



Trabajo de Fin de Máster

**LIBERTAD PERSONAL Y ABUSO DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA. ESPECIAL
REFERENCIA AL ANÁLISIS DEL SISTEMA
INTERAMERICANO**

Universidad de Granada

Master Universitario en Derechos Fundamentales en
Perspectiva Nacional, Supranacional y Global

Curso 2020-2021

Autor: Braulio Idelgar Calle Vega

Tutor: Dr. Ricardo Martín Morales

En Granada, a 14 de setiembre de 2021

Libertad personal y abuso de la prisión preventiva. Especial referencia al análisis del sistema interamericano

Alumno: BRAULIO IDELGAR CALLE VEGA

Máster Universitario en Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global

Tutor: Dr. RICARDO MARTÍN MORALES

RESUMEN

El trabajo se centra en problematizar el uso no excepcional de la prisión preventiva, con especial referencia a los países interamericanos, escudriñando los componentes estructurales y culturales que la propician y visibilizando su repercusión adversa en los deficientes sistemas procesales penales. El análisis efectúa un recorrido por la dogmática de la institución, de las normas y estándares internacionales que interpretan los órganos del sistema interamericano, el papel de los jueces nacionales y el control de convencionalidad, así como de las luces y sombras que plantea el reto del tratamiento desde la política pública de cara a la afectación de derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal.

PALABRAS CLAVE

Prisión preventiva, libertad personal, Sistema interamericano, estándares internacionales, control difuso de convencionalidad, Estado constitucional de derecho.

KEYWORDS

Preventive detention, personal liberty, Inter-American system, international standards, diffuse control of conventionality, constitutional rule of law.

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DEL
TRABAJO FIN DE MÁSTER**

Considerando que la presentación de un trabajo hecho por otra persona o la copia de textos, fotos y gráficas sin citar su procedencia se considera plagio, el abajo firmante **D. Braulio Idelgar Calle Vega** con Pasaporte nº 116439855, que presenta el Trabajo Fin de Máster con el título: **Libertad personal y abuso de la prisión preventiva. Especial referencia al análisis del sistema interamericano,**

declara la autoría y asume la originalidad de este trabajo, donde se han utilizado distintas fuentes que han sido todas citadas debidamente en la memoria.

Y para que así conste firmo el presente documento en Granada a 14 de setiembre de 2021.

El autor:



Braulio Idelgar Calle Vega

ABREVIATURAS Y OTROS TÉRMINOS

ACNUDH, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
CADH, Convención Americana de Derechos Humanos
CADHP, Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos
CdE, Consejo de Europa
CEDH, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ, Corte Internacional de Justicia
Corte ADHP, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Corte IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI, Corte Penal Internacional
DADDH, Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre
DDHH, Derechos Humanos
DIH, Derecho Internacional Humanitario
DUDH, Declaración Universal de Derechos Humanos
Estatuto de Roma, Estatuto de la Corte Penal Internacional
F., fs., Fundamento, fundamentos jurídicos.
OEA, Organización de Estados Americanos
OMS, Organización Mundial de la Salud
ONUSIDA, Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida
PIDCP, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SEDH, Sistema europeo de derechos humanos
SIDH, Sistema interamericano de derechos humanos
STC, Sentencia del Tribunal Constitucional peruano
TC, Tribunal Constitucional
TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

☆☆☆

Índice

| | |
|---|--------|
| Introducción | V |
| I. APRECIACIONES CONCEPTUALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA..... | - 8 - |
| 1.1. Definición..... | - 8 - |
| 1.2. Naturaleza jurídica | - 9 - |
| 1.2.1. La corriente procesalista (de la Cautela procesal) | - 10 - |
| 1.2.2. La corriente sustancialista (de la Sanción material)..... | - 11 - |
| 1.3. La prisión preventiva y los principios y derechos fundamentales | - 12 - |
| 1.4. Finalidades y presupuestos materiales de la prisión preventiva | - 14 - |
| 1.5. Prisión preventiva en el modelo procesal penal acusatorio garantista..... | - 18 - |
| 1.6. Medidas alternativas a la prisión preventiva..... | - 19 - |
| II. PRISIÓN PREVENTIVA, ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS | - 22 - |
| 2.1. La deslegitimación de la prisión preventiva | - 22 - |
| 2.2. Estándares fundamentales internacionales..... | - 24 - |
| 2.2.1. Estándares de las Naciones Unidas | - 24 - |
| 2.2.2. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos | - 25 - |
| 2.2.3. El Informe de Fondo 35/07 CIDH, de fecha 11 de mayo de 2007 | - 27 - |
| 2.2.4. La prisión preventiva en la jurisprudencia interamericana | - 30 - |
| 2.2.5. La prisión preventiva en la jurisprudencia europea | - 33 - |
| 2.3. Sistema de protección internacional | - 35 - |
| 2.4. Control difuso de convencionalidad y el nuevo rol de los jueces nacionales como jueces interamericanos | - 36 - |
| 2.5. El diálogo judicial en el contexto del pluralismo jurídico | - 38 - |
| III. LUCES Y SOMBRAS: LA PROBLEMÁTICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA - | 41 - |
| 3.1. Un nuevo abordaje desde las políticas públicas..... | - 41 - |
| 3.2. El rol de las organizaciones de la sociedad civil..... | - 44 - |
| 3.3. Incumplimiento de estándares internacionales | - 46 - |
| 3.4. Las fallas de los modelos procesales acusatorios..... | - 48 - |
| 3.5. Las tasas mundiales de presos preventivos y condenados | - 51 - |
| 3.6. El encarcelamiento de mujeres y otros grupos vulnerables | - 54 - |
| 3.7. Las tasas de presos preventivos y condenados en las Américas | - 59 - |
| 3.8. La Covid-19 y la política penitenciaria..... | - 63 - |
| IV. CONCLUSIONES | - 67 - |
| Referencias..... | - 69 - |

Introducción

El presente trabajo se centra en la aplicación de la *prisión preventiva*, una de las medidas de coerción personal para la sujeción del imputado al proceso penal. Específicamente, aborda el uso no excepcional de la prisión preventiva con especial referencia a los países interamericanos y a los componentes estructurales y culturales que la propician, visibilizando sus repercusiones en los deficientes sistemas procesales penales. El análisis parte del contexto de las normas y estándares internacionales que condicionan su procedencia por parte de los jueces nacionales y del consenso de que se trata de una medida cautelar, excepcional y de última ratio; al cabo, la más intensa y agravada del ordenamiento jurídico por afectar los valores esenciales de la presunción de inocencia y la libertad de las personas.

El recorrido histórico de la institución siempre ha estado cubierto de sombras; sobre todo desde su peor período en el proceso inquisitivo, tenebroso antecedente del que, hasta la actualidad, no ha podido sacudirse ni siquiera para poder esclarecer su propia naturaleza jurídica y fines que intentan explicarla dos corrientes opuestas: la procesalista y la sustancialista. Sin embargo, para los propósitos de este estudio, corresponde dar por sentado el carácter eminentemente procesal de la prisión preventiva, así como su finalidad de garantizar el éxito del proceso, mas no la ejecución de la condena, conforme a los estándares internacionales. Ello, en tanto existen legislaciones penales que han introducido presupuestos sustancialistas para su aplicación en contrarreformas que responden a concepciones del populismo penal y de la sanción material contra la criminalidad.

Resulta paradójico que este contexto se dé en Latinoamérica, la región que durante los últimos veinte años ha introducido los códigos procesales penales más garantistas y de vanguardia en la mayor partes de los países. Parece ser que esto no ha sido garantía de mejora para los sistemas de justicia penal o por lo menos, la reforma procesal no ha encontrado coherencia en la ‘política criminal’ desprovista de eficacia, en general, por que no existen auténticas políticas de Estado. De ahí que se haya perdido el control en el tratamiento de la problemática penitenciaria y la prisión preventiva agudice la situación con efectos devastadores en la vida y la salud de las personas a las que afecta: con el hacinamiento carcelario, la violencia en las cárceles, las condiciones inadecuadas de las prisiones; y, sobre todo, desnudando las peores debilidades y amenazas del sistema durante la crisis sanitaria por el Covid-19 que el mundo atraviesa. Todo esto abona la idea de que

es la institución más controvertida e incómoda del Estado democrático y constitucional que alimenta contantes posiciones a favor y contra.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), desde su Informe sobre el Uso de la prisión preventiva de 2013, ha reconocido que el uso excesivo de esta medida vulnera derechos fundamentales en los estados americanos. De manera que su uso no excepcional deriva en inseguridad jurídica con prácticas punitivas contrarias al Estado constitucional y a los principios que informan la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el seno del pluralismo jurídico actual. Expuesta la problemática de los sistemas de justicia penal, urge modificar este estado de cosas incostitucionales e inconvencionales. La solución inmediata está en el abordaje integral y estratégico desde las políticas públicas y en el rol cardinal que desempeñan actualmente las organizaciones de la sociedad civil en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Existirían tres factores estructurales y culturales determinantes en la perversión del uso de la institución en la región: introducción de causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva, jueces nacionales sin habilidades constitucionales y con arraigo sustancialista, y el populismo penal y su parcial entendimiento del fenómeno delictivo. Todo ello agravado por la ausencia de un adecuado soporte en las políticas, las instituciones y los procesos políticos sobre derechos humanos; dando como resultado que en las Américas se encuentre hoy, la mayor población penitenciaria en prisión preventiva del mundo, con un porcentaje del 37% del total de encarcelamientos y la tasa más alta de 97 por cada 100 mil habitantes. **El presente TFM tiene como objetivo central contribuir a problematizar el uso no excepcional de la prisión preventiva, escudriñando los componentes estructurales y culturales que la propician, y visibilizando su repercusión adversa en los deficientes sistemas procesales penales.**

El estudio se divide en tres capítulos: el primero parte del estudio de la dogmática general de la institución y de los principios esenciales que la informan. El segundo capítulo, arriba a la cuestión de los estándares internacionales, tanto de las Naciones Unidas como los del sistema Interamericano, abordando, también, el sistema de protección de derechos humanos. Finalmente, el capítulo tercero, desciende al desarrollo de la problemática del encarcelamiento preventivo que el autor considera el núcleo del estudio en tanto desarrolla la concreción de los capítulos precedentes.

**LIBERTAD PERSONAL Y ABUSO DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA. ESPECIAL
REFERENCIA AL ANÁLISIS DEL SISTEMA
INTERAMERICANO**

Autor: Braulio Idelgar Calle Vega

I. APRECIACIONES CONCEPTUALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.1. Definición

La prisión preventiva es entendida como una medida cautelar que puede ordenar el juez de la instrucción, juez de la investigación preparatoria (según el modelo procesal) o tribunal de apelaciones para privar del derecho fundamental de la libertad ambulatoria al inculcado a instancias del Ministerio Público, «mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal o hasta que la sentencia de instancia sea definitiva» (Rodríguez Magariños, 2009, pág. 7).

Llamada también prisión provisional, es la restricción judicial de la libertad de carácter provisional y temporal contra un imputado por delitos graves, que entiende Gimeno Sendra *et al.* (1997), cuando existe peligro de fuga:

la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al llamado de la celebración del juicio oral (pág. 524).

Para Bruzzone (2005, pág. 244), la justificación de la prisión preventiva estriba en neutralizar los peligros procesales para la preservación de los fines del proceso penal mediante la reclusión provisional de un procesado constitucionalmente inocente pero imputado de la comisión de un delito. Como forma de coerción procesal, afecta la libertad física o ambulatoria de las personas y se emplea para asegurar el desarrollo del proceso actuando la ley sustantiva o asegurando la ejecución de la sentencia (Maier, 1999, págs. 518-519).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene por prisión o detención preventiva al encarcelamiento judicial del imputado: «todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme» (CIDH, 2013, pág. 13).

Por su parte, el Consejo de Europa (CdE), en sus recomendaciones del Comité de Ministros, presenta una definición más ampliada de la prisión preventiva:

es todo periodo de detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a la condena. También incluye todo periodo de detención de conformidad con las reglas referentes a la cooperación judicial internacional y la extradición, sujeto a las disposiciones específicas correspondientes¹.

Hasta aquí, la nota resaltante es su similitud con la pena privativa de la libertad; no obstante, la diferencia radica en el carácter instrumental, provisional y variable; en esencia, los caracteres de toda medida cautelar a que pertenece la prisión preventiva. Ello ha llevado al Tribunal Constitucional español a señalar la analogía existente entre la privación de la libertad, ordenada mediante una medida cautelar, de la proveniente de una sentencia condenatoria, en tanto ambas «afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculpado² [...]».

Cabe una primera reflexión sobre la infructuosa diferencia entre encarcelados preventivos y sentenciados, que señalan Méndez Rivera & Pérez De la Torre (2020), que en términos sustanciales no tiene ningún sentido, en tanto el estatuto material de los presos preventivos carece de efectos operativos y funcionales en las prisiones:

Esta dinámica del proceso penal y del sujeto encarcelado en prisión preventiva, como supuesta medida cautelar, implica una dinámica social, que lleva a una comunidad carcelaria de excepción, carente de reglas de operación y funcionamiento, y de interpretaciones propias, ya que, generalmente, se operan las mismas reglas de manejo carcelario, tanto para sentenciados como para internos en prisión preventiva (pág. 162).

1.2. Naturaleza jurídica

Dos corrientes doctrinarias opuestas intentan explicar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva en atención a los fundamentos y circunstancias que cada legislación procesal recoge: por un lado, la corriente *procesalista*, también llamada de la cautela procesal; y, por otro, la *sustancialista*, o de la de la sanción material. Cabe resaltar que existen códigos procesales penales de corte acusatorio que se precian de ser garantistas; sin embargo, han incorporado requisitos sustancialistas para la aplicación del encarcelamiento preventivo.

¹ Recomendación R(2006)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos. Adoptada en la 974ª reunión (27 de septiembre de 2006).

² STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ. 3 (Tribunal Constitucional español).

1.2.1. *La corriente procesalista (de la Cautela procesal)*

Esta tesis entiende al encarcelamiento provisional como una medida excepcional con una finalidad exclusivamente asegurativa o cautelar en el proceso donde se ordena, desestimando los aspectos *penales-sustanciales* del caso y centrándose más bien en las cuestiones *jurídico-procesales* (Tallarico, 2020, pág. 12). Es decir, que a juicio de este autor, el criterio procesalista abandona aspectos como la reincidencia o la propensión a delinquir del imputado/procesado, para atender aspectos como los fundados elementos de convicción en la autoría delictiva, peligro de fuga, peligro de obstaculización de la investigación, montos superiores o agravados de pena, etc.

Para la corriente procesalista la prisión preventiva es una medida cautelar excepcional que no busca castigar al encausado, como señala Tallarico (2020), sino que cautela los fines del proceso para afianzar la justicia:

Dicha corriente, afirma que la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo, tiene sólo una misión que es la de custodiar los fines del proceso para que pueda cumplir con su función primordial de “afianzar la justicia”. De este modo, se parte de la base de que es una medida cautelar cuyo fin no es sancionar al imputado y su carácter debe ser excepcional (pág. 12).

Cafferata Nores indica que la prisión preventiva tiene por objetivo cautelar, neutralizar los peligros procesales que podrían impedir el afianzamiento de la justicia, asegurando la presencia del imputado/procesado durante el juicio o ejecución de la sentencia. Este mismo autor se decanta por el criterio procesalista del encierro preventivo en tanto se enfrenta «a una cultura jurídica autoritaria, que lo concibe como un gesto punitivo ejemplar e inmediato fundado en la mera sospecha o, como mucho, en la íntima convicción de los funcionarios judiciales sobre la participación del imputado en un delito» (2000, pág. 187; 1998, pág. 192).

No cabe duda que esta corriente surge con un planteamiento cautelar garantista, por tanto, excepcional y subsidiario frente al criterio sustancialista (que brinda al encarcelamiento carácter punitivo), intentando un equilibrio con la triple dimensión de la presunción de inocencia (principio, derecho y garantía) y la libertad individual, que para los efectos, únicamente deben encontrar límites en las cuestiones jurídico-procesales para un eventual encarcelamiento provisional, en tanto se trata de la medida más agravada y violenta del ordenamiento jurídico. De ahí que para la corriente

procesalista «el propósito cautelar constituye la mejor justificación esgrimida a su favor» (Cafferata Nores, 2000, pág. 187).

1.2.2. *La corriente sustancialista (de la Sanción material)*

González Ferreyra (2011), señala que se denomina *sustancialista* debido a que concibe a la prisión preventiva con fines del derecho penal sustantivo o material: «postula el empleo del encierro cautelar para satisfacer fines y necesidades extraprocesales, propios del derecho penal material, sustantivo o de fondo, al margen de valoraciones de corte procesal» (pág. 9). Esta concepción asume el encarcelamiento preventivo como sanción material equiparando imputación y acusación como hecho probado y sentencia: «se le imprime [a la prisión preventiva] el carácter de sanción previa, infringiendo el bloque de constitucionalidad al tomar a la imputación como un hecho probado y la mera acusación como una sentencia previa» (INECIP, 2012, pág. 15).

La corriente sustancialista entiende a la prisión preventiva como un instrumento punitivo anticipado, sumario y ejemplar (sanción material) que enfatiza las cuestiones penales-sustanciales y concibe a la investigación preparatoria (o instrucción) como la más trascendente de todas las etapas procesales en detrimento de la acusación y del juicio oral, incluso. No solo está asociada con sistemas penales inquisitivos sino que ha logrado arraigarse abierta o encubiertamente en modelos procesales garantistas al arbitrio de sus operadores judiciales³. Así, para Sergi (2001), esta corriente «ha tenido éxito y ha encontrado una fuerte recepción legislativa que, incluso hoy, no se ha podido desterrar por completo» (pág. 115).

Como se podrá inferir desde ya, las principales objeciones a esta corriente apuntan a desvirtuar el vértice de su propósito sustancialista de sanción material anticipada para la prevención de la peligrosidad del reo (Hassemer, 1998, págs. 118-119; Ibáñez, 2007, págs. 259-560). De este modo, la mutación de la prisión preventiva de instrumento exclusivamente procesal a medida punitiva, que ha advertido Ferrajoli (1995), la ha desnaturalizado basándose solo en la sospecha y presunción de culpabilidad:

³ Arbitrariedad de los jueces en la adopción del encarcelamiento que ya había sido señalada desde el siglo XVIII denunciando críticamente su limitación y prohibición, por CONDORCET, M. J., en *Notes sur le Code criminel publié à Florence le 30.11.1786*. Pág. 426.

La perversión más grave del instituto, [...] ha sido su transformación, [...], en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad (pág. 553).

1.3. La prisión preventiva y los principios y derechos fundamentales

La libertad se superpone como el bien más valioso del hombre y son la literatura, la pintura, el teatro y desde luego, el cine, elocuentes expresiones artísticas del sacrificio de la vida por la libertad (piénsese por ejemplo en los suicidios de Aníbal, Sócrates, Cleopatra, Marco Antonio, etc., quienes prefirieron morir a vivir prisioneros). Esto nos da una idea clara de por qué la prisión y la cárcel, como máximos instrumentos de violencia legítima del Estado democrático, trascienden lo jurídico con profundas implicaciones morales, sociales, económicas, etc., incluso cuando su privación se da tras haberse pulverizado la presunción de inocencia en juicio justo. Y, es que como señala Lascuraín Sánchez (2017), el instituto ataca directamente la libertad y la presunción de inocencia, fundamentos del Estado democrático: «La prisión provisional tiene una sed intensa de legitimación porque cuestiona dos de los pilares básicos del Estado democrático: la libertad y la presunción de inocencia» (párr. 2).

Desde esta perspectiva surgen los principios que salvaguardan la libertad frente a todos; uno de ellos es el principio del *favor libertatis*, en torno al cual, gravita el proceso penal y, por cuyo mérito, se debe respeto absoluto al imputado. Mediante este principio los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más extensivo en favor de la libertad y del modo más restrictivo cuando se limiten; dicho de otro modo, las disposiciones legales aplicables a la prisión preventiva se deben interpretar restrictivamente a favor de la libertad del imputado. Evidentemente, se debe hacer el menor empleo posible de la coerción personal y cuando se adopte, debe orientarse a restituir rápidamente la libertad. El principio del *favor libertatis*, brinda fuerza expansiva a los derechos al optarse, en caso de duda, por la interpretación que mejor tutele los derechos humanos en su conjunto y con los valores que los informan (Nogueira Alcalá, 2003, pág. 76).

La presunción de inocencia es sin duda alguna una de las mayores conquistas de los derechos fundamentales. Es además, la más elemental de todas las garantías judiciales del ámbito penal (CIDH, 2013, pág. 5); de ahí su configuración como tal en los textos constitucionales democráticos y su consagración en instrumentos internacionales y supranacionales: artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (1966), artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), artículo 7 b) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Además, ha sido recogido en muchos otros tratados internacionales sobre Derechos humanos, así como en los estatutos de los tribunales de justicia internacionales y supranacionales (CIJ, CPI, CIDH, TEDH, CADHP).

La presunción de inocencia es la piedra angular del proceso penal moderno (Zappalà, 2003, pág. 83). De ahí que Lauze de Péret (1821, citado en Ferrajoli, 1995, pág. 549), sinteticamente audazmente la trascendencia social de la *presunción de inocencia* y su íntima vinculación con la *seguridad* cuando señala que, por lo general, a la ciudadanía le resulta suficiente con que se castigue a los culpables pero le interesa mucho más la protección de todos los inocentes. Y, a riesgo de sonar retórico, la máxima divisa del derecho penal en palabras de Ferrajoli (1995), de que la inocencia no se demuestra, sino que se presume en todo el juicio: «La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa -y no la de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio» (pág. 549). Por consiguiente, la prisión preventiva lesiona en grado severo el principio de presunción de inocencia desplazándola por cierta presunción de culpabilidad que lo asimila al preso.

Carnelutti (2010, pág. 11), refiriéndose a la compasión que generalmente se suele sentir por un hambriento, un vagabundo o un enfermo, indica que a él, el preso le resulta el más pobre de todos los pobres. En cierto modo tiene razón en tanto ha sido despojado de su libertad, al cabo, su mayor posesión y valor. Por otro lado, para nadie es un secreto que se trata de una pérdida tan trágica que suele dejar secuelas físicas, psicológicas, morales, sociales y económicas difíciles de superar. El prejuicio y el estigma acompañarán de por vida al encarcelado aunque luego recobre su libertad; lo mismo le ocurre al procesado: «El imputado siente tener la aversión de mucha gente

contra él; alguna vez, en las causas más graves, le parece que contra él está todo el mundo» (Carnelutti, 2010, pág. 21). Sin duda, una descripción muy precisa la que realiza el profesor italiano.

1.4. Finalidades y presupuestos materiales de la prisión preventiva

Generalmente, es la doctrina quien plantea los alcances acerca de los fines del instituto de la prisión preventiva. También lo hacen la línea jurisprudencial de los tribunales nacionales con los matices que la legislación ha recogido en cada país. Autores como Bovino (2007, pág. 26) se decantan por la irrelevancia del fin en tanto la presunción de inocencia prohíbe imponer al inocente medidas sustanciales represivas con independencia de los fines que estas tengan. No obstante, definir los fines permite diferenciarla en lo posible de la pena privativa de la libertad. Para desarrollar el tópico de los fines nos detendremos en el examen de la doctrina y las recomendaciones que efectúan los organismos internacionales y supranacionales sobre el uso de la prisión preventiva en el marco constitucional y convencional de los Derechos humanos.

Lascuraín Sánchez (2017, párr. 8), señala que la prisión provisional será legítima si en su doble dimensión: *los efectos positivos* (cuando persigue fines legítimos en favor de la libertad), son mayores que *los efectos negativos* (privación de libertad sin presuponer culpabilidad); pero, además, cuando en estos casos de intervención pública restrictiva de derechos la legitimización es concedida por el principio de proporcionalidad mediante un análisis racional. De este modo, el mismo autor colige que, en consecuencia, la prisión provisional será legítima si resulta imprescindible en su doble dimensión y, mejor aún, si la dimensión positiva resulta más ventajosa.

Evidentemente, al hablarse de los fines de la prisión preventiva, necesariamente se debe partir de sus caracteres de medida excepcional, subsidiaria y provisional; y, además, producto de una motivación proporcionada y razonable. Sin embargo, Rodríguez Magariños (2009, pág. 239), indica que la realidad casuística en que operan los jueces presenta desafíos difíciles de vencer al no poder controlar el margen de error al momento de dictar el auto de prisión preventiva: «La insatisfacción sobre lo resuelto es muy alta ya que [los jueces] han tenido que adoptar una rápida decisión en base a elementos tan futuribles como imprecisos».

Ello ha sido sintetizado en la exigencia del principio de proporcionalidad al dictarse la prisión preventiva; vale decir, la ponderación entre los presupuestos y el fin constitucionalmente perseguido (Rodríguez Magariños, 2009, pág. 233). En el mismo sentido, García de Enterría & Fernández Rodríguez (1988), para quines: «sólo será legítima la elección y configuración del medio limitativo que guarde proporción o congruencia inmediatas con el motivo y el fin que legitimen tal intervención [...]» (pág.105). «Para la doctrina liberal tradicional los únicos fines legítimos, en un Estado de Derecho, para privar a una persona de su libertad antes de ser dictada una sentencia condenatoria, son los que procuran los fines del proceso [entorpecimiento de la investigación y peligro de fuga]» (Sergi, 2001, pág. 5).

De manera que la prisión preventiva procedería si, además, concurren los requisitos de sospecha racional del hecho y de participación del imputado, que señala Binder (2000), como exigencias de necesidad, razonabilidad, excepcionalidad que distinguen a la institución:

La prisión preventiva, no se aplicaría, sino existe información que fundamente una sospecha racional del hecho y la participación del imputado, complementándose estos dos requisitos, con los ‘requisitos procesales’, para su otorgamiento; y solo así el encarcelamiento preventivo será necesario y directo, para asegurar el juicio e imponer la pena (pág. 198).

Ahora bien, sobre los fines que legitiman la prisión provisional, la línea jurisprudencial del Sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), mediante los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), interpretando el artículo 7.5⁴ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha reiterado la legitimidad de la privación de la libertad para conjurar los riesgos procesales del peligro de fuga y de obstaculización de la justicia. Es decir, que la CADH, únicamente legitima la prisión preventiva para asegurarse dos fines: la comparecencia a juicio del imputado y evitar la obstrucción de la investigación penal (Mora-Sánchez, 2014, págs. 196-197; Sergi, 2001, pág. 6).

⁴ **CADH. Artículo 7.5 Derecho a la Libertad Personal.** 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 el juicio.*

De manera que, a diferencia del Sistema europeo de derechos humanos (SEDH), la CADH no ha considerado el *peligro de reiteración delictiva*, admitiendo únicamente como compatibles con ella las causales de peligro de fuga y de obstaculización (Llobet Rodríguez, 2012, pág. 406). Así se refleja en la reiterada jurisprudencia y en los informes y recomendaciones interamericanos con criterio uniformizado respecto «al rechazo de la prisión preventiva afincada sobre causales de estirpe punitivo» (Mora-Sánchez, 2014, pág. 200). No obstante, aunque la CIDH ha incluido al peligro de reincidencia y la gravedad especial del crimen como nuevos supuestos de peligro que se pueden neutralizar con la prisión preventiva, aclara que se trata de criterios que no guardan relación alguna con los fines procesales (Sergi, 2001, págs. 7-9). Posición que ha sido ratificada en la sentencia *Suárez Rosero vs. Ecuador*⁵ (sentencia del 12 de noviembre de 1997), reafirmando los motivos para su procedencia: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.

En el ámbito del SEDH, han sido las recomendaciones del Consejo de Europa⁶, así como la jurisprudencia del TEDH, a partir de la interpretación del artículo 5.1.c⁷ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), los que han determinado la procedencia de la prisión provisional ante la existencia de riesgo de fuga y destrucción de pruebas, así como de la comisión de delitos:

[...] la jurisprudencia constitucional española, en convergencia con las recomendaciones del Consejo de Europa, ha sostenido la validez del aseguramiento de la comparecencia del imputado a juicio, de la evitación de la obstrucción de la investigación penal y de la evitación de la reiteración delictiva (Lascuráin Sánchez, 2017, párr. 9).

⁵ Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, núm. 35, párr. 77.

⁶ El Consejo de Europa se ha constituido como una organización supranacional cuyo objetivo principal es la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho para los 47 países signatarios. Fue creado el 5 de mayo de 1949 y su sede se encuentra en Estrasburgo, Francia. Su principal instrumento internacional es el CEDH que creó el TEDH.

⁷ **CEDH. Artículo 5.1.c Derecho a la libertad y a la seguridad.** Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...] c) *Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;*

En este sentido se expresan los principios fundamentales (Parte I) de la Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de delegados de ministros), que establecen el respeto de los derechos humanos en el trato con toda persona privada de libertad; la conservación de todos los derechos que por ley no les hayan retirado por la decisión que los condena a pena de prisión o a detención preventiva; y, que las restricciones impuestas se reduzcan a las estrictamente necesarias y sean proporcionales a los objetivos legítimos por los que se han establecido.

Los requisitos o presupuestos materiales de la prisión preventiva también pueden diferir de una legislación a otra según se haya recogido el criterio procesalista, sustancialista o sustancialista encubierto. Grevi (1976, citado en Ibáñez, 2007, págs. 258-259), sistematizó las funciones de la prisión preventiva identificando una *especial preventiva* y otra *cautelar*, distinguiendo en la última, una *cautela de tipo instrumental*, en atención al desarrollo procesal; y, otra de *tipo final*, en atención a la ejecución de la eventual condena. Así, la función cautelar indicada por Grevi, sugeriría mejor acomodo en la óptica de los estándares internacionales (los requisitos de la prisión preventiva vinculados a los fines del instituto): el SIDH admite los riesgos procesales del peligro de fuga y de obstaculización de la justicia; y, el SEDH, el riesgo de fuga y destrucción de pruebas, así como de la comisión de delitos.

Finalmente, Méndez Rivera & Pérez De la Torre (2020), confirman el carácter procesal del encarcelamiento preventivo así como que su finalidad es garantizar el éxito del proceso penal, destacando, que garantizar la ejecución de la condena, como ocurre en otras disciplinas del derecho, no puede ser su finalidad:

En otras palabras, la finalidad de la prisión preventiva es la realización exitosa del proceso penal, teniendo como objeto que se asegure la presencia del imputado, evitar que se obstaculice la investigación, así como el de nulificar cualquier riesgo potencial para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad y derivado de lo anterior aplicar la sanción como resolución del conflicto penal, pero en ningún caso deberá tener la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena (pág. 162).

1.5. Prisión preventiva en el modelo procesal penal acusatorio garantista

Actualmente, se ha reclasificado la vieja distinción de los sistemas procesales penales acusatorios e inquisitivos, por el *modelo del debido proceso* (asimilable al procedimiento acusatorio) y el *modelo del control social del delito* (asimilable al procedimiento inquisitivo). El primero, concibe al proceso desde una óptica estrictamente *procesalista* y *garantista*, ajeno a fines punitivos o de pena anticipada; el segundo, brinda al proceso una función político criminal de prevención y sanción anticipada del delito y una transcendencia ejemplarizante (González Ferreyra, 2011, pág. 2).

Por otro lado, las ciencias jurídicas y en especial los Derechos fundamentales no han sido ajenos al advenimiento de *nuevos paradigmas* como marco para la consolidación de los Derechos humanos a partir del garantismo del que están provistos gracias al influjo del Derecho internacional. Es en los predios de estos *paradigmas*, sobre todo del de procuración y administración de justicia penal, al que hacen alusión Cafferata Nores (2000, pág. 143) y Travieso (2004, págs. 127-130) en que tiene lugar, en su esencia pura, el *modelo del debido proceso* y sus notas características (acusatorio, garantista, adversarial) compatibles con el Estado democrático de derecho por oposición al modelo inquisitivo.

Este paradigma se potencia en modelos constitucionales que reconfiguran la problemática de los Derechos humanos confiriendo rango constitucional a los tratados internacionales en materia de Derechos humanos o con cláusulas constitucionales de interpretación de los Derechos humanos conforme a los tratados internacionales sobre la misma materia. Como resultado, el modelo procesal del nuevo sistema constitucional ha de afluir por los cauces de la investigación, preparación y enjuiciamiento superando las garantías convencionales y constitucionales del proceso penal (principios, derechos y libertades fundamentales) que lo gobiernan y cuyo principio y fin son la libertad y la seguridad personal del individuo.

En consecuencia, el proceso penal en un Estado constitucional de derecho parte de la investigación y se fundamenta con la acusación para confluir en el juicio oral en consonancia con los principios de tutela judicial efectiva, de igualdad e imparcialidad,

del debido proceso, acusatorio, de presunción de inocencia, de legalidad, de razonabilidad y proporcionalidad, de contradicción, de defensa, de intermediación, de oralidad y publicidad. Todos ellos consagrados en los principales instrumentos internacionales de Derechos humanos (artículos 14 y 15 del PIDCP; artículos 8 y 9 de la CADH; artículos 6 y 7 del CEDH; y, artículo 7 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos [CADHP]); así como en los textos constitucionales de los Estados signatarios.

1.6. Medidas alternativas a la prisión preventiva

Ruiz Vadillo (1995, pág. 27) afirma que el Derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico defensor de la convivencia en paz construida sobre la justicia donde convergen todos los Derechos fundamentales que se protegen limitando los poderes públicos, entre ellos, el rol de los jueces. Ello con el propósito de que la labor jurisdiccional, manifestada en el poder de coerción personal, se sustente en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Desde esta perspectiva, el derecho como instrumento para el desarrollo humano, ha forjado un elenco de medidas alternativas en favor de la libertad y la seguridad personales con la intención de eludir a la prisión preventiva o cuando menos, para racionalizar su uso en descuento del hacinamiento carcelario.

En este sentido, la CIDH (2013), en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, ha recomendado la aplicación de las siguientes medidas alternativas para asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación:

- (a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- (b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- (c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- (d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- (e) la retención de documentos de viaje;
- (f) el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado;
- (g) la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada;
- (h) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física, y
- (i) el arresto en

su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga (pág. 123).

En el ámbito del SEDH, destacan las resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros, órgano del Consejo de Europa que tiene las funciones de supervisión de ejecución de sentencias del TEDH y la elaboración de resoluciones y recomendaciones dirigidas a los Estados miembros. Las resoluciones y recomendaciones que destacan en materia penitenciaria son: la Resolución (65) 11 F, de 9 de abril de 1965 y la Recomendación (80) 11 F, de 27 de junio de 1980, ambas referidas a la prisión preventiva; y, sobre todo, la Recomendación R(2006)13, del 27 de septiembre de 2006, sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos. En esta última, el Comité de Ministros recomienda el uso de las siguientes medidas alternativas al uso de la prisión preventiva con el fin de evitar sus uso inadecuado:

2. “Medidas alternativas” a la prisión preventiva puede incluir, por ejemplo: la obligación de la persona de presentarse ante una autoridad judicial cómo y cuándo se le requiera, no interferir en el curso de la justicia y no adoptar determinados comportamientos, incluidos comportamientos relacionados con una profesión u ocupación determinada; la obligación de informar diaria periódicamente a una autoridad judicial, la policía u otra autoridad; la obligación de aceptar la supervisión de un organismo nombrado por la autoridad judicial; la obligación de someterse a vigilancia por medios electrónicos; la obligación de residir en una dirección específica, con o sin condiciones respecto a las horas que puede pasar allí; la prohibición de abandonar lugares o barrios determinados sin autorización, o de no acceder a ellos; la prohibición de encontrarse con determinadas personas sin autorización; la obligación de entregar pasaportes u otros documentos de identificación; y la obligación de proporcionar o asegurar garantías financieras o de otro tipo relacionadas con el comportamiento durante el período previo al juicio (I. Definiciones y principios).

En el ámbito global, en el mismo sentido se expresan las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990. Las Reglas de Tokio promueven en los Estados miembros la aplicación de salvaguardias mínimas y medidas sustitutivas de prisión con el objeto de reducir las

penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente:

8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes: a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; b) Libertad condicional; c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) Incautación o confiscación; f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) Suspensión de la sentencia o condena diferida; h) Régimen de prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; m) Alguna combinación de las sanciones precedentes (8. Imposición de sanciones).

Se debe destacar que «el encarcelamiento preventivo sólo se justifica cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal con medidas de coerción distintas al encarcelamiento preventivo» (Bovino, 2004, pág. 455); medidas como las señaladas en los instrumentos internacionales precitados, por resultar menos agravadas en atención al principio de excepcionalidad, concordante con la finalidad procesal de la comparecencia del acusado en el juicio a que se contrae el artículo 9.3 del PIDCP:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a las garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Desafortunadamente y como dato previo, aproximadamente un tercio de la población penitenciaria en el mundo se encuentra sin sentencia: «Aun cuando la prisión preventiva debería ser una medida cautelar y excepcional, se estima que el 30% de la población carcelaria a nivel mundial se encuentra detenida a la espera del juicio» (Cots Fernández & Nougier, 2021, pág. 8). No obstante, y como se evidenciará en el recorrido de los siguientes capítulos, el presente trabajo se centrará en las causas y efectos del uso desviado o desproporcionado de la prisión preventiva; sin dejar de considerar que el objeto de la institución, en el deber ser, es salvaguardar indirectamente otros valores y derechos fundamentales.

II. PRISIÓN PREVENTIVA, ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

2.1. La deslegitimación de la prisión preventiva

Claramente existe un sector mayoritario de la doctrina que apoya la deslegitimación de la prisión preventiva, hasta quienes se decantan por su inmediata o progresiva eliminación de los ordenamientos jurídicos en atención del principio *pro homine*. Desde luego, también hay autores conservadores que atendiendo a las circunstancias de la prevención y represión del delito alientan su uso inexorable. Lo cierto es que la excepcionalidad de la aplicación del encarcelamiento preventivo (que debería ser), se ha convertido en la nueva regla proyectándose como una pena anticipada, apoyada en diversos factores que la consienten y/o favorecen, independientemente incluso, de que sea en modelos garantistas. Como consecuencia, la situación del preventivo, a decir de Pastor (1996), se ve reducida a la condición del condenado sin respeto de sus derechos fundamentales: «[...] el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación debería ser la contraria» (pág. 286).

Tal deslegitimación de la prisión preventiva proviene desde los autores clásicos quienes, desde entonces, la tenían como castigo hostil, especie de pena, y trato degradante contra las personas. Así, Hobbes (1980), la considera un acto hostil como todos los castigos impuestos por la autoridad pública sin condena previa:

[...] el mal infligido por la autoridad pública sin una condena pública previa no debe incluirse bajo el nombre de pena, sino como un acto hostil, porque el hecho en virtud del cual un hombre es castigado debe primero juzgarse por la autoridad pública como una transgresión de la ley (pág. 387).

Beccaria (1993), homologa el encarcelamiento preventivo a la pena y por tanto, exige que deba imponerse solo cuando sea necesaria, que sea de corta duración y lo menos traumática posible:

[...] siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia sino en cuanto la necesidad obliga. La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible, y debe ser la menos dura que se pueda (págs. 99-100).

Por su parte Voltaire (1778, págs. 103-104), denuncia: *Dans plusieurs états, la maniere dont on s' y prend pour s'affurer d'un homme reffemble trop à une attaque de brigands*. [En muchos estados la manera como se arresta cautelarmente a un hombre es muy parecida a un asalto de ladrones]. De esta manera, el más grande filósofo de la ilustración francesa exponía la violencia extrema que revestían la detención y el encarcelamiento de los que fue víctima en varias oportunidades de su vida por ejercitar lo que hoy, en buena cuenta, llamamos *libertad de expresión*.

Finalmente, Luigi Ferrajoli (1995), jurista contemporáneo que bebió de las fuentes clásicas del derecho y la ciencia política, reflexiona sobre la deslegitimación de la prisión preventiva, siempre desde la óptica del garantismo jurídico:

[...] la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un *juez*, sino en poder serlo sólo sobre la base de un *juicio*. [...] No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años (pág. 555).

Como se aprecia, todos los autores vistos denuncian a la prisión preventiva como medida atentatoria de la libertad y de la presunción de inocencia. En la cita previa, Ferrajoli va más lejos graficando audazmente los estigmas de terror y desconfianza que el empleo del instituto deja respecto de las autoridades e instituciones. En ello, coincide con Hobbes (1980, pág. 388) cuando en el *Leviatán* dice que la finalidad de la pena no es la venganza sino el terror. Terror del Estado que ostenta el monopolio de la violencia, en una de cuyas manifestaciones, administra el *ius puniendi* por boca de los jueces penales.

Queda claro también, que la deslegitimación del encarcelamiento preventivo no es más que la reacción natural de la doctrina frente a las restricciones que provoca a la libertad. El principio de excepcionalidad que debe gobernarlo ha quedado insuficiente, por no decir carente de contenido y eficacia; de manera que se precisa la «reelaboración del principio de inocencia y del principio de proporcionalidad elaborada para buscar alternativas a la prisión preventiva que, sin vulnerar el estado de inocencia, permitan neutralizar los peligros procesales» (Bovino, 2007, pág. 46), que se ciernen a pesar de los límites del art. 7.5 de la CADH.

2.2. Estándares fundamentales internacionales

2.2.1. Estándares de las Naciones Unidas

De lo visto hasta aquí, y en concreto de las primeras normas internacionales citadas, se pueden advertir reglas tuitivas de la libertad y la presunción de inocencia en favor de los procesados que conforman parte de los estándares internacionales. En efecto, en el Derecho internacional de los derechos humanos, los Estados democráticos signatarios de las Naciones Unidas deben cumplir con ciertas pautas que privilegian la libertad personal, presunción de inocencia y debido proceso consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Cabe destacar los alcances de la Observación General N° 35⁸ del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, referida entre otros aspectos, al plazo razonable de la prisión preventiva o restitución de la libertad (F.37), y a la aplicación de la prisión preventiva como excepción y nunca como regla general (F.38). Estos fundamentos de la mencionada Observación engloban el control judicial de la reclusión en relación con la imputación de la acusación. En síntesis, en estos instrumentos se establece el derecho a la libertad y la presunción de inocencia relacionados con la prisión preventiva.

La DUDH consagra en el artículo 11.1 el derecho de todo acusado a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio donde se aseguren las garantías necesarias para su defensa. Del mismo modo, el artículo 14.1 del PIDCP establece el derecho de igualdad de todas las personas ante la ley y los tribunales y el de presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad; en el precepto también se establece la obligación de llevar al detenido sin demora ante un juez. Por su parte, en el artículo 9.3, el mandato de que la prisión preventiva no debe ser la regla general sino que la libertad podrá afectarse con garantías que aseguren la comparecencia del acusado al proceso.

⁸ Recomendación al artículo 9 del PIDCP (Libertad y seguridad personales), 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014).

De modo específico, también existen instrumentos internacionales como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos⁹ (Reglas Nelson Mandela), que enuncian principios y prácticas idóneos en el tratamiento de reclusos y la administración penitenciaria; en ellas se establece que los reclusos gozarán de la presunción de inocencia y deberán ser tratados de forma consecuente con esta (regla 111.2). Así mismo, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes¹⁰ (Reglas de Bangkok), que regulan aspectos de gestión penitenciaria y ejecución de medidas no privativas de libertad para mujeres extranjeras, madres embarazadas, minorías raciales y étnicas, adolescentes, etc.; y, en el mismo sentido, las ya citadas Reglas de Tokio, que promueven la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

2.2.2. *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Por su parte, el artículo XXVI de la DADH, referido al Derecho a proceso regular, consagra la presunción de inocencia y los derechos de toda persona procesada a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales y leyes preestablecidos, y condenada a penas que no sean crueles, infamantes o inusitadas. En la misma dirección y contenido se proyecta el artículo 8 de la CADH. De otro lado, interpretando estas normas supranacionales y basándose en el reiterado principio de presunción de inocencia, la CIDH (2013), también se apoya en los siguientes principios como punto de partida para el análisis de los derechos y tratamiento de las personas encarceladas preventivamente:

(a) *El principio del trato humano*: según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad inherente y sus derechos fundamentales.

(b) *El principio de la posición de garante del Estado*: según el cual, el Estado al privar de libertad a una persona asume una posición de garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal.

(c) *El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana*: esto significa, que el respeto de los derechos humanos

⁹ Asamblea General ONU, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

¹⁰ Asamblea General ONU, resolución 65/229 aprobada el 21 de diciembre de 2010, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)].

de las personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización (págs. 6-7).

En definitiva, el Sistema Interamericano ha sintetizado los estándares siguientes que ha venido aplicando de manera reiterada y firme durante mucho tiempo:

(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 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 (CIDH, 2013, pág. 8).

Queda clara la voluntad de los órganos del sistema interamericano de establecer estándares concretos que deben resultar efectivos en aspectos críticos del sistema penal: «el abuso creciente en la aplicación del encarcelamiento preventivo [...]. Y la necesidad de que estos estándares resulten efectivos se vincula con el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional» (Bigliani & Bovino, 2008, pág. 7). Finalmente, en los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas¹¹, los estándares fundamentales sobre la prisión preventiva quedan confirmados de modo más preciso aún:

La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad

¹¹ Comisión IDH, resolución 1/08 aprobado en 131º período ordinario de sesiones del 3 al 14 de marzo de 2008.

democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos (principio III.2 in fine).

2.2.3. El Informe de Fondo 35/07 CIDH, de fecha 11 de mayo de 2007

Aunque ya existían varios pronunciamientos interamericanos sobre la prisión preventiva, fue en el caso Jorge, José y Dante Peirano Basso contra República Oriental del Uruguay, donde la CIDH desarrolla e instrumenta todos los estándares sobre la prisión preventiva que vinculan a los Estados parte de la CADH (Bigliani & Bovino, 2008, pág. 12). Lo hizo el 1 de mayo de 2007 en el CIDH-Informe N° 35/07 (2007), fondo del Caso 12.553. Los hermanos Jorge, José y Dante Peirano Basso, junto a su padre Jorge Peirano Facio, provenían de una acaudalada familia uruguaya dueña del Banco de Montevideo y de varias empresas en el país así como de capitales en Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Perú. El padre y sus hijos fueron detenidos el 8 de agosto de 2002 y procesados por el delito de insolvencia societaria fraudulenta en perjuicio de sus clientes sin que hubieran sido formalmente acusados ni enjuiciados. Jorge Peirano Facio falleció a los 83 años de insuficiencia cardíaca durante su detención el 20 de abril de 2003. Juan Peirano Basso, el cuarto hijo, estuvo prófugo en los EE. UU hasta su extradición a Uruguay en 2008. De acuerdo con el derecho uruguayo, la pena máxima que podía imponérseles era de cinco años. En enero de 2005 se habrían cumplido los requisitos para su liberación.

Sin ánimo de ser exhaustivos se citarán los puntos medulares de las consideraciones generales que realiza la CIDH en el Informe N° 35/07. Así, con relación al análisis de los presupuestos de la prisión preventiva, la CIDH ha señalado los siguientes fundamentos aplicables al caso:

69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

70. [...] es aceptado que el Estado, solo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aun inconcluso.

71. [...], al establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva, “en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual”.

72. Como derivación del principio de inocencia se exige un límite temporal “razonable” a la prisión preventiva en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario.

75. Como toda limitación a los derechos humanos, esta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos.

77. [...] deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado.

81. 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 en su artículo 7.5 [...]

82. [...] Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.

84. [...], 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 [...] Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.

85. [...], el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas: La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito.

Respecto de los principios limitadores del encarcelamiento preventivo, la CIDH ha señalado en el Informe N° 35/07, los siguientes fundamentos:

93. El principio rector para establecer la legalidad de la prisión preventiva es el de “excepcionalidad”, en virtud del cual se intenta, evitar que la prisión preventiva se convierta en regla y, así, se desvirtúe su fin.

95. [...] La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

100. [...] Como consecuencia del principio de excepcionalidad, solo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del

proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarán infructuosas a esos fines.

104. [...], el juzgador deberá, revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten. [...] Este deber encuentra fundamento en la necesidad de que el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales.

105. Otra condición del carácter cautelar de la prisión preventiva es que esta llamada a regir solo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (provisionalidad).

107. De ella [6.2 de las Reglas de Tokio] surge la obligación de disponer métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia del imputado y la obligación, también, de ir sustituyéndolas a medida que las circunstancias del caso así lo impongan.

108. El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar.

109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a esta.

122. Una vez justificada la prisión preventiva, cabrá analizar si su duración es razonable.

124. El principio de proporcionalidad impone, además de establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, determinar un límite superado el cual la consecuencia ineludible será sustituirla por una menos lesiva o, directamente, disponer la libertad del imputado.

139. Sin embargo, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre.

Finalmente, la CIDH, en las conclusiones del Informe N° 35/07, encuentra que el Estado uruguayo es responsable de la prolongación irrazonable del encarcelamiento preventivo de los denunciantes y, en consecuencia, responsable de la violación del derecho a la libertad personal y de las garantías del debido proceso y recomienda:

1. Que el Estado uruguayo tome todas las medidas necesarias para que Jorge, José y Dante Peirano Basso sean puestos en libertad, mientras esté pendiente la sentencia, sin perjuicio de que continúe el proceso.

2. Que el Estado produzca la modificación de las disposiciones legislativas o de otro carácter, a fin de hacerlas consistentes en un todo con las normas de la Convención Americana que garantizan el derecho a la libertad personal (CIDH- Informe N° 35/07, 2007, Recomendaciones).

2.2.4. *La prisión preventiva en la jurisprudencia interamericana*

La prisión preventiva no ha sido prevista específicamente en el texto de la CADH; sin embargo, ha sido desarrollada sobre la base de los artículos 7.3¹² y 8.2¹³, tanto en los informes de la CIDH como en la jurisprudencia de la Corte IDH. De este modo y tal como se ha podido deducir de los subtítulos precedentes, la prisión preventiva en el SIDH se rige por los siguientes principios: a) excepcionalidad; b) proporcionalidad; c) necesidad; d) prohibición de determinación por el tipo de delito; y, e) prohibición de determinación por la gravedad del delito. Sobre cada uno de estos principios existe abundante jurisprudencia como veremos a continuación.

Sobre la *excepcionalidad* de la medida cautelar el tribunal supranacional en el *Caso Yvon Neptune vs. Haití*¹⁴ (sentencia de 6 mayo de 2008), ha establecido que [...] «la detención preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional [...]». El mismo criterio ha sostenido la Corte IDH en los casos: *Acosta Calderón vs. Ecuador*; *Palamara Iribarne vs. Chile*; *Tibi vs. Ecuador*; *López Álvarez vs. Honduras*; y, *Barreto Leiva vs. Venezuela*.

Respecto de la *proporcionalidad* de la prisión preventiva, la Corte IDH se ha pronunciado en el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*¹⁵ (sentencia del 17 de noviembre de 2009), señalando que la regla implica una relación razonable entre la medida y el fin pretendido a efectos que la lesión a la libertad no resulte jamás una disposición exagerada o desmedida:

122. La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la

¹² CADH. Artículo 7.3 Derecho a la Libertad Personal. [...] Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

¹³ CADH. Artículo 8.2 Garantías Judiciales. [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

¹⁴ Corte IDH, Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 180, párr. 107.

¹⁵ Corte ID H, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 122.

pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

Por el principio de *necesidad* el encarcelamiento preventivo se configura como única opción para cautelar los fines procesales: «De acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos» (CIDH, 2013, pág. 66). En el mismo sentido, la Corte IDH ha manifestado en el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*¹⁶ (sentencia del 22 de noviembre de 2005), que se optará irremediabilmente por el encarcelamiento preventivo cuando no exista otra posibilidad de cautelar los fines procesales de comparecencia a juicio y evitar la obstrucción de la investigación del imputado:

198. [...] 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.

El mismo razonamiento ha expresado la Corte IDH en los casos: *Barreto Leiva vs. Venezuela*; *Tibi vs. Ecuador* y *Suárez Rosero vs. Ecuador*.

Sobre la *prohibición de determinación por el tipo de delito*, una de las reglas más emblemáticas en que la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse fue en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*¹⁷ (sentencia del 12 de noviembre de 1997). El señor Rafael Suárez Rosero fue detenido por agentes de la policía ecuatoriana en junio de 1992, acusado de delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, permaneciendo encarcelado preventivamente por casi cuatro años. El punto controvertido del asunto estriba en que su prolongada detención se basaba en lo dispuesto en el artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano que permitía la excarcelación de los preventivos que habían alcanzado la mitad o más de la pena

¹⁶ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párr. 198.

¹⁷ Corte ID H, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, núm. 35, párr. 97.

máxima en todos los delitos, excepto para los imputados de delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas como era el caso del señor Suárez Rosero. Así, la Corte IDH determinó en el fallo:

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados.

99. [...] la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención.

Finalmente, con respecto a la *prohibición de determinación por la gravedad del delito*, la Corte IDH señaló en la sentencia del *Caso López Álvarez vs. Honduras*¹⁸, que la sola gravedad de la imputación no justifica el uso de la prisión preventiva:

69. [...] Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.

Las legislaciones procesales penales que han incorporado este requisito material para la determinación de la prisión preventiva suponen arraigo de la corriente sustancialista o del sustancialismo encubierto contrario al Estado democrático de derecho. Ello en razón a que la acusación de un delito grave, que destaca Gómez Pérez (2014), no puede dar lugar a la prisión provisional: «Cualquier persona puede ser acusada de cualquier delito, pero nunca resulta aceptable que la simple acusación de un delito, por más grave que este pueda ser, motive automáticamente la privación de la libertad del acusado» (pág. 219). Este mismo criterio ha sido confirmado en 2008 en el Caso *Bayarri vs. Argentina*.

¹⁸ Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141, párr. 67.

2.2.5. *La prisión preventiva en la jurisprudencia europea*

A diferencia de la CADH, el CEDH si ha previsto de manera expresa a la prisión preventiva y su procedencia excepcional¹⁹ en el artículo 5, párrafo 1c, a partir del cual, el TEDH, como principal fundamento, ha confirmado en su jurisprudencia la garantía de que las personas deban afrontar el juicio en libertad. A continuación, el análisis de algunos fallos donde el tribunal europeo expone las razones que justifican la procedencia de la prisión preventiva sobre la base de la existencia de los *indicios racionales* (peligros procesales) a que hace referencia el artículo 5, párrafo 1c del CEDH.

Sobre el peligro de fuga, el TEDH. Asunto Wemhoff c. Alemania (2122/64). Sentencia de 27 de junio de 1968 (F.14), ha señalado que la gravedad de la pena a imponerse en una eventual condena puede ser un componente que aliente la huida, sin embargo, es insuficiente para disponer la prisión preventiva presumiendo peligro de fuga:

En lo que concierne al peligro de huida, el Tribunal estima que si la gravedad de la pena de la cual el acusado puede ser objeto en caso de condena puede ser legítimamente tomada en cuenta como causa para incitar su huida, dado que el efecto de este temor disminuye a medida que la detención provisional se prolonga y disminuye en consecuencia la cuantía de la pena que el acusado puede esperar cumplir, la eventualidad de una condena severa no basta a este respecto. Las jurisdicciones alemanas tomaron buen cuidado desde el principio de establecer la afirmación de la existencia del peligro de huida por circunstancias relativas a la situación material y a la conducta del acusado («Hechos», números 6 y 7).

Por otro lado, en la misma sentencia (F.15), el TEDH establece que si la detención solo se sustenta en el peligro de fuga, debe preferirse la libertad del acusado:

15. El Tribunal debe subrayar, sin embargo, que resulta de las últimas palabras del artículo 5.3 del Convenio que cuando el mantenimiento de la detención no está motivado más que por el temor de que el acusado evite mediante la huida su comparecencia ulterior ante la jurisdicción, la puesta en libertad del acusado debe ser concedida si es posible obtener de él garantías que aseguren esta comparecencia.

¹⁹ **CEDH. Artículo 5.1.c Derecho a la libertad y a la seguridad.** Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...] c) *Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;*

Con respecto al entorpecimiento del proceso, que el TEDH denomina *Riesgo de que se ejerza presión sobre los testigos y de connivencia entre los coacusados* en el Asunto Tomasi c. Francia (12850/87). Sentencia de 27 de agosto de 1992 (fs.92 y 95), ha señalado que, tratándose de pruebas personales, el acusado debe tener cierta capacidad razonable de influenciar a los testigos, peritos o coimputados:

92. Varias decisiones judiciales adoptadas en este caso se basaron en el riesgo de presión sobre los testigos -la sala de acusación de Poitiers incluso se refirió a una "campana de intimidación" - y el de connivencia entre los coacusados; sin embargo, no proporcionaron detalles sobre dichos riesgos (véanse los párrafos 16, 22 y 35 anteriores).

95. A juicio de la Corte, existía desde el principio un riesgo real de que se ejerciera presión sobre los testigos. Disminuyó gradualmente, sin embargo, sin desaparecer por completo.

El mismo criterio fue reiterado en los fallos Kemmache c. Francia. Sentencia del 12 de diciembre de 1991, (fs.46 y 47) y Letellier c. Francia. Sentencia del 27 de noviembre de 1991, (fs. 37 y 38).

Sobre el peligro de reiteración delictiva, el TEDH en el Asunto Guzzardi c. Italia (7367/76). Sentencia de 6 de noviembre de 1980 (F.102), el tribunal sostiene que está referido a evitar una infracción determinada y concreta en tanto: «existía “una razonable sospecha de que éste hubiese cometido alguna infracción”»; «A primera vista constituye una hipótesis verosímil considerar que las medidas impuestas lo fueron porque era “razonablemente necesario el prevenir la comisión de una infracción o, a lo sumo, evitar la huida en caso de haberlo realizado”».

Este criterio se reitera en los fallos Matznetter c. Austria. Sentencia del 4 de abril de 1967, (fs.9 y 11) y Toth c. Austria. Sentencia del 12 de diciembre de 1991, (F.70).

2.3. Sistema de protección internacional

Ante la desnaturalización de los modelos procesales penales acusatorios en Latinoamérica que incorporaron criterios sustancialistas para la determinación del encarcelamiento preventivo, contrario a los estándares internacionales vistos, deviene la insuficiencia de los ordenamientos jurídicos nacionales en la dotación de seguridad jurídica suficiente a sus ciudadanos ante el grave y lesivo arraigo punitivo de jueces renuentes a aceptar que no solo deben officiar como jueces constitucionales, sino también, como jueces interamericanos. Ello conforme a las reglas del Derecho internacional, reiterado por la jurisprudencia de la Corte IDH, de que los tribunales nacionales, tratándose de un conflicto normativo entre Constitución y tratado internacional, deben preferir y aplicar la norma convencional (Eto Cruz, 2019, págs. 124-125). La buena práctica o nuevo paradigma de los jueces nacionales evitaría la permanencia de los arraigados usos contrarios a la dignidad, presunción de inocencia y libertad ambulatoria.

En consecuencia, frente al arraigo de la prisión preventiva y habiendo agotado la jurisdicción interna, o en vía de excepción, tras quedar frustrado el *garantismo* de los modelos acusatorios de enjuiciamiento, queda la posibilidad de recurrir al sistema supranacional de protección de los derechos humanos. Bovino (2004, pág. 431), indica que recurrir al sistema supranacional de protección de derechos humanos mediante la petición o denuncia individual en favor de los presos preventivos, puede satisfacer el respeto efectivo de sus derechos conculcados, así como la reparación de los daños por parte del Estado. Ciertamente, por desatender su obligación interna de debida protección y cumplimiento de los derechos fundamentales de la libertad y presunción de inocencia, como por su responsabilidad internacional de incumplimiento de obligaciones contenidas en los tratados e instrumentos internacionales.

La petición o denuncia individual, denominada también *amparo interamericano*, se ha convertido en el mejor recurso ante el SIDH cuando los ciudadanos americanos sienten que sus derechos no han sido debidamente garantizados. Dulitzky (2017, pág. 386), define el amparo interamericano como el derecho de acudir ante la CIDH para denunciar violaciones de derechos humanos por acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona de los Estados miembros de la OEA, con

posibilidades de llegar a ser resuelto por la Corte IDH. Como se ha visto en los títulos precedentes, los órganos del SIDH en sus diversas resoluciones han establecido y desarrollado estándares, principios y criterios del Derecho internacional de los derechos humanos vinculantes para los Estados miembros, de especial importancia para la libertad y presunción de inocencia en tanto contienen exigencias específicas que deben observar al ordenar el encarcelamiento preventivo (Bovino, 2004, pág. 432).

2.4. Control difuso de convencionalidad y el nuevo rol de los jueces nacionales como jueces interamericanos

El nuevo rol de los jueces, sobre todo de los penales, es el activismo judicial que se espera en el nuevo paradigma del modelo garantista, cuya labor orbita en torno a los derechos y garantías contenidas en los bloques de convencionalidad y de constitucionalidad de los que ofician como garantes. Este deber judicial descansa en las obligaciones contraídas en los tratados internacionales en materia de Derechos humanos que los estados han suscrito, independientemente del estatus jurídico que el derecho interno les provea²⁰. De cualquier modo, la incorporación del derecho internacional al derecho interno se suma al plexo normativo existente y en consecuencia, devienen limitaciones al poder penal y mejores alcances de los derechos y garantías en la persecución del delito y la reparación de las víctimas. El fundamento de las garantías radica en la dignidad humana que consagra el preámbulo de la DADDH: *los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y las instituciones jurídicas y políticas tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre.*

En consecuencia, los jueces nacionales son ahora jueces interamericanos que, al resolver los casos, deben aplicar el *corpus iuris interamericano* que no es otro que el bloque de convencionalidad (principalmente la DADDH, CADH, los protocolos adicionales y las sentencias de la Corte IDH), que conforme a autorizada doctrina, prima sobre el bloque de constitucionalidad nacional. La principal característica de las

²⁰ Existen casos interesantes en que el derecho interno ha dotado de rango supraconstitucional a los tratados internacionales (Constitución de Guatemala, Honduras y Venezuela). Otras que les reconocen estatus constitucional (Constitución peruana 1979, Chile 1980, Brasil 1988, Colombia 1991, Argentina 1994). Las que otorgan jerarquía suprallegal (Constitución de Costa Rica, Ecuador y Paraguay), Otras acuden a la remisión al derecho internacional como criterio interpretativo (Constitución portuguesa de 1976, Constitución española 1978).

garantías, que destaca Cafferata Nores (2000), es que son judiciales y por tanto son los jueces, al proporcionarlas efectivamente, los únicos responsables constitucionales en la consolidación de la dignidad humana mediante el derecho:

[...] las garantías deben ser “judiciales” lo que implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, que las proporcione *efectivamente*: es que nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indiferencia frente a graves injusticias (pág. 18).

En atención a este nuevo rol, Ferrer Mac-Gregor (2013), señala que «Los jueces nacionales se convierten en “guardianes” de la convencionalidad» (pág. 36). Evidentemente, el control difuso de convencionalidad tiene origen pretoriano al no tener fundamento expreso en la CADH sino en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y debe efectuarse de la misma forma en que los magistrados efectúan el control difuso de constitucionalidad. Es decir, se concreta en el deber de «realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH» (Ferrer Mac-Gregor, El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional, 2013, pág. 35). De lo contrario, el Estado miembro incurriría en responsabilidad internacional por vulnerar el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados referido al *Pacta sunt servanda*.

Lo antes mencionado cobra relevancia en tanto, a partir de este nuevo rol, los jueces nacionales de garantías, ahora jueces interamericanos, dejarán de officiar como meros fedatarios de la legalidad de los pedidos del Ministerio Público para efectuar un rol de control y de activismo convencional de los requerimientos que afectan la libertad de las personas (Aponte Cardona, 2009, pág. 174). Sobre todo en una región en donde la prisión preventiva se ha vuelto una práctica constante por el arraigo judicial punitivo que aún subsiste por un lado; y por otro, porque algunas legislaciones procesales penales coadyuban con el despropósito incorporando causales de marcada naturaleza sustancialista incompatibles, en lo absoluto, con los bloques de convencionalidad y de constitucionalidad del Estado democrático. Desde luego, las causales punitivas del encarcelamiento preventivo que offician como causales “especiales”, constituyen un fraude que pretende legitimarse con el derecho de cautela (Mora-Sánchez, 2014, pág. 215).

Evidentemente, el nuevo paradigma de los jueces nacionales de garantías requiere de audacia, valentía y preparación. Ya no es aceptable el argumento injustificado, para soslayar su aplicación, de que las normas del bloque de convencionalidad se presentan genéricas, dogmáticas o programáticas en su comprensión. Con este propósito, las nuevas admisiones a la carrera de la magistratura nacionales deben incorporar el requisito elemental de poseer niveles avanzados de especialización en Derecho constitucional, Derechos humanos o Derechos fundamentales para estar a tono con los estándares internacionales. Es obligación moral de todos los jueces nacionales el desempeño activo-participativo, que demanda Mora-Sánchez (2014), como encargo del nuevo paradigma del sistema interamericano:

Será responsabilidad de los operadores jurídicos y particularmente de los jueces intervenir de manera activa en el engranaje de este nuevo paradigma, participando de las competencias que, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, se les ha encargado, o por el contrario, asistir inertes y enmudecidos ante el desmantelamiento de nuestro Estado de Derecho (pág. 215).

2.5. El diálogo judicial en el contexto del pluralismo jurídico

Las nociones de diálogo judicial y pluralismo jurídico no son nuevas; sin embargo, se han visto vinculadas y potenciadas en el marco de la globalización como fenómeno que afecta a todas las manifestaciones del pensamiento, la sociedad y la naturaleza. El ámbito jurídico no ha sido la excepción, lo que ha supuesto la sustitución o superación de la visión monista del derecho y su espectro unitario y jerárquico, por la visión pluralista del derecho y su confluencia multisistemas, multicultural y actual (Díaz Crego, 2015, pág. 294).

Para Bustos Gisbert (2013), el *diálogo judicial* es el intercambio obligatorio de doctrina jurisprudencial entre diferentes cortes²¹: «[...] es la comunicación entre tribunales derivada de una obligación [...] de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho» (pág. 176). Por su parte, López Cuéllar (2015), entiende por *pluralismo jurídico* a la concurrencia de varios órdenes jurídicos en un mismo Estado: «[...]

²¹ La doctrina señala que el diálogo judicial puede ser vertical, cuando se da entre tribunales nacionales e internacionales (TC peruano y Corte IDH); y, es horizontal, cuando se da exclusivamente entre tribunales nacionales o entre tribunales internacionales (Corte IDH y TEDH).

aquella pluralidad de órdenes jurídicos sobre un mismo asunto e idénticos sujetos regulados, coexistentes dentro del mismo Estado» (pág. xix).

Puede decirse que el diálogo judicial es una de las expresiones del pluralismo jurídico que tienen lugar en una sociedad multicultural, interdependiente, tecnológica y globalizada. La importancia del diálogo judicial reside en que consolida la formación del *corpus iuris interamericano* mediante el control de convencionalidad:

El diálogo incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, más precisamente y hasta ahora, en América Latina, lo que va generando progresivamente la creación de un *ius constitutionale commune* en la región, siendo el “control de convencionalidad” una herramienta fundamental para esta finalidad [...] (Ferrer Mac-Gregor & Herrera García, 2013, pág. 14).

No cabe duda de que la aplicación de los estándares internacionales para la protección de los derechos humanos del diálogo judicial sea vertical u horizontal, mediante el control difuso de convencionalidad, coadyuvaría a la reducción del uso no excepcional del encarcelamiento preventivo, en tanto el diálogo se presenta como la «influencia mutua entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora» (Bustos Gisbert, 2013, pág. 174). Enriquecedora de criterios y enriquecedora de una deliberación colectiva que legitiman la adopción de decisiones jurisdiccionales para resolver problemas comunes y que se traduce en el perfeccionamiento de la calidad de las resoluciones judiciales que señala Díaz Crego (2015, pág. 296). De esta manera, los mejores precedentes jurisprudenciales de los tribunales extranjeros o internacionales, a modo de mejores prácticas jurisdiccionales en materia de restricción de derechos, pueden inspirar soluciones más garantistas de los derechos fundamentales.

Así, la noción restringida de diálogo judicial del pluralismo constitucional contempla la búsqueda de soluciones dialogadas y legitimadas para resolver o evitar conflictos:

en escenarios de pluralismo constitucional, parece poder afirmarse que el principal fundamento del diálogo judicial es la voluntad de resolver o evitar conflictos interordinamentales a través de la búsqueda de una solución dialogada, de tal modo que el propio proceso dialógico serviría no sólo para proporcionar una solución a un problema complejo, sino también para legitimarla a través de la participación en el proceso de construcción de la misma de los distintos actores judiciales potencialmente en conflicto (Torres Pérez, 2009, citado en Díaz Crego, 2015, pág. 296).

De este modo, las naturales diferencias sociales entre la CIDH y el TEDH, por ejemplo, no han supuesto limitación alguna al diálogo judicial existente actualmente entre ambos sistemas de protección; de manera que su influencia mutua fortalece el ideal universal hacia un *ius commune humanista*, como fue consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Burgorgue-Larsen & Céspedes, 2013, pág. 207). En realidad, es un hecho que las dos Cortes hablan un único lenguaje, el de los Derechos humanos que deriva de un sistema universal. De ahí que García Roca (2013) concluya que ambas cortes arriban al mismo destino siguiendo un único camino: «Ambas Cortes no deberían llegar, por tanto, a lugares diferentes, si deben seguir prácticamente el mismo camino en la tutela de unos mismos derechos» (pág. 224).

El diálogo judicial y el pluralismo jurídico, desde su confluencia exterior como factores de perfección de la garantía de protección de derechos humanos, deberían aprovecharse como oportunidades para mejorar la comprensión del sistema penal, de su complejidad y de los valores que salvaguarda por parte de la sociedad (Riego, 2008, pág. 10). Pues la comunidad mayormente es proclive a consentir la prisión preventiva con fines punitivos frente a los flagelos de la corrupción, el crimen organizado y la inseguridad ciudadana (aunque en perjuicio de consideraciones dogmáticas sobre los derechos humanos y sus garantías a los que tienen por generadores de impunidad).

Afortunadamente, no es nada que una adecuada política pública, con su respectiva estrategia comunicativa, no pueda lograr con el objeto de revertir la aplicación desproporcionada de la prisión preventiva y/o favorecer el uso de las medidas alternativas. Al respecto, tratándose de la obligación de diseñar políticas para reducir el exceso de la prisión preventiva «la CIDH recomienda a los Estados involucrar a la sociedad civil, y a las mismas personas destinatarias de dichas políticas estatales, a fin de asegurar que su implementación resulte integral, participativa, e inclusiva» (CIDH, 2017, pág. 155).

III. LUCES Y SOMBRAS: LA PROBLEMÁTICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

3.1. Un nuevo abordaje desde las políticas públicas

La primera premisa a señalar es que ‘el uso no excepcional de la prisión preventiva’ en realidad no debería ser un problema propiamente dicho, dado que todo problema es una cuestión discutible a resolver o que merece alguna forma de explicación, cuando no una solución; y, la prisión preventiva, como se ha destacado en capítulos precedentes, no está sola sino que la acompañan otras medidas alternativas a cuyo conjunto pertenece. Dicho de otro modo, la prisión preventiva no es más que una de varias medidas de coerción personal entre las que el juez debe dilucidar en el margen de su discrecionalidad.

Por tanto, la cuestión se reduce a un dilema que debería resolverse según su ‘sabio entender’. No se olvide que la discrecionalidad reposa en el principio de razonabilidad reflejada en la debida motivación para evitar arbitrariedades. De manera que el dilema para evitar el uso desproporcionado de la prisión preventiva cuenta con soluciones que favorecen la libertad mediante opciones garantistas: «el nuevo sistema de justicia penal establece una serie de diversas medidas cautelares para que el imputado pueda seguir su proceso en libertad» (Carrasco Solís, 2008, pág. 13).

Claramente, el sistema penal que inserta en su acervo jurídico al Derecho internacional de los derechos humanos necesita del apoyo institucional de las políticas públicas del ejecutivo que promuevan, por aplicación de los estándares internacionales, las medidas alternativas a la prisión preventiva. Desde luego, ello pasa en democracias donde se tiene una clara visión estratégica de Estado, manteniendo políticas públicas de Estado (que son a largo plazo) y no tanto políticas de gobierno que caducan y se interrumpen con cada cambio de administración y que responden al populismo, la demagogia y el clientelismo.

Estos factores, sobre todo el «populismo penal lleva a la eliminación o flexibilización de las garantías penales» (Méndez Rivera & Pérez De la Torre, 2020, pág. 159), cuando la única respuesta que adoptan contra la inseguridad ciudadana y la corrupción es el endurecimiento de penas y el uso excesivo de prisiones preventivas que suelen

tranquilar a la población al alto costo de vulnerar los derechos humanos afuera y los derechos fundamentales aquí²². De ahí que una primera idea a resaltar sea que el problema del uso no excepcional de la prisión preventiva deba abordarse de manera integral y técnica desde las políticas públicas como política de Estado con enfoque transversal de derechos humanos.

El marco conceptual y estratégico de la problemática penitenciaria y de la prisión preventiva ya se tiene trazado en los diversos estudios cualitativos y cuantitativos sobre la materia tanto de los organismos internacionales como de la sociedad civil (CIDH, 2011, pág. 16) que se han citado a lo largo de este trabajo. Se trata de documentos cada vez más actualizados y especializados. También existen estudios por países que dan cuenta de la realidad penitenciaria y de la situación de los derechos humanos y la justicia según los niveles de incidencia que son de gran aporte²³.

Consecuentemente, se cuenta con el marco jurídico internacional sintetizado en los estándares internacionales vistos; de manera que todo ello debe allanar el camino para que la política pública del Estado democrático facilite el cumplimiento de estos: «[...] proporcionando a los jueces mecanismos para asegurar la presencia del imputado sin que se incurra en una grave negligencia o irresponsabilidad» (Rodríguez Magariños, 2009, pág. 239). Lo demás, se pueda lograr con una efectiva comunicación con proyección comunitaria (como parte de la política), donde la sociedad civil tenga un rol trascendental para disipar el fantasma aquel, de que la carcelería es la mejor solución a la impunidad y a la corrupción.

Obviamente, al invocar el abordaje al problema desde la política pública en desmedro de la respuesta represiva, hablamos de un enfoque integral de derechos humanos que respete los estándares internacionales para su aplicación (sobre todo la promoción de las medidas alternativas y de seguimiento), pero además, las mejoras cualitativas en pro de una justicia penal especializada y garantista (formación constitucional de los

²² En Europa se tiene claro que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados. En la academia latinoamericana viene cobrando fuerza la diferencia entre derechos humanos y fundamentales según el ámbito de protección al que se acuda; así, si se trata de la defensa ante tribunales internacionales hablamos de derechos humanos. Si la defensa se efectúa ante tribunales nacionales, entonces hablamos de derechos fundamentales.

²³ Al respecto pueden verse las diversas publicaciones e informes temáticos y por país de la CIDH, las listas de *World Prison Brief (Institute for Criminal Policy Research)*, los informes de *Inter-American Dialogue*, Banco Interamericano de Desarrollo, y los estudios de *International Drug Policy Consortium*, y del Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA etc.

jueces), el reforzamiento y evaluación de los programas de educación y formación penitenciaria y de reinserción social tras la excarcelación, las mejoras de infraestructura y equipamiento penitenciario, etc.

El camino ya está trasado y solo requiere voluntad política que articule el conjunto de la institucionalidad del Estado y de la sociedad civil para que la función independiente de los jueces, de cara a la dignidad, presunción de inocencia y a la libertad no resulte un ejercicio tímido y excepcional (aplaudido solo desde los círculos académicos y ciudadanos), sino una regla audaz propia del activismo judicial del Estado democrático y constitucional de derecho.

Tampoco se trata de asumir una posición abolicionista de la institución que, quiérase o no, coadyuva a los fines procesales o de salvaguarda indirecta de otros derechos fundamentales cuando se aplica en el sustrato de la excepcionalidad y del absoluto respeto de los estándares internacionales. El punto central de este trabajo incide en el problema del uso abusivo de la medida y el replanteamiento de las alternativas de solución en los modelos garantistas. Ello en tanto la prisión preventiva oficie como un mal necesario que amerita el replanteamiento, que sugiere Lascurain Sánchez (2017), que permita optimizar su uso en el marco estricto de respeto de los derechos humanos:

[...] estamos ante una institución tan necesaria como antipática. Y como sucede con cualquier medida pública de restricción de derechos, de lo que se trata es de proceder a una conformación de esta que más allá de ciertas cautelas formales necesarias, devenga materialmente en una institución ventajosa – que ganemos con ella más que lo que perdemos y que a la vez sea una medida más útil que las alternativas funcionales disponibles – y respetuosa con el núcleo duro de los derechos que necesariamente socava (párr. 4).

En efecto, no se trata de abolirla de un tiempo a esta parte si no de optimizar su uso a los fines procesales y ajustarla a los criterios de necesidad, proporcionalidad, y razonabilidad previstos en el Derecho internacional; situación que permitiría reducir ese tercio de la población penitenciaria latinoamericana en prevención, acabando con hacinamiento que actualmente excede la capacidad instalada de las prisiones. Vale decir, aprender a convivir necesariamente «con la práctica de ese inquietante instituto que sigue siendo la prisión provisional» (Ibáñez, 2007, pág. 258).

Convivir con ella pero en condiciones de adecuación y respeto absoluto de los Derechos humanos: «[...] podemos decir que la prisión provisional es una amarga necesidad y que, porque es amarga, el Estado democrático queda obligado a reducirla a lo imprescindible, a hacerla previsible para los ciudadanos, a rodearla de plenas garantías: a hacerla decente» (Lascurain Sánchez, 2017, párr. 5). Aunque se reconozca, que por lo menos en Latinoamérica, la aplicación desviada o desproporcionada del encarcelamiento preventivo tenga como causa al populismo penal: «[...] la primera gran manifestación de populismo penal es el uso excesivo de la prisión preventiva» (Méndez Rivera & Pérez De la Torre, 2020, pág. 162).

3.2. El rol de las organizaciones de la sociedad civil

Los nuevos tiempos han superado la idea de que las complejas cuestiones jurídicas, que se resolvían en los tribunales por magistrados y abogados, solo se entendían en los ámbitos técnicos de la academia, la investigación y de los eruditos del derecho, dando paso a un nuevo sujeto ajeno al conflicto jurídico: la sociedad civil organizada, con un activismo preponderante en la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos: «En este inicio del siglo XXI, la sociedad civil organizada es un actor principal de las relaciones internacionales» (Zerbini Ribeiro Leão, 2010, pág. 249).

De hecho, actualmente las organizaciones de la sociedad civil se caracterizan, entre sus buenas prácticas nacionales e internacionales de colaboración, por brindar un mejor abordaje e interés en determinados aspectos de la agenda social que los propios actores políticos que cuentan con facultades ejecutivas: «La sociedad civil tiende a mostrar mayor sensibilidad por los temas sociales y ecológicos en comparación con los actores públicos que están en el centro del proceso de toma de decisiones de la política internacional» (Bogdandy & Venzke, 2013, pág. 114).

Por otro lado, este activismo de la sociedad civil se puede apreciar en el rol relevante que desarrollan como vectores del diálogo jurisprudencial entre los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos, sobre todo de este último (Burgorgue-Larsen & Céspedes, 2013, pág. 193). Desde luego, su preponderante convergencia internacional en la promoción y defensa de los amparos interamericanos: «El trámite de los casos por la Comisión —y por la Corte— se ha

convertido gradualmente en un espacio privilegiado de activismo de la sociedad civil, que apela a la repercusión internacional para solucionar aquellos casos y situaciones denunciadas» (Dulitzky, 2017, pág. 305).

Las organizaciones de la sociedad civil son manifestación de complejas iniciativas ciudadanas para actuar colectivamente y contribuir en acciones de interés público, asumiendo responsabilidades y agrupando al conjunto del tejido social en lógicas diferentes a las del Estado y del mercado. Tratándose de la defensa y promoción de los derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil y los sistemas de protección de derechos humanos mantienen una estrecha relación que se prevé duradera y simbiótica: «Ello es evidente si se observa la interacción cada vez más fuerte que las organizaciones de la sociedad civil tienen hoy en día con el sistema interamericano y el número de peticiones que llegan al mismo» (Jardón Piña, 2014, pág. 341).

Desde luego, existen múltiples actores en los sistemas de protección de derechos humanos; cada uno cumpliendo roles específicos según su naturaleza. En el SIDH tenemos a la Asamblea General, al Consejo Permanente, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, a la CIDH y a la Corte IDH; también se tiene a la comunidad académica y científica-jurídica cumpliendo su rol de opinión, debate y divulgación de la doctrina de los derechos humanos; así mismo, a las víctimas de las violaciones y a los actores de las denuncias; y, finalmente, a las organizaciones de la sociedad civil que nos ocupa, como principales usuarios del SIDH, que identifica Dulitzky (2017), en la formación de variadas interrelaciones en el mismo:

Los organismos de la sociedad civil —concebida en términos amplios y no solamente las ONG especializadas de derechos humanos—, en tanto son los principales usuarios del sistema, presentando denuncias, proveyendo de información a los órganos y a sus sociedades, asesorando a víctimas, entrenando a actores locales, también son parte fundamental de las interrelaciones que se forman en el Sistema Interamericano (págs. 381-382).

En este estadio del trabajo y habiendo transitado por diversas fuentes provenientes de la investigación internacional, resulta fácil constatar entre muchos, el último, si no el mejor aporte de la sociedad civil: la disponibilidad de diversos estudios e informes sobre prisiones y prisión preventiva por países, regiones y a nivel global a los que ya habíamos hecho referencia anteriormente. Aportes que, en general, constituyen

basamentos epistemológicos, integradores y universales sobre la problemática de los sistemas de justicia penal y que permiten la comparación, el debate, la propuesta, la evaluación y la toma de decisiones sobre política criminal.

Estas organizaciones destacan por su contribución a una sociedad más diversa y equitativa con actuaciones e iniciativas que se adelantan a la intervención del propio Estado. Así mismo, el dominio técnico de las temáticas que abordan y su cercanía con las personas con quienes interactúan y benefician, les provee de diversas posiciones privilegiadas que optimizan su trabajo. Sin embargo, y como veremos más adelante, la indagación, compilación de datos y procesamiento de información que les ha supuesto el estudio de la problemática carcelaria, ha tenido que superar desafíos como la ausencia deliberada de cifras y/o falta de transparencia en la información penitenciaria de determinados países (generalmente con regímenes autoritarios).

De manera que hoy por hoy, la sociedad civil se constituye en el elemento vertebrador de mejor contrapeso a los actores políticos que tienen capacidad en la toma de decisiones (aunque no necesariamente apoyo racional en la prevención del delito). La experiencia da cuenta de su rol esencial de acompañamiento a las víctimas en el acceso a la jurisdicción supranacional; así mismo, de sus formidables capacidades de opinión, movilización y de formación de redes y alianzas de apoyo internacional. Finalmente, se espera que estas sinergias sociales coadyuven a repensar la problemática penitenciaria: «El diálogo, la colaboración con la sociedad civil y la apertura de la cárcel a otras instituciones -tales como las educativas y de salud- conforman probablemente los pilares basales para revisar las limitaciones de la cárcel como institución correccional y punitiva» (Pacecca, 2012, pág. 111).

3.3. Incumplimiento de estándares internacionales

En el capítulo precedente nos ocupamos de las fuentes de las obligaciones internacionales que constriñen al cumplimiento de los estándares internacionales sobre prisión preventiva por parte de los Estados. Toca ahora tratar los efectos materiales del incumplimiento de esos estándares fundamentales en perjuicio de la dignidad humana, socavando el fin principal de las instituciones jurídicas y políticas de proteger los

derechos esenciales del hombre como son la libertad y la presunción de inocencia con el uso excesivo del encarcelamiento preventivo.

En efecto, como señala Gómez Pérez (2014, pág. 219), si se prefiere el uso no excepcional de la institución, a la construcción de un sistema de enjuiciamiento penal aceptable que favorezca la dignidad humana y sus libertades esenciales, en realidad se está renunciando a la consolidación del Estado constitucional de derecho donde únicamente tales libertades tienen cabida. Sin embargo, al problema de la prisión preventiva parece superponerse un problema estructural mayor que la política pública no ha podido resolver, de ahí que «la prisión preventiva siga siendo la salida más fácil, más simple, más rápida y mucho menos costosa, que mejorar nuestro sistema de justicia penal» (Gómez Pérez, 2014, pág. 219).

Esto es concordante con los hallazgos de que las políticas criminales y los desafíos relacionados a la actuación de la jurisdicción, que advierte la CIDH (2013), en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, constituyan factores estructurales que condicionan el uso no excepcional de la prisión preventiva:

[La CIDH] 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 (pág. 34).

Por otro lado, Bovino (2007), señala que uno de los problemas sustanciales del principio de inocencia deriva de su incorrecta interpretación la cual se efectúa recurriendo a principios opuestos a su verdadero sentido y alcances, de manera que al constitucionalizarse el Derecho internacional de los derechos humanos, inexorablemente su interpretación queda al arbitrio del principio *pro homine*, pero en la aplicación de este principio se recurre nuevamente a criterios opuestos a la libertad (págs. 11-12). De esta válida apreciación se observan distorsiones en la hermenéutica a causa de una indebida ponderación entre libertad y actuaciones procesales que deriva en la inaplicación de los criterios convencionales: «Como consecuencia de esta técnica, las soluciones a las que se arriba son restrictivas de la libertad, y los resultados

de la interpretación son perjudiciales al derecho a permanecer en libertad durante el proceso» (Bovino, 2007, pág. 12).

Se aprecia que la moderna doctrina del bloque de convencionalidad presenta la oportunidad de ampliar u optimizar el espectro normativo y la fortaleza de activar, mediante su correlato, el control difuso de constitucionalidad, el examen de compatibilidad entre el derecho interno y los tratados y jurisprudencia interamericana de inequívoca vocación garantista de los derechos y libertades de todos los habitantes del continente americano. En consecuencia, la aplicación efectiva e integral de los estándares interamericanos corregiría el grave problema del cada vez menos excepcional uso de la prisión preventiva en la región. No se debe perder de vista que a la ilegitimidad de la medida cautelar se suman las condiciones inhumanas de los centros penitenciarios que, en la práctica, no cumplen con ofrecer el tratamiento de separación entre preventivos y sentenciados de conformidad con la regla 11.b de las Reglas Nelson Mandela.

Con ello se desnuda en su real magnitud el problema mayor que es, en realidad, el problema estructural del sistema de justicia penal, que señala Riego (2008), en el que subyace la medida cautelar:

El uso de la prisión preventiva en el proceso penal es probablemente el elemento que de manera más clara da cuenta de su buen o mal funcionamiento. Prácticamente todas las distorsiones que el sistema de justicia penal suele generar, se expresan en el funcionamiento de este particular aspecto (pág. 7).

En el mismo sentido se ha pronunciado la CIDH (2017), reconociendo, además, el fracaso del sistema de justicia penal:

El uso excesivo de la prisión preventiva constituye uno de los signos más evidentes del fracaso del tema de administración de justicia, y constituye un problema estructural inaceptable en una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia (pág. 11).

3.4. Las fallas de los modelos procesales acusatorios

Desde hace décadas la CIDH ha señalado que el problema del uso arbitrario e ilegal de la prisión preventiva en la región es crónico, por ello desarrolla acciones para que su aplicación se establezca sobre la base de la presunción de inocencia, de su naturaleza

excepcional y exclusivamente procesal (asegurar que el imputado no impida la investigación ni eluda la acción de la justicia), con arreglo a los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad y reitera, además, que toda normativa que prohíba la aplicación de medidas alternativas considerando la gravedad del delito o de la prognosis de pena resultan contrarios a los estándares (CIDH, 2017, pág. 11). De este modo, la CIDH (2013) tiene claro que la aplicación del encarcelamiento preventivo contrario a todas estas consideraciones «es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad» (pág. 11).

Por otro lado, es evidente que la entrada en vigor de los nuevos códigos procesales penales de vanguardia en varios países de Latinoamérica, producto de las reformas culminadas en los últimos veinte años, inspiradas en modelos acusatorios, no han podido revertir el creciente uso desmedido del encarcelamiento preventivo de sus respectivos sistemas penales. En efecto, las monumentales reformas procesales penales llevadas a cabo, que significaron migrar de modelos inquisitivos a acusatorios, tuvieron que esperar décadas de desidia y desinterés político para su aprobación, así como prolongados periodos de *vacatio legis*. Sin embargo, al poco tiempo de entrar en vigor los textos tuvieron que enfrentarse a contrarreformas o a mutaciones anti garantistas que incorporaron causales sustancialitas para las prisiones preventivas.

El análisis de este impacto poco alentador en los ordenamientos jurídicos admite una *primera hipótesis* al respecto: «el problema no radica en la intención del legislador del modelo de enjuiciamiento penal acusatorio, sino en la finalidad de las contrarreformas normativas posteriores». Desde luego, las subsecuentes contrarreformas latinoamericanas de los sistemas penales nacionales están motivadas en la fuerte presión social por la inseguridad ciudadana y la percepción popular de un excesivo garantismo generador de impunidad delincencial²⁴ (Riego, 2008, pág. 7). Dicho de otro modo, las contrarreformas tuvieron por fuente al populismo penal imperante: «siendo esa cultura populista la que necesita del referente que le proporciona la cultura

²⁴ Merece la pena destacar la reflexión que hace Riego, muy pertinente, respecto a que el debate que ha favorecido el uso de la prisión preventiva no ha tenido lugar en escenarios estrictamente jurídicos sino extrajurídicos, refiriéndose a la dimensión política y mediática de la discusión que finalmente se implantó en la decisión legislativa al problema delincencial desde su limitada óptica intuitiva sobre el funcionamiento de la justicia penal de gran aceptación popular.

carcelaria para tranquilizar su parcial entendimiento del fenómeno delictivo» (Méndez Rivera & Pérez De la Torre, 2020, pág. 162).

Por lo general, las contrarreformas se convirtieron en círculos viciosos expresadas en modificaciones apresuradas a la legislación penal y procesal que resultaron en medidas ineficaces y en objetivos frustrados del tratamiento al creciente fenómeno delictivo desde una 'política pública' deficiente en su proceso de diseño, ejecución y evaluación: «en ocasiones [las reformas] no han tenido tiempo de aplicarse debidamente esperando sus resultados, que siempre serán a mediano plazo, sino que, rápidamente, han sido abandonadas para sustituirlas por otras fórmulas e inclusive para retomar algunas dejadas de lado con anterioridad» (Silva Meza, 2001, pág. 224). Evidentemente, solo atendieron el problema delincencial desde una solución normativa y no estratégica. Desafortunadamente, muchas de estas contrarreformas recibieron carga de la corriente sustancialista ya sea de manera expresa o encubierta, incorporando causales de prisión preventiva de naturaleza eminentemente punitiva en los textos procesales.

El problema se agiganta no solo porque no se logró el equilibrio entre prevención y represión del delito en perjuicio de la frecuente vulneración a la libertad y presunción de inocencia que nos ocupa (por la gran magnitud del fenómeno que se pretendió tratar desde la deficiente política criminal), sino porque también «subsisten fallas en la seguridad jurídica que se asientan en la garantía esencial de la reserva de ley», principio que en muchas legislaciones se ha distorsionado para aumentar las competencias de ejecutivos cesaristas. Tal distorsión se da mediante la legislación delegada de los presidentes para efectuar reformas a la regulación de ámbitos de la libertad de los ciudadanos que, en todo Estado constitucional de derecho, a decir del Tribunal Constitucional español, corresponde exclusivamente a la voluntad de los representantes en el poder legislativo²⁵. He aquí el planteamiento de una *segunda hipótesis* al problema de la insuficiencia de los códigos procesales acusatorios.

La *tercera hipótesis* es aquella que ya se ha esbozado con anterioridad y tiene que ver con «la actuación de la jurisdicción como factor estructural que condiciona el uso no excepcional de la prisión preventiva: la discrecionalidad punitiva de muchos jueces penales nacionales». En general, siguiendo la interesante tipología de los jueces de

²⁵ STC 83/1984, de 24 de julio (F.4).

Nanclares Arango (2001), suele tratarse de *jueces artesanos*, por decir lo menos, que actúan como autómatas en la ‘interpretación’ del texto literal de la ley (págs. 14-15). Su labor se encorseta en la aplicación del principio de legalidad sin reparar en la evolución o relativización que ha alcanzado el principio en favor de la libertad y sin lograr trascender hacia mejores motivaciones éticas de la dignidad humana de las que están atravesadas sus potestades jurisdiccionales potenciadas en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos humanos. En el peor de los casos, esa discrecionalidad se difumina con una cuestión de mucha raigambre en Latinoamérica ‘la justicia politizada y la política judicializada’ que pervierte la institucionalidad democrática como ocurre en Perú, Colombia y Brasil²⁶: «[...] cuando los jueces eluden el Estado de derecho, lo debilitan. Y cuando esas tácticas sirven para fines políticos, como lo han hecho en Brasil, los jueces ponen en peligro la democracia misma» (Estrada, 2018, párr. 15).

3.5. Las tasas mundiales de presos preventivos y condenados

Para Bovino (2007), existe relación directa entre el modelo de justicia penal y la tasa de presos preventivos: «Tal como se ha demostrado, el sistema de enjuiciamiento determina de modo directo la tasa de presos sin condena» (pág. 43). El autor se basó en un estudio de la década de los años 80 que informaba que los países americanos con sistema anglosajón registraban en promedio tasas menores de presos preventivos (22.57%), respecto a las tasas mayores (61.74%) que mostraban los países con sistema continental-europeo o romano-germánico (Carranza, Houed, Mora, & Zaffaroni, 1983). No obstante, en un estudio más actualizado, Carranza (2012) sugiere «que aunque los países de sistema anglosajón continúan siendo notoriamente los que tienen los porcentajes más bajos de personas presas sin condena, la distinción entre ambos grupos en la actualidad es menos tajante» (pág. 40). Por lo cual, esta relación sigue siendo un aspecto a considerar al momento de abordar el tratamiento al problema del uso no excepcional del encarcelamiento preventivo.

²⁶ Aunque existen más de una decena de países de la región en los casos Lava Jato que vincula a diversos actores políticos con pagos de sobornos por las constructoras brasileñas, también es cierto que en esta operación se ha involucrado a varios políticos en la peor expresión de la política judicializada.

Estudios recientes en el contexto global del *Institute for Crime & Justice Policy Research*²⁷ (Heard & Fair, 2019, pág. vii), refieren que los presos preventivos representan una proporción inaceptablemente grande de la población carcelaria en muchas partes del mundo. Desde el año 2000, la población de reclusos en prisión preventiva ha aumentado en todos los continentes a excepción de Europa²⁸. Esto ocurre a pesar de la mayor disponibilidad de medios más baratos y menos restrictivos para gestionar el riesgo y garantizar la asistencia a juicio. La misma fuente señala, además, que esto es a pesar de la evidencia clara de que el uso innecesario de la prisión preventiva causa daños económicos y sociales, ejerce presión sobre las condiciones carcelarias y aumenta el riesgo de delitos.

Por su parte, Walmsley (2016) en la tercera edición de *World Pre-trial/Remand Imprisonment List* [Lista mundial de detenidos en prisión preventiva], estima que en el mundo existen casi tres millones de presos preventivos considerando los 200 mil que debe haber solo en China, además de los de Bután, Cuba, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Guinea Bissau, Maldivas, Corea del Norte y Somalia, países donde no se dispone de información oficial (págs. 1-2). Ello debido a sus regímenes políticos que no transparentan la información penitenciaria del país ni permiten su acceso.

Entre 2000 y 2016, el número total de personas en prisión preventiva aumentó en al menos un 15%. Algunos continentes y países experimentaron aumentos mucho mayores en sus poblaciones de detenidos en prisión preventiva durante este período (Heard & Fair, 2019, pág. 2). La cita de este mismo informe destaca que, en las Américas, la población en prisión preventiva creció más del 60%, con cifras que se duplicaron en Brasil, Perú, Venezuela y otros países.

²⁷ «Pre-trial detention and its overuse: Evidence from ten countries» [La prisión preventiva y su uso excesivo. Evidencia de diez países] aborda el estudio más reciente de la prisión preventiva en diez países: Kenia, Sudáfrica, Brasil, Estados Unidos, India, Tailandia, Inglaterra y Gales, Países Bajos, Hungría y Australia. El objetivo de la investigación es aprender de las disparidades en el uso de la prisión preventiva en estos países e identificar lecciones transferibles sobre cómo prevenir su uso indebido.

²⁸ Europa experimentó una reducción del 42% con una reducción a la mitad en Rusia y una caída sustancial en la mayoría de las exrepúblicas soviéticas y los ex países socialistas de Europa central y oriental. En el sur y el oeste de Europa, los totales también cayeron pero de forma menos pronunciada.

Por su parte, el estudio que también comparte la Universidad de Birkbeck (Walmsley, 2016, pág. 2), incluye cifras oficiales de los países con mayores poblaciones de presos preventivos: 467 000 en los *Estados Unidos*, 282 000 en India, 212 000 en *Brasil*, 108 000 en Rusia, 92 000 en *México*, 76 000 en Filipinas, 63 000 en Indonesia, 61 000 en Tailandia, 56 000 en Irán, 55 000 en Pakistán, 52 000 en Bangladesh, 45 000 en Nigeria y Sudáfrica, 38 000 en *Colombia y Perú*, 35 000 en *Argentina* y 31 000 en Marruecos y *Venezuela* (en cursivas los países del continente americano para destacar).

La cuarta y última edición de la Lista mundial de detenidos en prisión preventiva (Walmsley, 2020, pág. 2), muestra algunas variaciones de las cifras de los mismos países en un periodo de cuatro años: así, en *Estados Unidos* se incrementó a 482 000; del mismo modo que la India a 323 000; y *Brasil* a 253 000; llama la atención el incremento de casi el doble en Filipinas 141 000; disminución a 96 000 en Rusia y a 79 000 en *México*; aumento en 71 000 en Bangladesh; ligera alza en 64 000 en Indonesia; ligera baja en 60 000 en Tailandia; sin variación en Irán 56 000; incremento a 51 000 en Nigeria y 47 000 en Sudáfrica; importante disminución de 48 000 en Pakistán; otro significativo aumento a 43 000 en *Argentina*; leve descenso a 37 000 en *Colombia* y a 35 000 en *Perú*; así como el ligero incremento en 32 000 presos preventivos en *Venezuela* y Marruecos.

Los resultados de la Tabla 1 (Heard & Fair, 2019, pág. 3) muestran el porcentaje de la población carcelaria de cada país en prisión preventiva, así como el número total de personas en la misma situación. En concordancia con su posición de primer país del mundo en población encarcelada, los Estados Unidos también tiene el mayor número de presos preventivos: 434 600, aunque esto representa una proporción relativamente baja de su población carcelaria total (20%).

En tanto que Brasil, tercera posición mundial y primero de Latinoamérica (Walmsley, 2020, pág. 2), registra una población ascendente a 246 254 presos preventivos que representan el 33% del total. En Brasil, el sistema judicial ineficiente y de escasos recursos son la razón principal del alto porcentaje de encarcelados preventivos, al igual

que la política draconiana del país de poner automáticamente bajo custodia a las personas arrestadas por una variedad de delitos comunes de tráfico de drogas²⁹.

3.6. El encarcelamiento de mujeres y otros grupos vulnerables

Las crecientes tasas de encarcelamiento de mujeres y niñas es otro tópico del problema general que nos ocupa y que merece de urgente atención. En países de América y Asia los delitos de tráfico ilícito de drogas constituyen la causa principal del encarcelamiento de mujeres (Cots Fernández & Nougier, 2021, págs. 5-7). Sin duda, el tráfico de estupefacientes es una actividad con complejas connotaciones socioeconómicas que trascienden al componente meramente normativo; de ahí que quienes terminan en prisión en mayor número sean los denominados *burriers*³⁰ (hombres y mujeres generalmente jóvenes en situación de vulnerabilidad), que en realidad, se trata de agentes accidentales o de alcance exógeno a las estructuras de las grandes organizaciones del narcotráfico al igual que los micro comercializadores.

Sin embargo, el alto riesgo al que se exponen en el transporte de drogas y las múltiples y complejas modalidades que emplean, hace que un buen número de *burriers* sean descubiertos y detenidos en las terminales internacionales (puertos y aeropuertos) por la policía antidrogas, antes que los verdaderos narcotraficantes quienes se mantienen en sus actividades ilícitas enriqueciéndose y perjudicando a la sociedad en su conjunto; al punto que la brutalidad con que cobran venganza puede disuadir a los *burriers* de delatarlos: «La pugna entre las bandas de narcos en el Perú llega a niveles de suma brutalidad cuando se cobran venganzas por soplos o traiciones» (Vera, 2014, párr. 11).

De esta forma, son las transportistas mujeres, por su especial situación, quienes terminan padeciendo las condiciones más rigurosas que el *ius puniendi* estatal ha impuesto al tráfico ilícito de drogas:

Muchas de estas mujeres, que cuando son detenidas se encuentran lejos de su familia y de su país, no tienen expectativas de salir de la prisión debido a las largas condenas que reciben. Carecen de ayuda económica y jurídica adecuadas y

²⁹ Este ha sido el efecto de la Ley de Drogas 11.343 del 23 de agosto de 2006 que dispone respuestas penales represivas contra el delito de tráfico de drogas en Brasil.

³⁰ Conocidos en el argot también como camellos o mulas, son las personas utilizadas por los narcotraficantes para el transporte internacional de drogas en diversas modalidades

languidecen en las cárceles por años y años. A menudo son extranjeras y no tienen residencia en el país que las juzgó, por lo que no tienen derecho a beneficios extrapenitenciarios (Antony, 2007, pág. 77).

En el reportaje «Burriers, camellos por encargo» (Roldán, 2012), se muestra la dureza de la vida de las reclusas en las cárceles de Perú, el país con el mayor número de presos españoles detenidos por transportar drogas internacionalmente; una actividad lucrativa y riesgosa por la que se les ofrece hasta 12 mil euros. Sin embargo, modalidades peligrosas como la ingesta de cápsulas con drogas es la que mayormente pone en alto riesgo su vida y su salud, registrándose incluso, casos de mujeres gestantes captadas para el transporte de cocaína. Se sabe que la mayoría de *burriers* son jóvenes de entre 24 y 32 años y que España es el principal destino de la droga seguida por Holanda y México (Mendoza, 2019, pág. 1).

Así, el flagelo de las drogas recae con suma severidad en el encarcelamiento preventivo de mujeres, como señalan Cots Fernández & Nougier (2021), y que en varios países el porcentaje suele ser mayor que los varones:

Las mujeres sufren un impacto desproporcionado por el excesivo uso de la prisión preventiva para delitos relacionados con drogas. Según datos recogidos por WOLA, en muchos países en América Latina el porcentaje de mujeres encarceladas en situación de prisión preventiva excede el de hombres (59.4% versus 44.3% en Argentina, 53.5% versus 33.8% en México (pág. 9).

Walmsley (2017, pág. 2), en la última edición de *World Female Imprisonment List* [Lista mundial de encarcelamientos de mujeres], señala que actualmente en el mundo existen más de 714 000 mujeres y niñas recluidas en instituciones penales, ya sea en prisión preventiva o condenadas³¹. En el mismo informe se indica que los países con las cifras más alta son los *Estados Unidos* con más de 200 000 mujeres presas, seguido de China (107 131 entre mujeres y niñas en prisión preventiva y 'detención administrativa'), Rusia (48 478), *Brasil* (alrededor de 44 700), Tailandia (41 119), India (17 834), Filipinas (12 658), Vietnam (11 644), Indonesia (11 465), *México* (10 832), Myanmar (9 807) y Turquía (9 708).

³¹ Considerando que no hay cifras disponibles de cinco países y las de China están incompletas.

El estudio muestra que, en alrededor de cuatro quintas partes de los sistemas penitenciarios, las mujeres constituyen entre el 2 y el 9% del total población carcelaria, y los países con las proporciones más altas son Hong Kong-China (20.8%), Laos (18.3%), Macao-China (15.4%), Qatar (14.7%), Kuwait (13.8%), Tailandia (13.3%), Myanmar (12.3%), Emiratos Árabes Unidos (11.7%) y Sudán del Sur (10.9%) (Walmsley, 2017, pág. 2).

El director de *World Prison Brief* (Walmsley, 2017, pág. 2), destaca, además, que las mujeres y las niñas representan el 6.9% de la población penitenciaria mundial; en los países de África, la proporción de 3.4% de la población carcelaria total es la más baja que en otros lugares; en las Américas, las mujeres y las niñas representan el 8.4% de la población carcelaria total (6.3% si se excluyen las cifras de EE. UU.); en Asia el 6.7%, en Europa el 6.1% (5.1% sin Rusia) y en Oceanía el 7.4%.

Del mismo modo, las tasas más altas de población penitenciaria femenina (por cada 100 000 habitantes de la población nacional) se encuentran en *Estados Unidos* (aproximadamente 65.7), Tailandia (60.7), *El Salvador* (58.4), Turkmenistán (aproximadamente 38.2), Seychelles (34.8), Federación de Rusia (33.5), *Guayana Francesa* (32.4), Macao-China (31.3), Ruanda (29.6), Groenlandia (28.5) y Samoa Americana (27.3) (Walmsley, 2017, pág. 2).

Finalmente, resalta el incremento significativo de mujeres y niñas presas, particularmente en países de Centroamérica: *Guatemala* (ahora más de cinco veces el nivel del año 2001) y *El Salvador* (ahora diez veces el nivel del 2 000); en América del Sur: *Brasil* (cuatro veces y media el nivel del 2 000); y en el sureste de Asia: Camboya e Indonesia (ambos con más de seis veces el nivel del 2000) (Walmsley, 2017, pág. 2).

Para Antony (2007), no está demás reflexionar sobre la profunda carga emocional que acompaña el cautiverio de las reclusas cuando, a su condición de mujer, se suma la maternidad teniendo que afrontar la separación de los hijos: «uno de los aspectos más traumáticos para las mujeres privadas de su libertad lo constituye la pérdida de sus hijos. La preocupación por ellos está presente en toda su vida carcelaria y en muchas ocasiones se convierte en una verdadera obsesión» (pág. 77).

No cabe duda que la microcomercialización y el transporte internacional de drogas permite a las mujeres la sobrevivencia personal y familiar a riesgo de perder su vida y su libertad:

Muchas veces es la mujer quien se encarga de la venta de drogas proporcionadas por los varones, ya sea para tapar las conductas infractoras de sus parientes hombres o por razones de sobrevivencia, ya que esta actividad ilícita les permite sustentar los gastos de alimentación de su familia (Antony, 2007, pág. 77).

La Tabla 2 (CIDH, 2013, págs. 22-24) detalla que en las Americas los delitos con mayor incidencia en la población penal femenina corresponde al tráfico de drogas: Bolivia, 48% de las reclusas; Brasil, 16,184 mujeres de 127,149; Chile, 68.8%; Colombia, 18%; Costa Rica, 12.5%; Ecuador, 8.2%; Guatemala, 8.3%; Nicaragua, 10.5%; Perú, 15%; Venezuela, 27%.

De ahí que la CIDH (2017) preste mayor atención a la prisión preventiva de las mujeres y demás grupos vulnerables por su especial situación: «la Comisión advierte con preocupación, la situación especial de vulnerabilidad que enfrentan en prisión preventiva, las mujeres y otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo, tales como personas afrodescendientes, indígenas, LGTBI, personas mayores, y personas con discapacidad» (pág. 155).

Tabla 1. *Proporción de detenidos en prisión preventiva como porcentaje de la población carcelaria total en Kenia, Sudáfrica, Brasil, Estados Unidos, India, Tailandia, Inglaterra y Gales, Países Bajos, Hungría y Australia*

| País | Número de presos preventivos | Porcentaje de la población total |
|--------------------|-------------------------------------|---|
| Kenia | 25 920 | 48% |
| Sudáfrica | 46 260 | 28% |
| Brasil | 246 254 | 33% |
| EE. UU | 434 600 | 20% |
| India | 293 058 | 68% |
| Tailandia | 60 128 | 17% |
| Inglaterra y Gales | 9 145 | 11% |
| Países Bajos | 3 028 | 29% |
| Hungría | 3 085 | 18% |
| Australia | 13 856 | 32% |

Nota. *The proportion of pre-trial detainees as a percentage of the total prison population. Adaptado de Pre-Trial detention and its over-use. Evidence from ten countries [La prisión preventiva y su uso excesivo. Evidencia de diez países], por Heard & Fair, 2019, pág. 3, Birkbeck - University of London and Institute for Crime & Justice Policy Research. Derechos de autor 2019 por Institute for Criminal Policy Research y las autoras.*

Tabla 2. *Cifras del tráfico de drogas: el delito con mayor incidencia en la población penal femenina de América latina*

| País | Número de reclusas | Porcentaje o número de la población total |
|-------------|---------------------------|--|
| Bolivia | | 48% |
| Brasil | 16 184 | 127 149 |
| Chile | - | 68.8% |
| Colombia | - | 18% |
| Costa Rica | - | 12.5% |
| Ecuador | - | 8.2% |
| Guatemala | - | 8.3% |
| Nicaragua | - | 10.5% |
| Perú | - | 15% |
| Venezuela | - | 27% |

Nota. *Tabla 2.* Adaptado del Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, por CIDH, 2013, págs. 22-24. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3.7. Las tasas de presos preventivos y condenados en las Américas

El crecimiento acelerado de las tasas de encierro en América Latina y el Caribe se explica a través de la convergencia de dos factores comúnmente aceptados: el incremento de la criminalidad y la existencia de políticas que promueven el uso cada vez mayor del sistema de justicia penal, el cual, cada vez es más severo (Carranza, 2012, pág. 37). Bigliani & Bovino (2008) señalan la clave para atenuar este último factor en favor de la libertad y sugieren brindar mayor importancia a la etapa de la investigación en lugar del enjuiciamiento en el proceso: «Es hora de que la justicia penal deje de detener para investigar y, en vez, comience a investigar para detener» (pág. 125).

Pero dejar de llenar las cárceles pasa por el cambio hacia el nuevo paradigma garantista en los operadores de los sistemas de justicia así como del abordaje desde la política pública que involucre a la sociedad civil (como ha quedado de manifiesto en apartados precedentes), al tiempo que se proyecte sobre la comunidad la desmitificación de la singularidad de la prision preventiva, que advierte Fuentes Maureira (2008), sobre la presunta ineficacia de las demás medidas alternativas:

En primer lugar nos encontramos frente a una percepción de que la prisión preventiva es la única opción viable para resguardar a la víctima y al proceso, ya que las medidas alternativas se ven como muy “livianas” y “poco eficaces” en el cumplimiento de su función» (pág. 40).

La Tabla 3 (Walmsley, 2020, pág. 6-8) muestra el número y porcentaje de la población carcelaria de cada país de las Américas en prisión preventiva, así como la tasa total por cada 100 mil habitantes. Se aprecia claramente que, desde los estudios previos al año 2 000 vistos, en esta región el total se ha incrementado en un 71% con cifras triplicadas en Brasil, Paraguay y Venezuela y duplicadas en Argentina, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Perú y algunos países más pequeños. Paraguay es el país con la tasa más alta del continente con 186 presos preventivos por cada 100 mil habitantes, seguido de Barbados (177), Trinidad y Tobago (174), Panamá (170), Bahamas (159), El Salvador (157), Antigua y Barbuda (155), Santa Lucía (149), Estados Unidos (148), República Dominicana (142), Belice (123), Brasil (120), Venezuela (110), Perú y Bolivia (109).

La Tabla 4 (Walmsley, 2020, pág. 16) muestra la población de las Américas en prisión preventiva en el contexto mundial (por continentes), donde claramente la región ocupa el primer lugar con mayor número de presos preventivos (1 119 576) que representan el 37.0% de la población penitenciaria total. Las tasas medias en cada continente son: Américas 97 por 100 000 habitantes, Asia 30, África 28.5, Europa 27 y Oceanía 23. La tasa media mundial es de 38 por cada 100 000 habitantes.

Los resultados de la Tabla 5 (Walmsley, 2020, pág. 16) muestra las variaciones de la población carcelaria en prisión preventiva por continentes desde el año 2 000. En líneas generales, se esperaría que estas variaciones en cada región reflejen las tendencias de crecimiento poblacional total. Sin embargo, no es lo que las cifras del cuadro revelan como ha ocurrido en Asia, Oceanía y en las Américas, donde el crecimiento del número de presos preventivos es mucho mayor que el aumento de la población en general. La excepción ha sido África y Europa, cuya población en prisiones preventivas, ha crecido más lento que el aumento de su población general la misma que, por el contrario, ha decrecido en el referido periodo de tiempo.

La lectura de los datos permite arribar a la conclusión de Carranza (2012), sobre la relación directa entre crecimiento de las tasas de encarcelamiento y sobrepoblación penitenciaria en Latinoamérica: «La sobrepoblación penitenciaria es producto del acelerado crecimiento de las tasas de encierro, con el consiguiente aumento del número de presos y presas excediendo la capacidad instalada de las prisiones para alojarlos» (pág. 35). La marcada preponderancia de la prisión preventiva en oposición a los estándares internacionales del garantismo convencional tiene por causas a los siguientes factores estructurales y sistémicos que devienen en sus debilidades y amenazas:

- a) políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a la inseguridad ciudadana, que se traducen en la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva y que restringe la posibilidad de aplicación de medidas alternativas;
- b) preponderancia de la política de mano dura en los discursos de altas autoridades para poner fin a la inseguridad ciudadana mediante la privación de libertad, y la consecuente presión de los medios de comunicación y la opinión pública en este sentido;
- c) utilización de mecanismos de control disciplinario como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que determinan la aplicación de las medidas alternativas;
- d) inadecuada defensa pública, y
- e) falta de coordinación interinstitucional entre actores del sistema de administración de justicia. (CIDH, 2017, pág. 153)

Tabla 3. Cifras de presos en prisión preventiva por cada país de las Américas

| PAÍS | Número de presos preventivos | Porcentaje población total | Población nacional | Tasa por 100 mil habitantes |
|---------------------------------------|-------------------------------------|-----------------------------------|---------------------------|------------------------------------|
| América del Norte | | | | |
| Canadá | 15,316 | 38.7% | 36.89M | 42 |
| EE. UU | 482,100 | 22.5% | 325.02M | 148 |
| México | 79,660 | 39.2% | 124.64M | 64 |
| América del Centro y El Caribe | | | | |
| Belice | 434 | 30.1% | 352,000m | 123 |
| Costa Rica | 2,543 | 13.3% | 5.06M | 50 |
| El Salvador | 10,154 | 26.6% | 6.46M | 157 |
| Guatemala | 11,816 | 46.5% | 17.80M | 66 |
| Honduras | 9,660 | 53.1% | 8.73M | 111 |
| Nicaragua | 3,140 | 21.4% | 6.17M | 51 |
| Panamá | 7,252 | 40.7% | 4.26M | 170 |
| Antigua y Barbuda | 143 | 37% | 92,500m | 155 |
| Bahamas | 600 | 42% | 378,500m | 159 |
| Barbados | 513 | 56.2% | 289,500m | 177 |
| Dominica | 52 | 23.7% | 73,000m | 71 |
| Rep. Dominicana | 15,627 | 60.0% | 10.97M | 142 |
| Granada | 78 | 15.2% | 106,500m | 73 |
| Haití | 8,180 | 75.0% | 11.29M | 72 |
| Jamaica | 894 | 23.1% | 2.81M | 32 |
| San Cristóbal y Nieves | 67 | 30.5% | 56,000m | 120 |
| Santa Lucía | 281 | 53.5% | 188,000m | 149 |
| San Vicente y Gra. | 114 | 24.3% | 110,000m | 104 |
| Trinidad y Tobago | 2,389 | 59.7% | 1.37M | 174 |
| América del Sur | | | | |
| Argentina | 43,597 | 45.9% | 44.90M | 97 |
| Bolivia | 12,537 | 69.9 | 11.53M | 109 |
| Brasil | 253,963 | 32.8% | 211.05M | 120 |
| Chile | 14,390 | 33.5% | 18.48M | 78 |
| Colombia | 37,962 | 31.1% | 50.11M | 76 |
| Ecuador | 14,534 | 37.0% | 17.51M | 83 |
| Guayana | 762 | 37.3% | 773,000m | 99 |
| Paraguay | 12,983 | 77.3% | 6.98M | 186 |
| Perú | 35,925 | 39.4% | 32.85M | 109 |
| Surinam | 505 | 50% | 528,000m | 96 |
| Uruguay | 2,621 | 22.3% | 3.49M | 75 |
| Venezuela | 35,970 | 63% | 32.16M | 110 |

Nota. *Tabla 3.* Adaptado de World Pre-trial/Remand Imprisonment List (fourth edition). [Lista mundial de detenidos en prisión preventiva (cuarta edición)], por Walmsley, 2020, pág. 6-8, Birkbeck - University of London and Institute for Crime & Justice Policy Research. Derechos de autor 2020 por Institute for Criminal Policy Research. Las cifras corresponden solo a las jurisdicciones independientes y no incluye sus dependencias. No existen datos para Cuba.

Tabla 4. Población en prisión preventiva: detalle de las Américas en el mundo

| <i>Continente</i> | <i>Población total de presos preventivos</i> | <i>Porcentaje de presos preventivos (promedio)</i> | <i>Tasa por cada 100 mil habitantes (promedio)</i> |
|-------------------|--|--|--|
| <i>África</i> | 430 076 | 39.7% | 28.5 |
| América | 1 119 576 | 37.0% | 97 |
| <i>Asia</i> | 982 943 | 25.7% | 30 |
| <i>Europa</i> | 352 106 | 25.2% | 27 |
| <i>Oceanía</i> | 21 019 | 15.3% | 23 |
| <i>Mundo</i> | 2 905 720 | 29.5% | 38 |

Nota. *Tabla 4.* Adaptado de World Pre-trial/Remand Imprisonment List (fourth edition). [Lista mundial de detenidos en prisión preventiva (cuarta edición)], por Walmsley, 2020, pág. 16, Birkbeck - University of London and Institute for Crime & Justice Policy Research. Derechos de autor 2020 por Institute for Criminal Policy Research.

Tabla 5. Población en prisión preventiva: variación desde el año 2000

| <i>Continente</i> | <i>Estimado de presos preventivos (alrededor año 2000)</i> | <i>Actualización de presos preventivos (al 29/2/2020)</i> | <i>Variación (desde año 2000)</i> | <i>Variación (entre el 2000 y 2019) según ONU</i> |
|---------------------------------------|--|---|-----------------------------------|---|
| <i>África</i> (Sin Ruanda) | 444 449 (335 199) | 430 076 (425 722) | -3.2% | +61.3% |
| América | 656 461 | 1 119 576 | +70.5% | +21.6% |
| <i>Asia</i> | 631 258 | 982 943 | +55.7% | +22.9% |
| <i>Europa</i> (Sin Rusia) | 488 867 (256 003) | 352 106 (255 379) | -28.0% (-0.2%) | +5.4% |
| <i>Oceanía</i> | 6 466 | 21 019 | +225.1% | +34.1% |
| <i>Mundo</i> (Sin Ruanda ni Rusia) | 2 227 501 (1 885 387) | 2 905 720 (2 804 639) | +30.4% (+48.8%) | +25.6% |

Nota. *Tabla 5.* Adaptado de World Pre-trial/Remand Imprisonment List (fourth edition). [Lista mundial de detenidos en prisión preventiva (cuarta edición)], por Walmsley, 2020, pág. 16, Birkbeck - University of London and Institute for Crime & Justice Policy Research. Derechos de autor 2020 por Institute for Criminal Policy Research.

3.8. La Covid-19 y la política penitenciaria

Es un hecho que la actual crisis de la pandemia por la Covid-19 ha desnudado las peores deficiencias y carencias sociales e institucionales en los países de las Américas y del mundo. Si el problema marginal que nos atañe era la crisis penitenciaria de larga data en la región, la pandemia terminó por agravar el problema. Según el Colectivo de Estudios Droga y Derecho (CEDD), de la necesidad de reformas pendientes se pasó a la exigencia de implementar medidas urgentes que favorecen la salud y la vida de los presos (CEDD, 2020, pág. 3). No cabe duda de que el hacinamiento carcelario y la precariedad de los penales elevó el riesgo de contagio de la Covid-19 como ocurre con otras enfermedades infecciosas muy recurrentes en las cárceles:

Las enfermedades infecciosas tienen una prevalencia mayor dentro de los centros penitenciarios de todo el mundo. La tasa de tuberculosis es 81 veces superior incluso en los mejores casos y los resultados son semejantes al analizar la incidencia del VIH, la hepatitis o la sífilis. Un ejemplo: en Brasil, el nivel de VIH dentro de las cárceles es 138 veces superior que fuera de ellas.

La magnitud del problema ha sido señalada por los propios organismos internacionales mediante declaraciones y pronunciamientos con la finalidad de promover medidas de salud pública inmediatas por parte de los gobiernos tendientes a reducir el impacto de la enfermedad en los centros penitenciarios. Así, el 13 de mayo del 2020 se dio la Declaración conjunta de la UNODC, la OMS, el ONUSIDA y la ACNUDH sobre la COVID-19 en prisiones y otros centros de detención, cuyas líneas de acción son fundamentalmente: reducir el hacinamiento, velar por la salud, la seguridad y la dignidad humana, velar por un acceso ininterrumpido a los servicios de salud, respeto de los derechos humanos, respeto de las disposiciones y orientaciones de las Naciones Unidas.

Por su parte, la Corte IDH emitió la Declaración 1/20 del 9 de abril de 2020 «Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales», a fin de instar la adopción e implementación de medidas para abordar y contener la pandemia en el marco del Estado de derecho y con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia interamericana. En el mismo sentido lo hizo la CIDH, mediante Resolución N° 1 /2020 «Pandemia y derechos humanos en las

Américas»³², donde «formuló una serie de recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros de la OEA para garantizar los derechos humanos en el contexto de la pandemia por el COVID-19» (Castañeda Otsu, 2020, pág. 219).

Aun así, el problema de la crisis sanitaria en las cárceles presenta múltiples aristas en una realidad que se anunciaba muy penosa de afrontar con la llegada de la Covid-19; sobre todo con ese 37.0% de presos preventivos (ver tabla N° 4) que eleva la población penitenciaria en la región a 3 787 059 al 30 de setiembre de 2018 (Walmsley, 2018, pág. 17). Sobre todo, porque el 6% de los presos son mayores de 65 años y representan el grupo etario más vulnerable al virus en una situación donde las autoridades se ven resignadas al protocolo elemental del lavado de manos y desinfección de espacios para prevenir la propagación de la enfermedad; sin embargo, su aplicación en las cárceles no siempre es posible en tanto solo el 20% de los reclusos cuenta con agua potable suficiente, un 37% cuenta con jabón y un 29% no recibe atención médica (Alvarado, Villa Mar, Jarquín, Cedillo, & Forero, 2020, pág. 5).

«En el marco de la pandemia, la medida de suspensión de visitas ha sido común en la región, con peligrosas consecuencias para los reclusos, en cuanto son las familias quienes proveen elementos básicos de alimentación y aseo personal» (CEDD, 2020, pág. 19). De manera que, el distanciamiento social impuesto, terminó afectando doblemente a los presos y a sus familias pues significó limitar las visitas de las personas con quienes solían mantener contacto físico y recibir apoyo, aumentando el sufrimiento moral por la incertidumbre y el temor por la salud y seguridad de quienes los esperan dentro y fuera de los penales:

El distanciamiento social necesario para combatir el COVID-19 implica reducir las visitas de personal externo a los centros penitenciarios, lo que supone un estrés adicional para los reclusos. Esta situación puede ocasionar graves tensiones tanto entre los presos como en su entorno. Primero, por la lógica necesidad de ambas partes de saber que sus familiares están sanos y seguros, algo que en gran parte de las cárceles de la región es un desafío presente por la falta de mecanismos de comunicación inmediata de los internos con el exterior. Segundo, porque los familiares y allegados son los que, en muchas ocasiones, facilitan a los internos bienes de primera necesidad que la prisión no les proporciona, como el jabón o la ropa (Alvarado, Villa Mar, Jarquín, Cedillo, & Forero, 2020, pág. 7)

³² Comisión IDH, Resolución 1/2020, adoptado el 10 de abril de 2020.

Sabido es, entre los abogados litigantes de causas penales, el drama que ha significado enfrentar el Covid-19 en prisión de los presos preventivos con comorbilidades que los hacían vulnerables al ataque del virus; sin embargo, esta situación ha sido insuficiente para que los jueces puedan amparar los primeros habeas corpus interpuestos al inicio de la pandemia con que se buscaba revocar las prisiones preventivas alegando el hacinamiento en las cárceles como causa de empeoramiento de la salud de sus patrocinados; aun cuando en algunos casos como en Perú, uno de los países más golpeados por la pandemia, los reclusos ya habían cumplido 35 meses en prisión preventiva (Castañeda Otsu, 2020, pág. 218).

En efecto, en la mayor parte de los casos, los jueces nacionales dejaron pasar las mejores oportunidades que la coyuntura de la pandemia brindaba de demostrar las competencias y el compromiso que el nuevo paradigma les ha encomendado en el rol de jueces constitucionales, garantistas e interamericanos en favor de la vida, la integridad y la salud de los presos. Continuaron emitiendo autos de encarcelamiento preventivo que eran confirmados en segunda instancia en delitos comunes, pesando más en ellos el arraigo sustancialista, a los estándares internacionales que los obliga, desde siempre, al cumplimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Según el Colectivo de Estudios Droga y Derecho, las medidas judiciales, legislativas y/o ejecutivas han sido ínfimas e ineficaces: «De manera tímida los gobiernos han otorgado detención domiciliaria, indultos, amnistías y otras formas de liberar personas, pero en una magnitud muy inferior al hacinamiento de las cárceles, lo que hace inocua la medida» (CEDD, 2020, pág. 19). En la misma cita, se resalta que las medidas de excarcelación no resultan ajustadas a la dimensión de la crisis sanitaria.

De cualquier modo, el impacto de estas medidas es difícil de medir con precisión, dado que la mayoría de los países proporcionan información inconsistente o incompleta (Romero, Stalman, & Hidalgo Solá, 2021, pág. 6). No obstante, queda la posibilidad de que el cambio en el estado de cosas encuentre mejor eco en las políticas públicas, como señalan Alvarado, Villa Mar, Jarquín, Cedillo, & Forero (2020), para la gestión del sistema penitenciario en América Latina y el Caribe: «esta crisis puede ser también una oportunidad para replantear la gestión del sistema penitenciario de ALC y establecer las bases para un nuevo camino» (pág. 7).

El informe de *Inter-American Dialogue* (Romero, Stalman, & Hidalgo Solá, 2021) postula que las medidas implementadas por los países de América Latina durante la pandemia brindan lecciones valiosas para las autoridades gubernamentales, los formuladores de políticas, los organismos internacionales de derechos humanos y los defensores. Las reformas políticas adoptadas por necesidad durante la pandemia, algunas de las cuales se consideraron políticamente desagradables antes de la emergencia de Covid-19, ofrecen lecciones importantes y, en algunos casos, una prueba de concepto de los cambios atrasados en la política penitenciaria (pág. 6).

Con base en este conjunto de evidencia y experiencia, los gobiernos latinoamericanos pueden y deben movilizarse para abordar las debilidades sistémicas de los sistemas penitenciarios en toda la región y adoptar políticas penitenciarias que respeten los derechos humanos y protejan de manera más eficaz los intereses de la sociedad en general. Las decisiones políticas tomadas durante y después de la pandemia pueden muy bien definir la política penitenciaria y de justicia penal en América Latina para el futuro cercano. La Covid-19 ha dejado en claro una realidad que debería ser el punto de partida para un nuevo tipo de reforma: las cárceles y la sociedad son intrínsecamente interdependientes y enfrentan riesgos y responsabilidades compartidos (Romero, Stalman, & Hidalgo Solá, 2021, pág. 6).

Como punto final, hay que destacar que la aplicación desviada o desproporcionada de la prisión preventiva, de un tiempo a esta parte, se erige en nuestros ordenamientos jurídicos como una amenaza constante a los valores fundamentales de la dignidad, la presunción de inocencia y la libertad. La finalidad procesal de la institución ha sufrido mutaciones propiciadas por varios factores como la introducción de causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva, jueces nacionales sin habilidades constitucionales y con arraigo sustancialista, y el populismo penal y su parcial entendimiento del fenómeno delictivo. La realidad es tan penosa que los estándares internacionales no solo se incumplen con la indebida motivación de los autos de prisión que deciden su procedencia (elementos de convicción), sino además, durante su ejecución, cuando los preventivos reciben el mismo tratamiento penitenciario que los condenados en las prisiones.

IV. CONCLUSIONES

1. La prisión preventiva es una medida cautelar excepcional y de última ratio: la más intensa y agravada del ordenamiento jurídico; su uso no excepcional vulnera los valores esenciales de la dignidad, presunción de inocencia y libertad derivando en inseguridad jurídica contraria al Estado constitucional y a los principios que informan la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos.
2. La prisión preventiva tiene carácter eminentemente procesal y su finalidad es garantizar el éxito del proceso conforme a las normas convencionales; su naturaleza y fines han sido ratificados por abundante jurisprudencia interamericana. El peligro de reiteración delictiva no es causal y la ejecución de la condena no es su finalidad.
3. Las Américas son la región con mayores cifras de presos preventivos y condenados del mundo con índices cada vez más crecientes; el uso no excepcional de la prisión preventiva es propiciada por componentes estructurales y culturales, tales como: la introducción de causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva, jueces nacionales sin habilidades constitucionales y con arraigo sustancialista, y el populismo penal y su parcial entendimiento del fenómeno delictivo.
4. Existen estándares supranacionales e internacionales que condicionan la aplicación de la prisión preventiva por parte de los jueces nacionales que no se cumplen, aun cuando estos se fundamentan en normas imperativas del Derecho internacional de los derechos humanos cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional.
5. Subsiste un elenco de medidas alternativas a la prisión preventiva en los ámbitos nacionales, supranacionales e internacionales en favor de la libertad y la seguridad personales para racionalizar el uso del encarcelamiento preventivo; sin embargo, estos no se aplican con la misma frecuencia.

6. A pesar de existir códigos procesales acusatorios en la mayor parte de países de la región, hay legislaciones donde se han introducido presupuestos sustancialistas para la prisión preventiva en contrarreformas a favor del populismo penal y de la sanción material contra la criminalidad contrarios al Estado democrático de derecho.
7. La extensión de la aplicación del control difuso de convencionalidad, por parte de los jueces nacionales, y la exigencia de su aplicación, por parte de los abogados defensores en la práctica del nuevo paradigma, evitaría el uso no excepcional de la prisión preventiva en tanto los tribunales nacionales, frente al conflicto entre normas constitucionales y convencionales, deben preferir y aplicar las últimas.
8. El diálogo judicial consolida la formación del *corpus iuris interamericano* mediante el control de convencionalidad. La aplicación de los estándares internacionales para la protección de los derechos humanos del diálogo judicial coadyuvaría a la reducción del uso no excepcional del encarcelamiento preventivo y de sus efectos adversos en el sistema de justicia penal.
9. Los delitos de tráfico ilícito de drogas tienen las penas más agravadas en varias legislaciones, incrementando las cifras de encarcelamiento de presos preventivos y condenados, generalmente jóvenes, mujeres y grupos vulnerables en la región, en tanto los grandes narcotraficantes siguen eludiendo la acción de la justicia y afectando al conjunto de la sociedad.
10. La denuncia individual o amparo interamericano es el mejor recurso de protección y defensa ante el SIDH y son las organizaciones de la sociedad civil su principal usuario; este mecanismo en favor de los presos preventivos puede satisfacer el respeto efectivo de sus derechos conculcados y la reparación de los daños por parte del Estado.
11. La crisis sanitaria por el Covid-19 ha desnudado las peores carencias, debilidades y amenazas de los sistemas penitenciarios en la región. El confinamiento ha agudizado la situación con efectos devastadores en la vida y la salud de los presos y sus familias debido al hacinamiento, la violencia y las condiciones inadecuadas de los centros penitenciarios.

Referencias

- Alvarado, N., Villa Mar, K., Jarquín, M. J., Cedillo, B., & Forero, D. (2020). *Las cárceles de América Latina y el Caribe ante la crisis sanitaria del Covid-19*. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Antony, C. (2007). Las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad, Marzo-abril(208)*, 73-85. Obtenido de <https://nuso.org/revista/208/sin-salida-las-carceles-en-america-latina/>
- Bigliani, P., & Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano* (1era ed.). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto SRL.
- Binder, A. (2000). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Had-Hoc.
- Bogdandy, A., & Venzke, I. (2013). ¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* (págs. 83-130). México D. F.: Tirant lo Blanch.
- Bovino, A. (2004). El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos. En M. Abregú, & C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (págs. 429-470). Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.
- Bovino, A. (2007). Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo (Tema Central). *Foro: revista de derecho, II Semestre(8)*, 5-47. doi:<http://hdl.handle.net/10644/1427>
- Burgorgue-Larsen, L., & Céspedes, N. M. (2013). El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. En G. R. Bandeira Galindo, R. Urueña, & A. Torres Pérez, *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual* (págs. 187-210). Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Bustos Gisbert, R. (2013). XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* (pág. 1416). México D. F.: Editorial Tirant lo Blanch.
- Cafferata Nores, J. (2000). *Proceso penal y derechos humanos* (2da. 1era. Reimp. ed.). (S. Martínez, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto SRL.
- Carnelutti, F. (2010). *Las miserias del proceso penal* (2da ed.). (S. Sentís Melendo, Trad.) Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? (C. Iriarte, Ed.) *Anuario de Derechos Humanos(8)*, 31-66. doi:10.5354/0718-2279.2012.20551

- Carranza, E., Houed, M., Mora, L. P., & Zaffaroni, E. (1983). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. San José, Costa Rica: ILANUD.
- Castañeda Otsu, S. (2020). El estado de emergencia en el Perú por el COVID-19: incidencia en los derechos y libertades. En E. Arnaldo Alcubilla, & R. Canosa Usera, *El Derecho Constitucional ante el COVID-19* (págs. 205-222). Madrid: Wolters Kluwer España, S.A.
- CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad . CIDH.
- CIDH. (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas* (Vol. OEA/Ser.L/V/II.163). Washington D. C.: OEA.
- Cots Fernández, A., & Nougier, M. (2021). *Leyes punitivas de drogas: 10 años socavando las Reglas de Bangkok* . International Drug Policy Consortium . Londres: International Drug Policy Consortium . Obtenido de <https://www.wola.org/es/analisis/decada-socavando-las-reglas-bangkok-politica-droga/>
- Díaz Crego, M. (Octubre de 2015). Diálogo judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(9), 289-299. Obtenido de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/view/442>
- Dulitzky, A. (2017). *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano Modelos para (des)armar* (1° ed.). México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Eto Cruz, G. (2019). La autopercepción del control de convencionalidad por la propia Corte Interamericana: breves apostillas críticas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 9(11 enero-junio), 119-178. doi:<https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.5>
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. *Urbe et Ius*(11), 13. Obtenido de <http://urbeetius.org/tag/urbe-11/>
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Herrera García, A. (2013). Nota introductoria. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México D. F.: Editorial Tirant lo Blanch .
- González Ferreyra, J. I. (16 de Octubre de 2011). Debido proceso y prisión preventiva: Una lectura constitucional del Encierro Procesal. *Pensamiento Penal*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/31834-debido-proceso-y-prision-preventiva-lectura-constitucional-del-encierro-procesal>
- Heard, C., & Fair, H. (2019). *Pre-Trial detention and its over-use. Evidence from ten countries [La prisión preventiva y su uso excesivo. Evidencia de diez países]*. London: Birkbeck - University of London and Institute for Crime & Justice Policy Research. Obtenido de <https://www.prisonstudies.org/news/pre-trial-detention-and-its-over-use-evidence-ten-countries>

- Ibáñez, P. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto SRL.
- Jardón Piña, L. (2014). La recepción de los criterios interamericanos en materia penal en México. En S. García Ramírez, O. Islas de González Mariscal, & M. Peláez Ferrusca, *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal* (págs. 329-346). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Llobet Rodríguez, J. (2012). *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)* (5ta ed.). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Maier, J. (1999). *Derecho procesal penal* (2da. 1ra reimpresión ed., Vol. 1). Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.
- Méndez Rivera, J., & Pérez De la Torre, L. (2020). Populismo penal en la prisión preventiva y sociedad civil en ética del consenso. *Ciencia Jurídica*, 9(18), 153-163. doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v9i18.349>
- Mendoza, R. (22 de Mayo de 2019). *Diario La República*. (Grupo La República) Recuperado el 2 de Setiembre de 2021, de Diario La República: <https://larepublica.pe/sociedad/285166-una-radiografia-de-los-burriers/>
- Mora-Sánchez, J. (Mayo de 2014). Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad. *ACTA ACADÉMICA*, 54(Mayo), 187-220. Obtenido de <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/issue/view/12>
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (1ra. ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pacecca, M. (2012). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos*. Buenos Aires, Argentina: Asociación por los Derechos Civiles.
- Riego, C. (2008). Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina. *Sistemas Judiciales*, 7(14), 193.
- Rodríguez Magariños, F. G. (2009). La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 63(2078), 227-254. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4015032>
- Romero, M., Stalman, L., & Hidalgo Solá, A. (2021). *The Covid-19 pandemic and prison policy in Latin America [La pandemia de Covid-19 y la política penitenciaria en América Latina]*. Inter-American Dialogue. Washington, DC.: Inter-American Dialogue. Obtenido de <https://www.thedialogue.org/analysis/la-pandemia-de-covid-19-y-politica-penitenciaria-en-america-latina/?lang=es>
- Sergi, N. (2001). Límites temporales a la prisión preventiva. *Nueva Doctrina Penal*(t. 2001/A), 38. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com/doctrina/30474-limites-temporales-prision-preventiva>

- Silva Meza, J. (2001). Las reformas penales de los últimos cinco años en México. En García Ramírez, Sergio, & L. Vargas Casillas, *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)* (1 ed., págs. 223-233). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/131-las-reformas-penales-de-los-ultimos-anos-en-mexico-1995-2000>
- Tallarico, A. N. (9 de Marzo de 2020). Prisión Preventiva: Reflexiones sobre su uso y abuso. *Pensamiento Penal*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48605-prision-preventiva-reflexiones-sobre-su-uso-y-abuso>
- Walmsley, R. (2017). *World Female Imprisonment List (fourth edition) [Lista mundial de encarcelamientos de mujeres (cuarta edición)]*. London: Institute for Criminal Policy Research - Birkbeck, University of London. Obtenido de https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27
- Walmsley, R. (2018). *World Prison Population List (twelfth edition) [Lista mundial de población carcelaria (duodécima edición)]*. London: Institute for Criminal Policy Research - Birkbeck, University of London. Obtenido de https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27
- Walmsley, R. (2020). *World Pre-trial/Remand Imprisonment List (fourth edition) [Lista mundial de detenidos en prisión preventiva (cuarta edición)]*. London: Institute for Criminal Policy Research - Birkbeck, University of London. Obtenido de https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27
- Zappalà, S. (2003). *Human Rights in International Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press.
- Zerbini Ribeiro Leão, R. (2010). El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC. *Revista IIDH*, 51, 249-271.