolvimiento, sino en la futura aplicación de la sentencia.”⁸⁹ La prisión preventiva requiere que los requisitos materiales que acompañan al peligro procesal sean tomados en consideración uno a uno, puesto que estos principios, y requisitos, permiten determinar y justificar la prevención de riesgos en el proceso, y así garantizar el fin procesal.

Sin embargo, en la discrecionalidad del juez es dónde la prisión preventiva

⁸⁷ Ezequiel Kostenwein. La prisión preventiva en plural. *Revista Direito e Práxis*, 8(2), 949.

⁸⁸ Sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2017), 143, párr. 61.

⁸⁹ Jorge A. Pérez López. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. *Derecho y Cambio Social*, 11(36), (2014), 8.

encuentra su mayor problema. De acuerdo con fallos de la Corte Interamericana, las motivaciones que determinaron la aplicación de la prisión preventiva carecieron de la debida motivación. Lo que implica que el juez abusó de su discrecionalidad, es clara la falta de soporte jurídico, puesto que no se tomo en consideración los requisitos materiales que soportan al peligro procesal. En ellos la peligrosidad procesal argumentada no encajaba con uno de los fines legítimos del proceso (justificación de peligro de fuga, ni como obstaculización a la investigación del proceso), pues en los fines del proceso no es perceptible la aplicación de los requisitos materiales, y pareciera que se pretendió poner una medida de seguridad a través de la prisión preventiva, cuyo medida resta más en el peligro social.

Las presentes argumentaciones evidencian claramente que la prisión preventiva no pretendió ser una medida, cuyo uso y finalidad sea aplicado de forma ligera, como ha sido y se mantiene. La prisión preventiva pretendió y pretende ser la medida cautelar, porque a diferencia de la anticipación de pena, parte de la presunción de inocencia, que le da el carácter excepcional, porque busca proteger el fin procesal, que se lleve a cabo. En cambio la anticipación de pena no se protege al proceso, no actúa conforme a derecho, porque no garantiza que se lleve a cabo un proceso, solo anticipa una condición resolutive de carácter punitivo. Lo cual incurre en una falta grave a los derechos humanos fundamentales que son el principio de presunción de inocencia, con el derecho a la libertad y el derecho a un debido proceso.