

**“LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO EXPRESIÓN DEL SIMBOLISMO PENAL E
INSTRUMENTO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

**La negación de la justicia penal garantista. Un enfoque desde la criminología y la
política criminológica”**

Investigadores:

Dr. Gino Ríos Patio



Dr. Oscar Bernal Guarín



Mtro. Renzo Espinoza Bonifaz



Mtro. Juan Duque Posada



2018

INDICE

RESUMEN	4
ABSTRACT	4
PALABRAS CLAVES.....	5
KEYWORDS	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	25
1.1. Bases Teóricas	25
1.2. Teorías de la Prisión Preventiva.....	48
1.2.1. Tesis Procesalista – La Prisión Preventiva como Medida Cautelar	48
1.2.2. Tesis Sustancialistas – La Prisión preventiva como pena	50
1.3. Antecedentes en Colombia.....	54
1.4. Definiciones Conceptuales	65
CAPÍTULO II: DISEÑO METODOLÓGICO.....	71
2.1. Diseño de la investigación.....	71
2.2. Tecnicas e instrumentos para la recolección de datos	72
2.3. Validez y confiabilidad de los instrumentos.....	72
2.4. Tecnicas para el procesamiento y análisis de los datos	73
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PERÚ	73
3.1. La existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo	73
3.2. Prognosis de la pena	78
3.3. Peligro procesal de fuga	78
3.4. Peligro procesal de obstaculización de la actividad probatoria.....	82

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA.....	83
4.1. Desarrollo legislativo de la detención preventiva en Colombia.....	83
4.1.1. La prisión preventiva en la Ley 1142/2007	88
4.1.2. Ley 1453/2011	92
4.1.3. Ley 1760/2015 (modificada por la Ley 1786/2016).....	94
4.2. Evolución jurisprudencial de la detención preventiva en Colombia	95
4.2.1. Fines constitucionales de la detención preventiva.....	99
4.2.2. La jurisprudencia colombiana y los estándares internacionales	103
CAPÍTULO V: ENFOQUE CRIMINOLÓGICO Y POLÍTICO CRIMINOLÓGICO	107
5.1. Perspectiva criminológica.....	107
5.2. Visión político criminológica	112
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	116
6.1. Conclusiones.....	116
6.2. Recomendaciones	122
FUENTES DE INFORMACIÓN	124

RESUMEN

La investigación analiza el estado de la cuestión respecto a la prisión preventiva en el Perú y Colombia, examinando sus antecedentes normativos y nivel de adecuación al estándar internacional, realizando una crítica desde el punto de vista penal, procesal penal, criminológico y de política criminológica, con el objetivo de concienciar a la comunidad respecto a la necesidad de corregir el modo abusivo y desmedido con que se aplica en la actualidad. Al contrastar la teoría y la praxis, devela el insondable abismo que se presenta en las instituciones penales y procesales penales de cara a la realidad, con un carácter punitivista que induce a considerar que la prisión preventiva es más una pena anticipada que una medida personal genuinamente cautelar, debido a la ligereza con la que se aplica.

El fenómeno de la prisionización y los paradigmas neo liberales del hiper punitivismo y populismo punitivo, se expresan en la realidad de los países periféricos latinoamericanos con medidas procesales como la prisión preventiva, que es tomada como parte de un derecho penal del enemigo debido a la selectividad y discriminación con la que opera el sistema penal; y por otro lado expresa un simbolismo penal digno de mejor causa, pues no abona a una cohesión social sino a la imposición de miedo a la sociedad.

ABSTRACT

The investigation analyzes the state of the matter regarding pretrial detention in Peru and Colombia, examining its normative background and level of adaptation to the international standard, making a critique from the criminal point of view, criminal, criminological and criminological policy, with the objective of making the community aware of the need to correct the abusive and excessive way in which it is currently applied. By contrasting theory and practice, reveals the unfathomable abyss that occurs in criminal and procedural institutions penales facing reality, with a punitive nature that leads to consider that pretrial detention is more an anticipatory punishment than a genuine personal measure precautionary, due to the lightness with which it is applied.

The phenomenon of imprisonment and the neo liberal paradigms of hyper punitiveness and punitive populism are expressed in the reality of peripheral Latin American countries with procedural measures such as preventive detention, which is taken as part of an enemy criminal law due to the selectivity and discrimination with which the criminal system operates; On the other hand, it expresses a criminal symbolism worthy of a better cause, because it does not pay for social cohesion but for the imposition of fear on society.

PALABRAS CLAVE

Prisión preventiva, simbolismo penal, derecho penal del enemigo, populismo punitivo.

KEYWORDS

Preventive prison, criminal symbolism, criminal law of the enemy, punitive populism.

INTRODUCCION

Descripción de la realidad problemática

El caso peruano

Las cifras proporcionadas por el Instituto Nacional Penitenciario del Perú en su Informe Estadístico Penitenciario del mes de julio de 2018¹ muestran que la población penitenciaria asciende a 107,948 personas, de los cuales 88,423 se encuentran reclusas en un penal. Si tomamos en cuenta el acontecer histórico la cifra se muestra en ascendencia, pues en noviembre de 2016 la población penitenciaria era de 98,045, es decir, en menos de dos años ha aumentado en un 9.17%.

Según el mismo informe, 53,684 internos están condenados y 34,739 están siendo procesados penalmente, lo cual revela que el 39.29% de la población penitenciaria se encuentra interno en un penal debido a la imposición de la medida coercitiva personal de prisión preventiva.

Por otro lado, el porcentaje de internos primarios y reingresantes asciende a 74% y 26% respectivamente, de acuerdo con el informe antes citado; y en lo que respecta al mes de julio de 2018, el porcentaje de reingresantes es del 22%.

Asimismo, la sobrepoblación y/o hacinamiento es de 49,267 internos que representa el 126% de la capacidad de albergue a nivel nacional, esto es, dicha cantidad hace la diferencia entre la capacidad de albergue de los centros penitenciarios y la población penal del país, lo cual significa que esta cantidad de internos -que es mayor a la cantidad de presos sin condena- no debería estar recluso en un penal, por no tener cupo.

Respecto a la edad de la población penitenciaria que tiene mayor porcentaje, podemos apreciar que en el caso de los hombres el 18.1% esto es, 15,996, tienen entre 25 a 29 años, que constituye el segmento de la población en el que recae con mayor fuerza la prisión

¹ Disponible en <https://www.inpe.gob.pe/revistas/estadistica/2018/julio/mobile/index.html#p=8>

preventiva, seguido del segmento etario de 30 a 34 años, que es el 17.4%, esto es, 15,356 internos y del grupo de 35 a 39 años de edad que representa el 15%, o sea, 13,289 internos.

Además, la población penitenciaria se caracteriza por la marcada presencia de internos que solo han cursado nivel de primaria o secundaria. De ese universo, el 22% (19,152 internos) ha seguido únicamente el nivel primario, mientras que el 67% (59,607 internos) logró el nivel secundario, lo cual connota la selectividad del sistema penal y de la medida de prisión preventiva.

Respecto a la ocupación antes del ingreso a los penales, los internos que desempeñaron oficios congregan el 92.3 %, esto es, 81,645 personas, de las cuales el 28.8% (23,661 internos) eran obreros, el 15.5% (12,637 internos) se dedicaba a la agricultura, el 16.6% (13,523 internos) se desempeñaba como conductor de vehículos y el 9.5% (7,796 internos) laboró como comerciante; lo que contrasta con los técnicos que eran 2.8%, es decir, 2,489 internos y los 1,963 profesionales que eran el 2.2% y pone de manifiesto el direccionamiento de la prisión preventiva.

La prisión preventiva es una medida excepcional que requiere de la concurrencia de presupuestos legales establecidos en la ley procesal, los cuales deben de ser postulados y demostrados por el Fiscal ante el Juez que decide imponer la medida. Dichos requisitos legales deben ser comprobados escrupulosamente, pues se debe tener en cuenta que se está privando del derecho fundamental a la libertad a una persona que mantiene su condición de inocencia consagrada por la Constitución Política.

El actual sistema procesal penal en el Perú es garantista, según se proclama, es decir, debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos vinculados al proceso, salvaguardando su libertad y la minimización del *ius puniendi* estatal. Para ello se debe tener en cuenta que el derecho penal debe ser aplicado como *última ratio*, desde una perspectiva de la creación de leyes penales (criminalización primaria) y de la aplicación de las mismas por los jueces y demás agencias del sistema penal (criminalización secundaria).

El Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el pasado 3 de julio de 2017² enfatiza la importancia de que los estados, con la finalidad de racionalizar el uso de la prisión preventiva y, por consiguiente, de hacer frente al hacinamiento carcelario, regulen, implementen, supervisen y promuevan la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva.

Asimismo, señala que las reformas legales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como (*pseudo*) solución a los problemas de seguridad ciudadana, vienen acompañadas de un fuerte mensaje mediático y político que cuentan con un gran respaldo de la opinión pública, obstaculizando con ello la adopción de iniciativas tendientes a racionalizar el uso de la prisión preventiva. Estas reformas se traducen, principalmente, en el incremento de la duración de la prisión preventiva.

En suma, la Comisión reitera que los estados de la región deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole, que se requieran a fin de corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva; destacando entre estas medidas, la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva. En este sentido, los estados tienen la obligación de garantizar que la prisión preventiva sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.

La ley procesal peruana³ establece que para la imposición de la prisión preventiva se necesita:

- a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo;
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

² Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/136.asp>

³ Código Procesal Penal de 2004, artículo 268 al 270. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>

Establece también que para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a la misma.

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; y 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

De esta manera, resulta importante analizar si la configuración legal de la prisión preventiva en nuestra normatividad procesal revela un tratamiento de medida excepcional de acuerdo al estándar internacional contenido en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o, por el contrario, permite su fácil imposición, generando una prevalencia de esta medida coercitiva frente a otras menos lesivas para la vigencia del derecho fundamental a la libertad del procesado inocente.

El caso colombiano

En el caso colombiano las medidas de aseguramiento privativas de la libertad tampoco dejan de resultar polémicas, especialmente en razón a que un nutrido número de tratadistas y estudiosos del Derecho Penal han señalado y demostrado, en reiteradas ocasiones, cómo estas medidas resultan bastante cuestionables, no solo porque existen fallas en su control, su ejecución y su duración, sino que además se ha señalado, con insistencia, que esta figura va en contravía de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, la libertad y el

debido proceso, a la par que desconoce los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La detención preventiva es una institución de vieja data en el sistema procesal penal colombiano. Así, por ejemplo, en el Código Penal de 1938, artículo 379, se establecían los requisitos para imponer la “detención”. Se facultaba para retener de manera preventiva al indiciado cuando existiera declaración de testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad. Igualmente, se aceptaba como criterio para proferir la detención preventiva la existencia de un indicio grave sobre la responsabilidad penal, bien fuera en calidad de autor o partícipe en el hecho investigado.

Con el paso del tiempo la prisión preventiva fue evolucionando hasta convertirse en eso que actualmente encontramos en la legislación colombiana, un mecanismo previsto para garantizar que se pueda desarrollar la investigación, asegurar a la comparecencia al proceso del presunto infractor de la ley penal y contener a quien representa un peligro para la sociedad o para las víctimas.

Podría decirse en principio, frente a estas finalidades, que no solo resultan loables, sino que además se presentan como objetivas. Sin embargo, la realidad de la práctica jurídica se ha encargado de demostrar como su aplicación se fundamenta, por lo general, en criterios estrictamente subjetivos que encubren tesis sobre la peligrosidad que ya se encuentran en desuso, pero que de alguna manera han logrado perpetuarse en el ordenamiento penal y en el imaginario de los operadores judiciales.

El problema resulta bastante complejo, especialmente cuándo se considera la nociva mezcla que puede presentarse entre la textura abierta de la normatividad constitucional que regula la interpretación de la normatividad positiva sobre la prisión preventiva, el desconocimiento de los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y una sociedad que presiona y reclama, de manera constante y airada, para que se aplique la prisión a toda costa y como único mecanismo válido y eficaz para aplicar justicia y combatir la delincuencia. Combinación de factores que solo puede conducir al desconocimiento de los más elementales derechos fundamentales de los asociados, incluyendo la libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia.

Lo que se aprecia en el caso colombiano es lo que la doctrina ha denominado como un uso “abusivo” o desproporcionado de la detención preventiva (Cfr. Asociación por los Derechos Civiles, ADC, *et. al.* 2012). Flagelo que azota a buena parte de los países de la región, pero que en Colombia ha conducido a un *estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria-ECI*, (*Sentencias T-153 de 1998, T- 762 de 2015 y auto 121 de 2018 de la Corte Constitucional*) bajo la premisa de que la política criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Quiere esto decir que la aplicación desmedida de la detención preventiva ha llevado a que se desconozcan mandatos de rango constitucional para dar paso a situaciones de vulneración de derechos fundamentales, hacinamiento carcelario e incumplimiento de los estándares internacionales sobre derechos humanos.

Como se puede apreciar, la problemática de la detención preventiva es compleja y multicausal, debiendo señalarse que se trata de una realidad inocultable: el hacinamiento carcelario ocasionado por el elevado número de personas reclusas en las prisiones colombianas sin haber recibido una condena, viene a ser la prueba irrefutable de una problemática que se salió de control y cuya posible superación parece aún bastante lejana, puesto que ni siquiera los insistentes llamados de la Corte Constitucional al Gobierno mediante la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” ha conseguido que se tomen acciones concretas y efectivas destinadas a brindar una solución de fondo a la problemática. Para el efecto, conviene recordar que la Sentencia T-762 de 2015 dispuso fases o etapas para la superación del ECI en atención a la evolución en la reducción de la masividad y la generalidad, tal providencia distinguió una fase inicial, una intermedia, una etapa de afianzamiento y una de cumplimiento de meta, en los siguientes términos:

“La primera etapa se verificará hasta cuando el 60% de las personas reclusas del país vean satisfechos los mínimos que implica su estadía en la prisión, frente a cada uno de los problemas a los que se ha hecho alusión.

(...)

Se hablará de una fase intermedia cuando el goce de derechos sea efectivo para entre el 61 y el 70% de la población privada de la libertad en el país, frente a cada uno de los requisitos de su estancia en el establecimiento penitenciario.

La tercera etapa, será un momento de consolidación de una política criminal sistémica, que tenga afianzados los sistemas cíclicos de seguimiento, evaluación y retroalimentación de los procesos, de manera tal que una vez finiquitada pueda entenderse prospectivamente que el avance se logrará en forma continua y sostenida. Esta etapa se atravesará mientras la población privada de la libertad que vea satisfechos sus derechos esté entre el 71 y el 86% de los presos en el país.

Cuando la meta por cumplir sea tan solo frente al 14% de la población privada de la libertad, se agotará el carácter masivo de las afectaciones a los derechos fundamentales al interior del Sistema Penitenciario y Carcelario del país, debiéndose declarar superado el ECI”⁴.

El trasfondo de la detención preventiva viene a dejar en evidencia una compleja red de factores sociales, políticos y jurídicos que impiden pensar que la problemática pueda tener una solución a corto o mediano plazo en el caso específico de Colombia. Dentro de estas razones se deben destacar:

a) El alto rédito electoral que representa la promesa de combatir la delincuencia mediante el incremento de las penas o el empleo de las denominadas “penas ejemplarizantes”, asemejando el uso de la prisión preventiva a un modelo de justicia exprés, situación que es aprovechada por los candidatos y partidos políticos no solo para prometer el aumento de las penas, sino para proponer, cada vez que se presenta la ocasión, reformas judiciales destinadas a endurecer las penas y hacer de la prisión preventiva, que debiera ser la excepción, una regla. “En el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema. Gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política. Se toma en con sideración la génesis social de los problemas y con ello se esquiva

⁴ Sentencia T-762 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Fundamento jurídico 118.

la intervención político-estructural. La explicación se traslada sistemáticamente hacia los aspectos accesorios y se desvía de la esencia del problema” (ALBRECHT, p. 478.)

b) Buena parte de los jueces, fiscales y defensores que se desenvuelven profesionalmente al interior del sistema penal acusatorio desconocen los estándares expuestos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en consecuencia, no los aplican en su quehacer profesional. A esto debe sumarse que, los pocos que conocen dichos estándares no se muestran muy seguros de su aplicación directa, especialmente cuando el contenido de los mismos parece contravenir los postulados de la normatividad interna, surge aquí la preocupación por las consecuencias o retaliaciones de orden legal o disciplinario que pueden caer sobre quienes deciden aplicar la normativa del Sistema Interamericano, normativa que resulta contraria o, al menos, no del todo acorde con la normatividad interna. Se presenta aquí un problema vinculado a la autonomía e independencia judicial. Esto sin contar con el nefasto precedente de la Corte Constitucional que parece dar un espaldarazo a la legislación interna, afirmando que la misma respeta dichos estándares.

c) La anterior problemática se ve recrudecida cuando se considera que la normativa colombiana sobre la aplicación de la detención preventiva resulta especialmente confusa, caótica y desordenada, pues al ingente número de normas en sentido formal se suma un buen número de sentencias emitidas por la Corte Constitucional que, en lugar, de solucionar la problemática, parecen agravarla aún más, pues la jurisprudencia adopta una posición ambigua y permisiva: “La jurisprudencia colombiana no ha dado aplicación a los estándares internacionales en materia de prisión preventiva. La ausencia del principio de presunción de inocencia demuestra que la jurisprudencia no ha tenido en cuenta la trascendencia de los derechos que se vulneran con la prisión preventiva, esto redundando en la violación de los derechos de todos los imputados encarcelados y constituye un riesgo para aquellos que en un futuro lo serán” (García Jaramillo, 2011, p. 9).

d) La ambigüedad de la jurisprudencia colombiana en torno a la prisión preventiva viene a dejar en evidencia la falta de independencia judicial de los magistrados de las altas cortes, falta de independencia que se extiende hasta los jueces penales de inferior jerarquía, quienes presionados por el gobierno aplican una normatividad ambigua que permite hacer de la

prisión preventiva la regla aplicable a todo caso posible. Muchos de ellos omitiendo conscientemente el principio *pro homine*.

c) Otro factor determinante en el recrudecimiento de la problemática es el denominado “doble racero” o doble discurso, pues mientras por un lado y ante la comunidad internacional se enarbola el ideal de los derechos humanos, incluido, por supuesto, el ideal contenido en el Estándar Interamericano de Derechos Humanos, por otro se expiden, en la legislación interna, normas por medio de las cuales se aspira a masificar la prisión preventiva y se busca el retorno a tesis propias de la teoría de la peligrosidad.

d) Por último, se debe hacer mención del surgimiento de un interesante mecanismo de desinformación que permite desviar la atención del verdadero núcleo de la problemática. El debate ya no gira en torno al hecho de que la detención preventiva convertida en regla vulnera derechos fundamentales como la libertad, el debido proceso o la presunción de inocencia, puesto que ahora el debate se distrae al asimilar la prisión preventiva con justicia y la no imposición de la misma con impunidad por lo que se presenta como solución del hacinamiento carcelario la construcción de nuevos centros de reclusión o mediante su privatización. Lejos de atacar las causas del problema el Gobierno ataca los efectos colaterales del mismo, sin perseguir una solución definitiva.

En alcance de lo expuesto, se viene identificando una lógica macabra que plantea una aparente involución en las conquistas históricas del derecho penal liberal. Es así como el aumento de dispositivos procedimentales que habilitan la utilización de la detención preventiva como mecanismo central en la lucha contra la criminalidad, trae consigo la contrapartida de disminución de prerrogativas fundamentales que se desprenden de la presunción de inocencia como eje estructural de los sistemas de enjuiciamiento criminal modernos.

Sin embargo, por más que se intente ocultar esta realidad, la compleja situación de fondo resulta inocultable. Son múltiples las investigaciones informes y denuncias que dan cuenta del abuso de la detención preventiva en Colombia, que es uno de los países con más presos preventivos en Latinoamérica.. Por cada 100 personas privadas de la libertad en Colombia,

30 son presos preventivos, quiere esto decir que sobre ellos no recae ninguna condena judicial, encontrándose indemne la presunción de inocencia.

Llama poderosamente la atención que para ordenar la prisión preventiva se utilice el criterio de que al liberar al imputado se genera un riesgo para la sociedad o para la víctima, por lo cual ha de preferirse la prisión (Asociación por los Derechos Civiles – ADC *et. al.*, 2012, p. 5).

Para el año 2018 el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia (INPEC) reporta un hacinamiento carcelario del 45.6 %, cifra que se presenta como un avance en relación con el 52.29 % que existía para el año 2016. Disminución que se debe, en parte, al hecho de que un número significativo de reclusos se han acogido a la justicia transicional en el marco de los acuerdos con los grupos insurgentes que han negociado la paz con el Gobierno y, en consecuencia, han obtenido la excarcelación.

Sin embargo, debemos ser cuidadosos al interpretar los datos, puesto que la disminución de los porcentajes de hacinamiento no implica necesariamente la disminución en el número de presos preventivos, cifra que se sigue manteniendo en un funesto 30 %, lo que equivale a un aproximado de 35.000 presos preventivos, dato que solo puede ser calificado de absurdo e inadmisibles, y que viene a evidenciar el uso arbitrario que de la detención preventiva se está realizando en el país.

Planteamiento del problema de investigación

La investigación desarrollada conjuntamente por los equipos de investigación peruano y colombiano, formuló como problema principal la siguiente pregunta: ¿La configuración legal de la prisión preventiva en el Perú y Colombia, corresponde a una medida excepcional de acuerdo al estándar internacional establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y en ese sentido aplica o desconoce dicho estándar internacional?

Y formuló como problemas específicos, las siguientes cuestiones: ¿Los presupuestos procesales exigibles para la prisión preventiva en el Perú, relativos a que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y a la inferencia de que

el imputado, en razón a sus antecedentes, presenta peligro de fuga y de obstaculización de la verdad; revelan la existencia de un derecho penal de autor y un derecho penal del enemigo? ¿La prisión preventiva en el Perú se revela como un instrumento penal simbólico y carente de efectos preventivos general y especial?, ¿La regulación legal de la prisión preventiva en el Perú es un factor distorsionador del esquema garantista del sistema procesal penal y transgresor de los derechos fundamentales de las personas?, y ¿La normatividad, operatividad y ejecución de la prisión preventiva en el Perú, corresponden a una criminología positivista y a una política criminológica de defensa social, que manifiestan una óptica selectiva, discriminadora y arbitraria de la cuestión criminal en perjuicio de los ciudadanos pertenecientes a las clases sociales más carenciadas y desfavorecidas?

Determinación de objetivos

En este orden de ideas, el objetivo principal de la investigación llevada a cabo fue el determinar que la configuración legal de la prisión preventiva en el Perú y Colombia, no corresponde a una medida excepcional de acuerdo al estándar internacional establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y los objetivos específicos fueron los siguientes: 1) Comprobar la existencia de un derecho penal de autor y un derecho penal del enemigo en los presupuestos procesales exigibles para la prisión preventiva en el Perú, acerca de que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y a la inferencia del peligro de fuga y de obstaculización de la verdad, en razón de los antecedentes personales del imputado; 2) Demostrar que la prisión preventiva en el Perú es un instrumento penal simbólico y sin efectos preventivos general y especial; 3) Confirmar que la regulación legal de la prisión preventiva en el Perú es un factor distorsionador del sistema procesal penal garantista que afecta los derechos fundamentales, y 4) Acreditar que la normatividad, operatividad y ejecución de la prisión preventiva en el Perú, es selectiva, discriminadora y arbitraria de la cuestión criminal en perjuicio de los ciudadanos pertenecientes a las clases sociales más carenciadas y desfavorecidas, por estar basada en una criminología positivista y una política criminológica de defensa social.

Formulación de hipótesis

Asimismo, se planteó como hipótesis principal de la investigación que la configuración legal de la prisión preventiva en el Perú y Colombia, no traduce su carácter de medida excepcional y no cumple con el estándar internacional establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y se formularon como hipótesis secundarias las siguientes: 1) Las características del derecho penal de autor y del derecho penal del enemigo se revela en los presupuestos procesales exigibles para la prisión preventiva en el Perú y Colombia, referidos a que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y a la inferencia del peligro de fuga y de obstaculización de la verdad, en razón de los antecedentes personales del imputado; 2) La prisión preventiva en el Perú y Colombia es un instrumento penal simbólico y sin efectos preventivos general y especial; 3) La regulación legal de la prisión preventiva en el Perú y Colombia distorsiona el sistema procesal penal garantista y afecta los derechos fundamentales; y 4) La prisión preventiva en el Perú y Colombia, es selectiva, discriminadora y arbitraria en perjuicio de los ciudadanos pertenecientes a las clases sociales más carenciadas y desfavorecidas; y está basada en una criminología positivista y una política criminológica de defensa social.

En buena cuenta, nuestras hipótesis de trabajo se vinculan con lo que hemos convenido en denominar la “teoría del doble discurso”, concepto con el cual pretendemos hacer referencia a un conjunto de prácticas políticas y legislativas por medio de las cuales se maneja un discurso ambivalente y contradictorio en torno a la prisión preventiva: así, mientras se habla sobre el compromiso del Estado ante la comunidad internacional para racionalizar el uso de la detención preventiva, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a través de facultades delegadas, continúan expidiendo normas por medio de las cuales pretenden que la naturaleza y gravedad de la conducta desplegada se convierta en el único o en el principal criterio para la imposición de la detención preventiva.

Esta situación no obedece, como equivocadamente pudiera creerse, a un choque entre el Gobierno y el Poder Legislativo, puesto que la mayor parte de estas normas han surgido por iniciativa del Gobierno y han alcanzado su estatus de leyes gracias al apoyo irrestricto del Legislativo.

La promesa de endurecer las penas y aplicar la detención preventiva en forma generalizada se presenta como una medida que ofrece altos réditos electorales, motivo por el cual, tanto el Gobierno como el Poder Legislativo continúan promoviendo normas donde se busca que la conducta típica sirva como un criterio para aplicar medidas cautelares privativas de la libertad.

Dentro de este contexto la Corte Constitucional de Colombia juega también un papel bastante importante, debido a que en las múltiples ocasiones en que ha debido pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas expedida por el Poder Legislativo sobre la prisión preventiva, ha mostrado una postura laxa y tolerante, pues en lugar de declarar la *inexequibilidad* (inconstitucionalidad) de normas que atentan contra elementales derechos como la libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia, se ha decantado por proferir sentencias de *exequibilidad condicionada* por medio de las cuales permite que dichas normas continúen vigentes en el ordenamiento, pero condiciona su interpretación de conformidad con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Lo anterior ha dado lugar en nuestros países a una legislación caótica y contradictoria, que se presenta también como resultado de eso que hemos dado en llamar “doble discurso”. Legislación que en su tenor literal dice y ordena una cosa, pero que los jueces encargados deben interpretar y aplicar de otra en razón de criterios amplios como la razonabilidad, la necesidad o la proporcionalidad.

En último caso, la responsabilidad de aplicar la normatividad –caótica y contradictoria– sobre la detención preventiva recae en los jueces, quienes gozan de autonomía judicial para su aplicación. Dicha autonomía se vincula con la necesidad de aplicar la normatividad positiva anteponiéndole el filtro de los principios constitucionales y, entre ellos, el de proporcionalidad y necesidad. El juez aplica la normatividad positiva, pero en su aplicación debe considerar si la detención preventiva resulta proporcionada y necesaria en el caso concreto.

La autonomía judicial que, en lo esencial, puede ser vista como una garantía para el correcto funcionamiento del aparato punitivo del Estado, pierde también toda razón de ser cuando deviene aparente: “Como ya dijimos, indicios y evidencias de la realidad sugieren que en los

hechos la independencia judicial resulta afectada por el ejercicio de poderes tanto externos como internos, que tratan de influir en las resoluciones jurisdiccionales, incluidas las de prisión preventiva, que resultan favorecidas o potenciadas por deficiencias institucionales que las toleran” (Asociación por los Derechos Civiles – ADC *et. al.*, 2012, p. 24).

La ausencia de una normatividad clara y coherente viene a constituirse en un verdadero obstáculo para la autonomía judicial, pues cuando la Corte Constitucional de Colombia habla de la libertad de que gozan los jueces para interpretar y aplicar las normas sobre detención preventiva a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad, les asigna a estos la responsabilidad de realizar un ejercicio hermenéutico bastante sutil que puede fácilmente ser cuestionado y, en consecuencia, como mecanismo para evitarse mayores contratiempos, los jueces optan por aplicar las medidas privativas de la libertad en forma indiscriminada.

En el caso peruano la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional sobre la prisión preventiva como medida de coerción y los presupuestos que la justifican es copiosa. Al resolver las acciones de hábeas corpus relacionadas con esta medida ha reiterado la importancia del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Asimismo, por ejemplo, en la STC del expediente N° 01951-2010-PHC/TC, ha precisado que respecto a los presupuestos materiales exigidos por la legislación procesal penal para el dictado de la prisión preventiva estos deben concurrir de forma conjunta para que esté justificada la imposición de esta medida de coerción personal.

Por otro lado, en la STC del expediente N° 0791-2002-HC ha establecido que:

“En la medida en que la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se

aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad (...).”

También ha señalado en la STC expediente N°1091-2002-HC que:

“(…) Si bien la detención judicial preventiva [prisión preventiva] constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (...).”

En esta misma sentencia se deja claro que:

[...] Su aplicación [se refiere a la prisión preventiva] no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que solo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal. [...]. El principio de favor libertatis impone que la detención judicial [prisión preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional [...]. El carácter subsidiario de la medida impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad

locomotora del procesado [...]. La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegítima e inválida que se dicte o mantenga la medida cautelar [de prisión preventiva].”

Finalmente, cabe destacar la reciente STC expediente N° 04780-2017-PHC/TC, Caso Humala Tasso y Heredia Alarcón, mediante la cual precisa que:

- Toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiere de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para el adecuado desarrollo del proceso.
- Las declaraciones o conductas desarrolladas por un procesado, como no decir la verdad o entrar en contradicción, no pueden ser interpretadas como un peligro de obstaculizar las investigaciones, porque igual lo puede hacer estando en prisión. Además, no se aprecia ninguna necesidad apremiante en encarcelar a una persona por no declarar la verdad, por haber tenido conductas que no se acerquen a la verdad.
- La sola gravedad del delito o las expectativas de una pena alta no pueden justificar por sí solos el dictado de una prisión preventiva.
- Tampoco son suficientes los indicios de pertenencia a una organización criminal, pues esto violaría el derecho de presunción de inocencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional critica que se haya instalado en la sociedad una sospecha colectiva y de desconfianza en la autoridad que afecta diversos derechos fundamentales.

Justificación de la investigación

La investigación desarrollada se justificó por su importancia teórica, desde que contribuye a visualizar las contradicciones de una medida procesal extrema, como es la prisión preventiva, por cuya defectuosa regulación normativa se viene aplicando extensivamente, con la filosofía de un sistema procesal penal garantista, que está basado en los principios de los liberales que inspiran la Constitución Política de Perú y Colombia.

Asimismo, la importancia práctica de la investigación es patente por la utilidad social que comporta, por cuanto ayudará a que la sociedad civil conozca y comprenda los fundamentos de un enfoque científico idóneo para cuestionar el uso desmedido de la prisión preventiva, basado en la criminología contemporánea, a los efectos de exigir de los dirigentes nacionales la adopción de una política criminológica democrática, que revise la legitimidad del derecho y la forma más frecuente de castigar en sociedades desiguales. En ese sentido, el nivel de impacto de la investigación permite avizorar también una importancia a nivel regional.

Tenemos entonces que la investigación cobró importancia y se justificó en la medida en que permite dejar en evidencia de cómo una normatividad defectuosa que es promovida desde los entes institucionales del Estado, ha terminado por convertir la detención preventiva, que debiera ser una excepción, en una regla, pues se aplica en forma desproporcionada e indiscriminada.

Al dejar en evidencia el abuso de la prisión preventiva, se espera alentar la búsqueda de soluciones concretas que no solo son necesarias, sino que además son plausibles y lo único que exigen es la adhesión irrestricta de Colombia y Perú a los estándares internacionales sobre detención preventiva. Pues si bien en fechas recientes se ha presentado en Colombia algunos avances en materia de racionalización de la prisión preventiva (Ley 1760 de 2015, modificada por la Ley 1786 de 2016), lo cierto es que aún queda mucho por hacer, empezando por proteger lo avanzado, pues no son pocos los enemigos de estas reformas.

Por el lado peruano, el avance por racionalizar el uso de la prisión preventiva como medida de coerción personal ha provenido de la Corte Suprema de la República y el Tribunal Constitucional, mediante diversas resoluciones que pretender enfatizar en que el empleo de la prisión preventiva debe ser de ultima ratio, pues lamentablemente los órganos jurisdiccionales de primera instancia normalmente la dictan de manera frecuente, cuando su dictado debería ser excepcional. Por ejemplo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, mediante la Casación N° 626-2013 Moquegua de 27 de febrero de 2016, estableció diversos criterios para que se cumpla el carácter excepcional de la prisión preventiva, tales como el deber de motivación para aplicarla, y la determinación de que la inexistencia del arraigo y la gravedad del delito constituyen únicamente un elemento para la

determinación del peligro de fuga, y en consecuencia, no generan la aplicación automática de la prisión preventiva. Adicionalmente a esta sentencia, la Casación N° 631–2015 Arequipa de 21 de diciembre de 2015, contiene elementos positivos en la materia, al reiterar la excepcionalidad y la proporcionalidad de la prisión preventiva, considerar mayores elementos para acreditar el arraigo, y establecer que la sola condición de extranjero per se no configura el peligro de fuga.

Finalmente, cabe destacar el Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas de 2017. Respecto a Perú la CIDH manifiesta su preocupación por el incremento en la duración de la prisión preventiva, contemplada en el Decreto Legislativo N° 1307 de enero de 2017, que modifica el Código Procesal Penal “para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada”. En particular, con dicha modificación, el plazo límite de la prisión preventiva para los “procesos de criminalidad organizada”, se extiende a 36 meses la prisión preventiva, prorrogable hasta por 12 meses. La referida modificación se diferencia de lo estipulado anteriormente en el Código Procesal Penal, que únicamente establecía un plazo máximo de 18 meses en casos de “procesos complejos”, que podía ser prolongado por un plazo adicional de 18 meses.

Viabilidad de la investigación

La investigación desarrollada fue viable académicamente por la especialidad jurídica y la experiencia profesional de los investigadores de Perú y Colombia que participaron en este emprendimiento conjunto. Desde el punto de vista material fue factible porque se tuvo identificadas las fuentes de información y garantizado el acceso a ellas. Desde una perspectiva económica resultó igualmente posible por cuanto las respectivas universidades a las que pertenecen los equipos de investigación cubrieron los costos del trabajo científico.

Delimitación de la investigación

En cuanto a su delimitación espacial la investigación desarrollada analizó la regulación y aplicación de la prisión preventiva en Perú y Colombia. En cuanto a la delimitación temporal, la investigación se desarrolló teniendo como base la información de Perú correspondiente a

los años 2017 y 2018, y los antecedentes legislativos de 1940 y 1991. Respecto de Colombia, la delimitación temporal tuvo como punto de referencia el periodo comprendido entre el año 2004 hasta el año 2018. Sin embargo, ello no impidió hacer un recorrido histórico que mostrara cuál ha sido la evolución de la legislación y la jurisprudencia sobre la detención preventiva en Colombia. El recorrido histórico de la prisión preventiva en Colombia tuvo como coordenadas tres momentos definidos. En primer lugar, un periodo anterior a la Constitución de 1991. En segundo lugar, el momento que va desde la expedición de la Constitución Política de 1991, hasta la entrada en vigencia de la Ley 906/2004 y el tercer momento que se ubica desde la Ley 906/2004 hasta la actualidad.

Desde el punto de vista social la investigación se refirió a la medida de prisión preventiva que puede afectar a ciudadanos peruanos y colombianos; y en lo conceptual la investigación se realizó aplicando los conocimientos de derecho constitucional, derechos humanos, derecho penal, derecho procesal penal, criminología y política criminológica. La investigación consideró asimismo el complejo fenómeno del *populismo judicial o populismo punitivo*, a partir del cual es la misma sociedad, adecuadamente condicionada por la clase política, los denominados empresarios morales y los *mass media*, la que exige, en forma constante, la aplicación indiscriminada de la detención preventiva, sin considerar el impacto negativo que esto causa.

La investigación contiene también un fuerte componente teórico tomado del garantismo judicial, teoría sumamente útil para este estudio, pues parte de la idea, según la cual, resulta necesario buscar mecanismos de presión para conseguir que el Estado garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales, en este caso los derechos a la libertad, al debido proceso y a la presunción de inocencia.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Bases teóricas

1.1.1. Cabana, Roosevelt en su tesis “Abuso del mandato de prisión preventivo y su incidencia en el crecimiento de la población penal en el Perú” (2015) presentada ante la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez para optar el grado académico de Magister en Derecho, llega a las siguientes conclusiones:

Primera: La prisión preventiva constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos, y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse.

Segunda: El crecimiento acelerado de la población penal se da por muchos factores que se podrían manejar de mejor manera. El abuso del mandato de prisión preventiva, es decir, personas que, pese a que debería tener la presunción de inocencia, han sido enviadas a un penal a la espera de su juicio tiene mayor incidencia en la sobrepoblación carcelaria.

Tercera: En el Perú, el 51% de la población penitenciaria se encuentra recluida en prisión preventiva. Según los datos del propio INPE, de un promedio de 11 mil reos que salen de la cárcel por diversos motivos, unos 8 mil lo hacen porque se cambia su situación a comparecencia. La prisión preventiva se dio de forma apresurada, y se gastaron recursos del Estado, se contribuyó al hacinamiento y afectaron los derechos de la persona y de su familia.

Cuarta: En el análisis de casos en una localidad se tiene que existen en el Establecimiento Penal de Juliaca, un total de 924 personas privadas de la libertad. De ese total en condición de procesados o prisión preventiva son 393, en cambio, los sentenciados son 531, haciendo un total de 924 personas. Con respecto al número de procesados y condenados, el caso del Establecimiento penal materia de análisis es una excepción si se tiene que en los otros

establecimientos penales a nivel nacional, el número de procesados es mayor que al número de condenados.

Quinta: La población penitenciaria se ha duplicado y ya sobrepasan los 71 mil internos. Tenemos una sobrepoblación de 124% de reos. Ello significa que casi 40 mil internos no tienen cupo en las cárceles peruanas. Con estas cifras, el Perú es uno de los países con mayor hacinamiento de la región. En promedio, por cada lugar que existe en una cárcel para un preso entran 2.5 reos, pero, en penales como Jaén (Cajamarca), en el lugar de uno entran cinco. Según el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), solo de 2013 a 2014 la población penitenciaria creció 6%. Si dicho crecimiento fuera sostenido, se tendría un grave problema para albergar a los presos, pues se debería construir dos penales por año con una capacidad de 3,500 internos, similares al penal de Lurigancho o San Jorge.

1.1.2. Seminario, Jorge en sus tesis “La Prisión Preventiva su validez y eficacia en la Investigación Preparatoria frente al Principio de presunción de inocencia” (2015) presentada ante la Universidad Privada Antenor Orrego para optar el grado académico de Maestro en Derecho con Mención Derecho Penal, llega a las siguientes conclusiones:

Primera: A través del presente estudio hemos podido ver que la Prisión preventiva dentro del marco del nuevo sistema procesal penal, ha dejado de ser la regla para pasar a ser efectivamente la excepción, siendo positivo que el juzgador tome la decisión de prisión preventiva para un sujeto como último recurso para asegurar su presencia en juicio.

Segunda: En el presente estudio se ha podido observar que el derecho a la presunción de inocencia se encuentra protegido por los señores jueces, al establecerse que las decisiones de prisión preventiva tomadas en su gran mayoría concluyeron con sentencia condenatoria, lo que implica que sin dejar de lado las particularidades y circunstancias de cada caso, el juez ha tomado en cuenta con rigurosidad las causas que justifican el dictado de una prisión preventiva, ello es, suficiencia probatoria, como factor sine qua non y el peligro de fuga en todas sus factores, contrastada con una sentencia condenatoria al final del proceso lo que avala que dicha decisión fue tomada con el único fin de asegurar la presencia del imputado

en juicio oral. Enmarcado dentro una audiencia de prisión preventiva bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad.

Tercera: A través del presente estudio hemos podido observar que aún existe trabajo por realizar al encontrar que algunas decisiones de prisiones preventiva culminaron con sentencias absolutorias, siendo estos casos los menores, sin embargo, es necesario dotar a los magistrados de elementos auxiliares ajenos a los sujetos procesales, como los servicios de antelación a juicio que permitan eliminar este pequeño margen de errores al momento de decidir una prisión preventiva.

1.1.3. Franco, Nadia, en su tesis “Garantías Constitucionales y Presupuestos que repercuten en la Prisión Provisional. Análisis de las realidades del Preso sin condena en España y América Central” (2014) presentada ante la Universidad de Salamanca para obtener el grado de Doctorado en Derecho, llega a las siguientes conclusiones:

Primera: Se ha podido observar que la evolución de la figura de la prisión provisional ha estado condicionada por el contexto político, económico, cultural y social de cada época y de cada ordenamiento; lo que nos lleva a concluir que no hay un desarrollo homogéneo de su conceptualización y, en consecuencia, de su aplicabilidad, ni desde el punto de vista doctrinal como tampoco del regional.

Segunda: La prisión provisional es una medida cautelar que priva de libertad corporal al presunto autor de un delito con la finalidad de asegurar que la investigación va a estar libre de obstáculos, que él comparecerá durante todo el proceso ante el Juez y que, en el caso de dictarse sentencia condenatoria, ésta será cumplida.

Tercera: La naturaleza de la prisión provisional es de carácter cautelar y excepcional que deberá ser acordada por la autoridad judicial y en virtud de la cual se priva de libertad al imputado por un delito, por lo tanto, sin haber sido condenado previamente.

Cuarta: La revisión de la literatura jurídica especializada en el tema de la prisión provisional nos lleva a encontrar que pareciera existir un consenso doctrinal sobre la existencia de la prisión provisional como un "mal necesario", lo que nos lleva a coincidir en que la misma aceptación de que se trata de un mal necesario corresponde a reconocer que el uso de esta figura no es lo correcto y que se requiere seguir apoyando y prohijando todos aquellos proyectos de investigación que pongan de manifiesto o al descubierto que el uso indiscriminado de la prisión provisional no es la respuesta legislativa y mucho menos procesal penal adecuada para afrontar el innegable aumento exponencial de males como el crimen organizado, el tráfico de drogas y otros delitos que producen alarma social.

Quinta: La prisión provisional puede ser comunicada, incomunicada o atenuada. La prisión comunicada se caracteriza por permitirle al preso que se comunique y que reciba visitas. La prisión incomunicada pretende garantizar el resultado de la investigación, impidiendo la confabulación del sometido a la medida cautelar con otras personas, así como la hipotética ocultación o la destrucción de pruebas. La prisión atenuada es una modalidad orientada a regular aquellas situaciones en las que, por motivo de salud, conviene someter al preso preventivo a un tratamiento distinto del general. En todo caso, cualquiera de estas modalidades debe respetar las garantías imprescindibles en todo proceso.

Sexta: El principio de legalidad, en tanto que una de las garantías constitucionales, no sólo vincula al legislador, sino también el juzgador quien está sujeto a este principio en su labor de interpretación de normas y sólo podrá aplicar la prisión provisional en los supuestos previstos en la Ley.

Séptima: Además de la prisión provisional, deberían existir otras medidas menos perjudiciales para el imputado, porque se le priva de un derecho fundamental que es el derecho a la libertad, cuando todavía no ha sido condenado, y por tanto, sigue siendo todavía inocente.

Octavo: La prisión preventiva puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, porque en muchas ocasiones se adopta la medida teniendo como fundamento la presunción de

culpabilidad. Por ello proscribimos tales conductas y abogamos por una regulación real de la prisión provisional partiendo de la presunción de inocencia en todo caso.

Novena: El principio de proporcionalidad constituye un principio básico para establecer la individualización de la pena, y en el caso de la prisión provisional, al aplicarlo, se deberá tomar en cuenta la gravedad del hecho ilícito, las circunstancias del hecho y la culpabilidad del agente.

Decima: Existe un no despreciable número de investigadores, catedráticos universitarios y juristas que acompañan nuestra tesis referida al hecho de que siendo la prisión provisional la más perversa de las medidas cautelares, debería acudirse a la misma en condiciones excepcionalísimas, siempre y cuando se compruebe ampliamente que se configuran en el imputado el peligro de fuga (*periculum in mora*) y el de apariencia de título de buen derecho (*fumus bonis iuris*), lo que hemos analizado en profundidad, pretendiendo aportar ideas que no contradigan de ninguna forma tanto uno como otro presupuesto.

Décima Primera: Se ha podido apreciar en una buena parte de los países estudiados que una variable que ha llevado de la mano a los legisladores a incluir la alarma social como un presupuesto para dictar la prisión provisional está relacionada con el innegable hecho del incremento de ciertos delitos. Aun así, la alarma social que se produce, como consecuencia de la comisión de un delito, no debe, bajo ninguna circunstancia constituirse, por sí sola, en una justificación o presupuesto válido para la adopción de la prisión provisional. De ser así, se estaría incursionando en el terreno de las penas anticipadas al atribuirse a la prisión provisional fines propios de la pena, y en consecuencia viciando el ordenamiento jurídico de los derechos humanos y las garantías constitucionales.

Décima Segunda: El detenido estudio del desarrollo de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España pone de manifiesto que existe, en nuestro concepto, un vacío legal respecto al preso preventivo que, por las razones que fueren, su causa se ha dilatado y se ha excedido del plazo razonable. Lo que expresa el artículo 504.6 de la referida Ley son sólo declaraciones llenas de vaguedades como aquella de "imprimir celeridad". Lo mismo sucede con el artículo 528 LECrim que señala que se debe "dilatarse lo menos posible".

Bien sabemos que los términos que no se expresan en números concretos dejan muy amplio margen a interpretaciones y aplicaciones llenas de subjetividades.

Décima Tercera: En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desarrolla, con gran prominencia, contradictoriamente a lo expresado en los artículos 17.1, 9.2 y 1.1 de la Constitución Española, la prisión preventiva, como si ésta fuese la regla y no la excepción, en tanto que medida cautelar, llegándose al punto de desarrollar la misma con antelación a la libertad provisional dando a entender que esta última fuese la excepción y no todo lo contrario.

Décima Cuarta: Siendo la libertad personal una garantía individual de rango constitucional, en todos los países estudiados, no tiene ninguna justificación imponer restricciones innecesarias a ésta antes de una condena cuando a quien se le impone se encuentra amparado por otra garantía constitucional que es la presunción de inocencia. Sin embargo, existen fuertes contradicciones entre los principios filosóficos que inspiraron nuestras constituciones, las normas procesales penales y más aún con la práctica de éstas, porque si la libertad provisional tiene los mismos presupuestos de la prisión provisional tal y como se encontró en varios países, no tiene lógica alguna que la primera sea vista como una medida cautelar alternativa a la prisión provisional. El orden debe ser siempre otorgar la libertad provisional y, muy excepcionalmente, si es extremadamente necesario, la prisión provisional. Se encontró, por el contrario, que en la mayoría de los países estudiados la tendencia ha sido la aplicación a la inversa: primero se considera la prisión provisional y sucesivamente se estudia como alternativa a ésta el otorgamiento de la libertad provisional del acusado. Las normas constitucionales españolas y centroamericanas invocan, en su gran mayoría, el respeto al inalienable derecho a la libertad lo que debe conducir a que en el proceso penal se evite a toda costa las medidas que priven al individuo de este sagrado y legítimo derecho.

Décima Quinta: Hemos apreciado una marcada inconsistencia en el desarrollo de varios de los códigos procesales penales de Centroamérica así como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España en tanto que no se expresa en ellos que la libertad provisional debe ser la norma y no lo "excepción" porque en todos se menciona la misma como "medida alternativa" a la prisión provisional. Se observó que en España la LECrim desarrolla la

libertad provisional dentro del contexto del articulado referido a la prisión provisional en lugar de haberle dado a la libertad provisional un desarrollo independiente e incluso previo a aquel de la prisión provisional.

Décima Sexta: El tiempo de duración de un imputado en situación de prisión provisional está estrechamente vinculado a la agilidad de los procesos penales. Se aprecia un intento, en algunos casos infructuosos, de las reformas procesales de América Central, por apearse a las corrientes modernas que buscan que la prisión preventiva dure lo menos posible y cuando las necesidades y urgencias del procedimiento lo exigen. Asimismo, se tiene que, en algunos países, como Costa Rica, la Sala Constitucional de este país ha sido clara al expresar que la justicia debe ser pronta y que la duración excesiva es una violación al derecho a este mismo principio, pero al mismo tiempo se ha pronunciado en el sentido de que los plazos razonables serán establecidos, según cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y las autoridades, las consecuencias para las partes de la demora y las pautas y márgenes ordinarios del tipo del proceso que se trata. De lo anterior se apreció que aún ese país que tiene un margen relativamente bajo, comparativamente con otros, de presos preventivos (22%), aun así puede darse el caso de que los mismos se mantengan en estado de prisión provisional hasta su condena. Asimismo, se observó que el análisis de la legislación de El Salvador podría permitir que en aquellos casos de delitos que tienen prevista pena de dos (2) años el imputado pueda permanecer en estado de detención preventiva hasta el límite de la pena, lo que representaría una condena anticipada. En el caso de Guatemala hay un vacío legal sobre el tiempo que puede permanecer el preso provisional en esa situación e, incluso, el análisis de la normativa permite inferir que la prisión provisional puede durar también en ese país hasta la sentencia. En Honduras la situación es aún más grave en cuanto a la duración de la prisión preventiva en tanto que se establece en su Código Procesal Penal que la misma puede durar hasta que la sentencia esté firme. Por su parte Nicaragua ha intentado en su nuevo Código Procesal Penal delimitar los plazos de la prisión provisional con poco éxito, en tanto que la redacción está plagada de imprecisiones. Las normas de Panamá sobre el plazo de la prisión preventiva son claras en que ésta no se puede extender hasta la condena pero varios juristas opinan que en la práctica se ven constantemente

situaciones donde el preso preventivo se mantiene en esa situación hasta el momento de su condena o absolución.

Décima Séptima: Aunque los límites penales generales que permiten la libertad provisional son doctrinalmente aquellos que se demarcan fueran de los presupuestos de peligro de fuga o peligro de obstaculización, tenemos que en los diferentes países estudiados el margen de acción para dictar libertad provisoria es más estrecho en unos más que en otros. Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, para poder acceder a la libertad provisoria, además de los dos presupuestos señalados se tendría que garantizar que el imputado no continuará en la actividad delictiva. En El Salvador, la situación es aún más crítica en tanto que en el Código Procesal del mismo no se contempla la libertad provisional como medida cautelar, la cual para configurarla se tiene acceder por vía de intrincados caminos como, cuando se aplica la prohibición al imputado de salir del país. En esta circunstancia, se podría asumir que el imputado está en libertad provisoria. En Guatemala se ha previsto con claridad que la libertad provisoria se puede mantener (con diferentes variantes) cuando no hay peligro de fuga ni peligro de obstaculización. Sin embargo, en Honduras para acceder a la libertad provisoria se tiene que garantizar no sólo que no hay peligro de fuga y peligro de obstaculización sino dos "circunstancias" adicionales que son: reincidencia y que no haya represalia del imputado contra el denunciante. En Nicaragua siempre se prevé como primera medida a aplicar la libertad provisoria y sólo se acude a la prisión provisional, tal y como lo establece su Código Procesal Penal: como última medida.

Décima Octava: En las legislaciones de los países del istmo centroamericano estudiados existen diferentes modalidades jurídicas que podrían viabilizar la libertad provisoria antes de la sentencia de primera instancia que se sintetizan en: la revisión que mensualmente debe hacer el juez, en algunos países, sobre la necesidad de mantener o sustituir las medidas cautelares; el imputado puede formular solicitud de revocación o la sustitución de la medida de privación preventiva de su libertad cuando hayan cambiado las circunstancias que motivaron su adopción. Algunas legislaciones establecen plazos bien precisos para que se pronuncie veredicto o sentencia que de no cumplirse dan lugar a que se provea libertad provisional. También se contempla, en otros, que se deben presentar ante el juez elementos

de prueba que establezcan indicios suficientes para llevar a juicio al acusado porque si, a criterio del juez, los presentados no reúnen esos requisitos, se dará lugar a que se suspenda la audiencia y se otorgue un plazo perentorio para que sean aportados nuevos elementos, que de no ser así también darán lugar al juez a dictar libertad provisoria. Asimismo, queda muy claro, en algunos códigos procesales, que si el juez o tribunal no sustenta su decisión en función de las finalidades constitucionalmente admisibles en cada país, amén de las señaladas por la doctrina internacionalmente reconocida, también se contempla, en algunas legislaciones la revisión de la medida y el otorgamiento de la libertad provisoria. También se ha contemplado en algunos códigos procesales penales estudiados la aplicación del criterio de oportunidad por los agentes del Ministerio Público que permite suspender o prescindir total o parcialmente el ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, dando lugar a que el imputado permanezca durante el proceso en libertad provisoria. Asimismo, se tiene que cuando se ha solicitado la revisión o recurso contra una decisión que decreta la detención preventiva y el juez o el tribunal no resuelve dentro de los plazos establecidos, el imputado puede requerir la decisión y si no la obtiene dentro del plazo establecido en el código procesal penal se "entiende que se ha concedido la libertad de pleno derecho", como es el caso de Panamá.

Décima Novena: En lo que respecta a la fijación de los plazos se ha observado que en más de una ocasión y, en particular en los casos de Guatemala, y en algunas situaciones de Nicaragua, estos se fijan utilizando términos que llevan a interpretaciones contradictorias. Mientras que en algunas expresiones del Código Procesal Penal de Guatemala todo pareciera indicar que la intención es que la prisión provisional no se extienda más allá de un (1) año, en otros apartes del mismo código se expresa que se espera que la misma "no exceda la condena que se espera". Las contradicciones tienden a exacerbarse cuando, en el Código Procesal Penal de este país, se establece en su artículo 268.3 que la prisión provisional podría durar hasta tres meses más si se ha dictado sentencia condenatoria que está pendiente de recurso. Como se dijo, en el contenido de la tesis, cuando se examinaron los plazos de la prisión provisional en Guatemala se expresó nuestra preocupación en cuanto a que no tenía mucho caso intentar fijar términos o plazos de duración de la prisión provisional en este país cuando los mismos parecen esfumarse en atención a lo que expresa el último párrafo del

artículo 268 CPP de Guatemala cuando determina que: "La Corte Suprema de Justicia, de oficio, o a pedido del tribunal o del Ministerio Público, podrá autorizar que los plazos anteriores se prorroguen cuantas veces sea necesario, fijando el tiempo concreto de las prórrogas". En atención a esta expresión, se señaló, que lo establecido en este último párrafo desdibuja los plazos que se intentan establecer en los numerales 2) y 3) del aludido artículo, porque al poderse establecer cuantas prórrogas sea necesario se puede mantener al imputado en prisión provisional casi "at infinitum". Se detectaron también plazos con parámetros de vaguedad en Nicaragua, porque utilizar, para fijarlos conceptos tales como: "tan pronto", "con urgencia", "enseguida", "pronta", no tienen el mismo nivel de precisión que si se establecen horas o días. Insistimos que son conceptos que se prestan a subjetividades, tal y como fue señalado en la parte de la tesis correspondiente a los plazos en Nicaragua. Asimismo, tenemos que en Nicaragua también quedan vacíos legales en ciertos plazos del proceso procesal penal cuando se emplean, para delimitarlos, con frases como "un plazo razonable, en criterio del juez" dejando abierta con la misma amplios márgenes de subjetividad para la determinación de plazos.

Vigésima: Las diferentes reformas a los sistemas procesales penales llevadas adelante en la región latinoamericana, a partir de la década del noventa, tenían como elemento articulador la revisión del uso del instituto de la prisión preventiva y parecía haber un consenso entre juristas y sociedad civil sobre la necesidad de modificar el mismo para evitar atentar contra los Derechos Humanos de los imputados. Es por este motivo que se observó que en mayor o en menor medida se incorpora en los códigos reformados de Centroamérica otras medidas cautelares como alternativas a la prisión preventiva. Incluso se notaron avances sustanciales en algunos al colocar a la prisión preventiva en el último lugar de las medidas cautelares cuando fueron enunciadas con algún orden lógico o conservando visos de una verdadera "lógica cautelar". Debemos acordar que se hizo un esfuerzo cognitivo, legislativo y concordante con los principios de presunción de inocencia, libertad, igualdad, legalidad, oportunidad, que preconizan los convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos a los cuales está adscrita no sólo España sino todos los países del istmo Centroamericano y que se intentó, por los legisladores, garantizar, en los diferentes códigos revisados, el respeto a las garantías constitucionales. Dentro de la llamada lógica cautelar se

trató, en mayor o en menor grado, que los dos presupuestos para decretar la prisión provisional fueran: el peligro de fuga y el peligro para la investigación, aunque, como bien se analizó en cada uno de los códigos procesales penales de Centroamérica estudiados, no se recoge en todos sólo estos dos presupuestos. En diferentes países se han incorporado, en sus códigos procesales, otros presupuestos como: peligro para la sociedad, peligro para la víctima, reincidencia y alarma pública. A más de 15 años de las reformas de los códigos procesales penales de América Latina nos encontramos con una contrarreforma o un movimiento a la inversa que aquella expresada en algunos códigos procesales penales, en lo que respecta a la regulación y aplicación de la prisión preventiva, con visos que presentan un renacimiento de lo que originalmente estos códigos pretendían evitar. De allí surgen decretos y leyes especiales que han ido endureciendo y facilitando, en la actualidad la procedencia de esta medida hasta alcanzar, como se observó en la mayoría de los países, un largo listado de delitos inexcusables, lográndose con ello un uso más agresivo de la prisión preventiva.

Vigésima Primera: El encarcelamiento siempre va a ser el mismo porque se van a recrear en él los mismos quebrantos, los mismos sufrimientos, el mismo alejamiento, el mismo desgarramiento familiar, los mismos traumas físicos y psicológicos, la misma precariedad económica, la misma desvalorización social, no importa si se trata de un encarcelamiento punitivo o de uno preventivo, de allí que, invariablemente, la prisión preventiva es un instituto que contraviene los más elementales principios sobre los que se centra todo el entramado de los derechos humanos. Es preocupante que los hallazgos de esta tesis nos conduzcan a la observaciones de las situaciones en algunos países centroamericanos como El Salvador donde el 26.7% de la población carcelaria se encuentra en estado de prisión provisional, según cifras reveladas por el Centre for Prison Studies (ICPS) de la Universidad de Essex el cual dispone de cifras estadísticas al 27 de agosto de 2012. Lo anteriormente expresado conduce a concluir que un poco más de una cuarta parte de la población penitenciaria corresponde a presos sin condena lo que implica que aún persiste la situación encontrada en el 2002 por el Proyecto de Seguimiento de las Reformas Procesales en América Latina, en el caso de El Salvador. Sin embargo, en Guatemala la situación es algo más alentadora en tanto que las investigaciones realizadas permiten observar que la tasa de prisión preventiva ha comenzado a reducir en relación directa con el decrecimiento de las

detenciones policiales así como la incorporación en el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala de las medidas sustitutivas de la prisión provisional. Las cifras estadísticas del último año, relativas a la población penitenciaria, también revelan la disminución de la prisión preventiva en Honduras y que este descenso podría obedecer al hecho de que existe, en el nuevo Código Procesal Penal de Honduras una variedad de herramientas normativas de las que disponen los jueces, luego de la reforma judicial, que ha incorporado un variado número de medidas de coerción, siendo la prisión preventiva sólo una más. Sin embargo el porcentaje de presos sin condena en Honduras sigue siendo preocupante porque se coloca alrededor de un 50% en el año 2011. En Nicaragua se apreció, a partir del análisis de diversos informes estadísticos suministrados por diversos organismos internacionales, que los presos sin condenan abarrotan aún las cárceles de Nicaragua y que los imputados claman por una oportuna y ágil tramitación a la cual tienen derecho en virtud no sólo de lo que establece la Constitución Política de Nicaragua sino el Código Procesal Penal de este país así como los convenios y pactos internacionales sobre derechos humanos de los cuales Nicaragua es signataria. Habiendo iniciado muy tímidamente la implementación del nuevo Código Procesal de Panamá es incuestionable el hecho de que el 68% de los privados de libertad en las cárceles de Panamá, que representaban en el año 2011 un total de 9,077 personas estaban en espera de juicio, o en otras palabras se trata de presos sin condena. Esta cifra se redujo un tanto en el año 2012 donde se encontró que el 65.3% de la población penitenciaria son presos sin condena.

Vigésima Segunda: Un elemento que tiene una fuerte implicación sobre la magnitud de la sobrepoblación penitenciaria en la región centroamericana y la repercusión de ésta en la prisión provisional es el hecho de que tenemos que entre los primeros trece países del mundo con los más elevados índices de homicidios se encuentran los seis países de América Central objeto del estudio de derecho comparado con España. Como se observa, ninguno ha escapado a esta situación por cuanto comparten este elemento en común. Entre los años 1992 a 2008 se duplicaron las tasas de encierro en Costa Rica, Panamá y El Salvador, encontrándose este último país muy cercano a triplicarla. Los dos países con mayor sobrepoblación penitenciaria, vista a partir del indicador de la densidad por cada cien plazas para el año 2007 son: en primer lugar, El Salvador con una densidad de 162, seguida de Panamá con 161. Por su parte, España

país que se estudia conjuntamente con Centroamérica en esta tesis doctoral tuvo, en el período (1995-2005), un incremento de su población presa de 52.5%, siendo el cuarto país de los veintidós (22) de Europa Occidental en crecimiento de su población penitenciaria. Tal y como fue comentado en el texto de la tesis este es un fenómeno que ha comenzado a adquirir características mundiales. Lo anterior nos lleva a comprobar que el fenómeno del incremento del crecimiento de la delincuencia y la consecuente alarma social que esta provoca, trayendo como consecuencia el endurecimiento no sólo de las penas sino de la población penitenciaria, no es exclusivo de los países pobres en vías de desarrollo sino que es global. Las reflexiones anteriores nos llevan a confirmar que la situación del delito es producto, en gran medida del fenómeno de la globalización que conduce a que los criminólogos y científicos sociales busquen respuestas que no conlleven penas privativas de libertad, porque un número importante de los privados de libertad forman parte de las capas más desposeídas de la población y cuyo empobrecimiento se ha venido agudizando precisamente como resultado de las prácticas descarnadas del capitalismo salvaje.

Vigésima Tercera: El Salvador tiene la más alta tasa de sobrepoblación en prisión, por 100,000 habitantes, de toda Centroamérica, llegando a ser en el año 2010 de 391. A fines de agosto de 2012 llegó a alcanzar la tasa de 425 presos por cada 100,000 habitantes. El país que le sigue más cerca es Panamá con una tasa de 349. Valga decir que España, país que también participa en este estudio de derecho comparado, tiene una tasa de población presa de 159 y sólo a manera de referencia consideramos importante destacar que la más elevada del mundo es la de Estados Unidos con 743. En el marco de la Primera Conferencia Internacional sobre Estadísticas de Gobierno, Seguridad Pública, Victimización y Justicia se definió la sobrepoblación penitenciaria, llegándose a establecer que la misma corresponde al "Exceso de personas privadas de libertad sobre la capacidad de alojamiento oficialmente prevista, midiéndose dicha sobrepoblación por medio de la densidad carcelaria por cien plazas". Por otro lado se estableció que se considera una sobrepoblación crítica la densidad igual o superior a 120%. Según los datos estadísticos del International Centre for Prison Studies, aportados en el desarrollo de nuestro trabajo de investigación, la mayor parte de los países la sobrepasan con creces. Esta situación debe cambiar.

1.1.4. Belmares, Antonia en su tesis “Análisis de la Prisión Preventiva” (2003) presentada ante la Universidad Autónoma de Nuevo León, para optar el grado académico de Maestría en Ciencias Penales, llego a las siguientes conclusiones:

Primera: La prisión preventiva formalmente no es una pena, pero materialmente sí lo es por el menoscabo a su libertad personal y todo lo que está inmerso en dicha situación, como pérdida de trabajo, de dinero, de familiares, amigos; además en la realidad comparte su espacio en la cárcel con los sentenciados y ejecutoriados, lo que es violatorio al principio de presunción de inocencia.

Segunda: La Constitución no establece restricciones al uso de la prisión preventiva, ocupándose de ella sólo para autorizarla si se trata de delitos que merezcan pena corporal y ordenar que en los establecimientos penitenciarios deben estar separados los reos procesados de los sentenciados, sucediendo lo mismo en la legislación secundaria, lo que hace que la prisión preventiva sea la regla y no la excepción.

Tercera: En el código federal de procedimientos penales está prevista la figura de la libertad provisional bajo protesta y el pago de la libertad bajo caución en parcialidades, lo que no se contempla en el Estado de Nuevo León.

Cuarta: La privación de la libertad del procesado, reconocida por la doctrina como una medida cautelar, se justifica para asegurar la presencia del acusado en el desarrollo del proceso, pero en la realidad el reo difícilmente se entera de lo que sucede en este, el juez muchas veces ni siquiera lo conoce y por el mismo encarcelamiento está prácticamente imposibilitado para defenderse.

Quinta: Aun cuando al final del proceso, el reo resulte responsable del delito, la permanencia en prisión preventiva es tiempo perdido porque por su situación de procesado no es sujeto de tratamiento para su readaptación, pues el Reglamento de los Centros Penitenciarios y Preventivos de Nuevo León señala que la prisión preventiva es solo para la custodia de los

procesados y ordena que no debe obligarse a los procesados a trabajar ni a estudiar por tener en su favor el principio de presunción de inocencia.

Sexta: Otro problema es la duración de la prisión preventiva, en la Constitución se señala el tiempo de la duración del proceso, lo que no siempre se cumple.

Séptima: El uso indiscriminado de la prisión preventiva y la larga duración de los procesos, provoca que haya hacinamiento en las cárceles, lo que sucede específicamente en el Estado de Nuevo al igual que en resto del país. Situación que a su vez provoca que no haya una efectiva readaptación social que es la finalidad de las penas como lo establece la misma Constitución en su artículo 18.

Octava: A pesar de los efectos del encarcelamiento, nocivos tanto para la persona, como para su familia, no se contemplan en el código penal mecanismos para obtener una indemnización por el daño sufrido en el caso de dictarse sentencia absolutoria, lo que sí se previó en el código penal de 1871.

Novena: La disminución en el uso de la prisión preventiva, constituye un clamor general por parte de los especialistas en el tema; son más las voces que se alzan en contra de esta medida que las que la apoyan.

Décima: En países de Latinoamérica como Chile, Paraguay, Venezuela, Costa Rica, Argentina, Ecuador, Panamá, preocupados por la situación de los reos procesados protegen a nivel constitucional la libertad de las personas y ordenan que la prisión preventiva se aplique solo en casos excepcionales, y por ejemplo en Chile, la legislación procesal exige para ordenar esta medida que existan antecedentes calificados que permitan considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las diligencias, o bien que la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Décima Primera: En otros países también se reglamenta la duración de este tipo de prisión, que va desde los seis meses en Ecuador hasta los tres años en Argentina.

Décima Segunda: Países como España, República Portuguesa, Ecuador, Paraguay, y Chile, contemplan en sus Constituciones la obligación del Estado de indemnizar en caso de haber sufrido prisión preventiva injusta.

Décima Tercera: Costa Rica, Bolivia, Uruguay, Buenos Aires, Venezuela, Paraguay, tienen contemplado en sus legislaciones, alternativas al uso de la prisión preventiva, tales como arresto domiciliario, prohibición de acudir a determinado lugar, sistema electrónico o computarizado que permita controlar los límites impuestos a la libertad locomotiva, la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal.

Décima Cuarta: De igual manera instrumentos internacionales se ocupan del tema: La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles establecen que la prisión preventiva solo debe aplicarse de manera excepcional, que la persona tiene el derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad, y en caso de error judicial, deberá ser indemnizada.

Décima Quinta: Con apoyo en lo antes mencionado y en los resultados de la presente investigación, se confirma la solución que se presentó en forma hipotética en el inicio de este trabajo, pues la opinión es de que la prisión preventiva debe aplicarse solo en delitos graves, debiéndose regular debidamente su duración y establecer mecanismos de indemnización para el caso de haber sufrido en forma injusta la aplicación de esta medida.

1.1.5. Garzón, Elba en su tesis “La Prisión Preventiva: Medida Cautelar o Pre – pena” (2007-2008), presentada ante la Universidad Andina Simón Bolívar, para obtener el grado académico de Maestría en Derecho Procesal, llegó a las siguientes conclusiones:

Primera: Los principios, especialmente el principio o estado de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad e inmediación, que son eminentemente constitucionales, y a la luz de los tratados internacionales, deben ser observados y aplicados, en todos los aspectos de la prisión preventiva.

Segunda: El principio de inocencia, como el derecho a un juicio previo, son límites normativos preestablecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que garantizan el estado de libertad del imputado durante el proceso penal.

Tercera: La prisión preventiva, es una institución eminentemente procesal, que constituye la décimo tercera medida cautelar de carácter personal. Asignar otros fines a la prisión preventiva significa dislocar nuestro sistema penal y convertir a esta medida cautelar en una práctica punitiva y de control social.

Cuarta: La prisión preventiva se constituye en una medida excepcional, a la que hay que acudir como último recurso, de acuerdo con la norma que la regula y la doctrina jurisprudencial.

Quinta: Con las reformas al Código de Procedimiento penal, se han establecido dos presupuestos adicionales a los requisitos establecidos en el Art. 167, en los cuales se debe justificar, la insuficiencia de las doce medidas cautelares personales y las tres medidas de orden real.

Sexta: La prisión preventiva tiene presupuesto material y subjetivo, cuya proyección y objetivo es garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso y la eventual realización de la etapa procesal del juicio, en el que se asegura un cumplimiento de la pena. Este es un principio normativo limitador del exagerado y desmesurado uso de la prisión preventiva durante el proceso penal ecuatoriano.

Séptima: A través de las audiencias, sea de control de flagrancia o de formulación de cargos en los delitos no flagrantes, se cumplen con los principios de celeridad, oralidad, contradicción e inmediación, y permite que el juez decida motivadamente a través de las exposiciones de las partes, su resolución en ese momento, respecto de las medidas cautelares personales o reales.

1.1.6. Arce, Rosario en sus tesis “La Prisión Preventiva y su Relación con los Derechos Humanos en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio” (2017), presentado ante la Universidad Autónoma de Baja California sur, para optar el grado académico de Maestro en Derecho, llevo a las siguientes conclusiones:

Primera: De acuerdo con las razones expuestas en este trabajo, estimo que los estándares constitucionales para la imposición de la prisión preventiva resultan compatibles con lo dispuesto en los instrumentos internacionales de los que México es parte, así como sus respectivas interpretaciones. En efecto, en primer lugar, para la aplicación de la prisión preventiva al inicio del procedimiento, constitucionalmente se reserva para casos considerados graves, cumpliendo con el principio de proporcionalidad. Asimismo, en lo relativo a su prolongación, dicho estándar puede complementarse válidamente con los internacionales, a fin de que el juzgador siempre esté en aptitud de evaluar la pertinencia de la medida.

Segunda: Ahora, lo anterior no debe ser una razón para pasar por alto que, al menos en el sistema vigente con anterioridad a las reformas constitucionales de 2008, el legislador secundario pudo haber incurrido en excesos al definir qué delitos podían considerarse como graves. Ello ha implicado un aumento claramente desmedido en el uso de la prisión preventiva, situación que debe resultar preocupante por las implicaciones que tiene para una persona su confinamiento en prisiones que, como es del conocimiento público, suelen tener condiciones de vida inadecuadas.

Tercera: Sin embargo, es necesario estar conscientes que si la facultad para determinar la gravedad de los delitos se ha utilizado en forma incorrecta o irrazonable, o incluso si las circunstancias del caso lo ameritan, el juzgador siempre podrá inaplicar el numeral en cuestión, a fin de reservar esta medida cautelar a los delitos que verdaderamente provoquen un trastorno social relevante.

Cuarta: Así también el principio de Inocencia es una garantía fundamental que impide que se trate como culpable a quien se le imputa un hecho punible, hasta que se dicte sentencia

firme que rompa su estado de inocencia y le proponga una pena. La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también de seguridad que aplica la no injerencia por parte del Estado a nuestra esfera de libertad de manera arbitraria.

Quinta: Por lo que se hace esa importante propuesta al Estado en individualizar aquellas personas que han sufrido a través de la privación de su libertad, y al final, ya sea a través de un sobreseimiento o por medio del tribunal de enjuiciamiento una sentencia absolutoria, y es pues esa propuesta hecha en el presente trabajo elevar a dichos sujetos a categoría de víctimas, para estar en calidad de obligar al Estado a cubrir o resarcir dichos daños ocasionados, por ser privados de su libertad, que es uno de los derechos fundamentales del hombre.

Sexta: La prisión preventiva se aplica de manera excepcional y es estrictamente necesaria a los fines del proceso, quedando proscrita toda finalidad preventiva de la pena. Su aplicación es subsidiaria, pues tenemos la posibilidad de utilizar medidas menos gravosas y alternativas como la caución, la detención domiciliaria.

Sétima: La prisión preventiva en tanto privación de libertad, de carácter excepcional, debe ser adoptada mediante resolución judicial motivada.

Octava: La prisión preventiva es una institución jurídica de difícil distinción práctica respecto de la pena de prisión ya que constituye una auténtica privación del derecho a la libertad y es de carácter punitivo y no resocializador como se pretende, puesto que no existe certeza jurídica alguna de la culpabilidad o inocencia. Constituye, pues, una ejecución anticipada de la pena que carece de fundamento y es atentatoria del principio de inocencia, según el cual nadie es culpable hasta que esto sea declarado en sentencia condenatoria.

Novena: La prisión preventiva es violatoria de los elementales derechos humanos a la libertad de movimientos, a la salud, al trabajo, a la libertad personal y violatoria de los derechos humanos políticos que se ven mermados los primeros y eliminados estos últimos debido a

una situación de encierro que carece de fundamento científico y a la que la ley le da mayor importancia que a la misma violación de estos derechos.

Décima: La prisión preventiva es una institución clasista que al final de cuentas está destinada y sufrida en la inmensa mayoría de los casos por hombres pobres cuya situación económica los priva de la oportunidad de obtener una libertad provisional caucional y de hacer uso correcto de su derecho de defensa por no tener a su alcance los servicios de abogados particulares, quedando en manos de defensores de oficio que no ponen el interés requerido debido a la conocida sobrecarga de trabajo de estas instituciones

Décima Primera: El código nacional de procedimientos penales, e incluso la propia constitución mexicana, transgreden abiertamente los estándares de derechos humanos en materia de prisión preventiva. ¿Por qué? ¿Por qué el estado mexicano, pese a todos los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha firmado y pese a su sometimiento al sistema interamericano, conscientemente aprueba una nueva norma que viola estos estándares? Por qué en México no confiamos en nuestro sistema de justicia. Porque todavía tenemos la creencia de que la prisión preventiva es la única manera de que una persona sujeta a proceso penal no se fugue o que si pague.

Décima Segunda: También, ante los reclamos de paz social y de seguridad pública, las autoridades prefieren dar una respuesta mediática y efectiva: cárcel inmediata para cualquier sospechoso. Y sin duda, porque la prisión preventiva sigue siendo una salida más simple, más rápida y en teoría menos costosa, que mejorar integralmente nuestro sistema de justicia penal.

Décima Tercera: Sin embargo, si se legitima esa lesión a los derechos de los ciudadanos, si se permite el uso no excepcional de la prisión preventiva y se descarta el derecho que tiene todo ser humano a la libertad y a la presunción de inocencia, en el fondo se renuncia a tener un sistema de justicia penal medianamente aceptable, decoroso, digno y con ello, a vivir en un estado de Derecho y en una sociedad que pueda llamarse democrática

Décima Cuarta: En todo caso, la nueva redacción del artículo 19 de la Constitución Federal al establecer un catálogo de delitos por los que sí resulta plausible la imposición de prisión preventiva, podría ser un instrumento eficaz para limitar el uso de la prisión preventiva. Ello contribuirá a lograr un proceso penal más justo y más respetuoso del principio de presunción de inocencia, especialmente y creo que es el aspecto esencial si se une con juicios penales más veloces y expeditos.

1.1.7. Kostenwein, Ezequiel en su tesis “La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires a partir de la ley 11.922 (1998-2013)” (2015), presentada ante la Universidad Nacional de la Plata, para la obtención del grado académico de Doctor en Ciencias Sociales, llegó a las siguientes conclusiones:

Primera: En esta tesis nos propusimos brindar herramientas para analizar y comprender con mayor precisión el uso de la PP en la PBA durante la IPP. Tal como lo revelan las estadísticas que presentamos en el tercer capítulo, se trata de una medida cautelar por la cual están encarcelados actualmente más de la mitad de las personas en el SPB, habiendo existido períodos en los que el porcentaje de presos preventivos superó el 90%. Establecida para asegurar los fines del proceso penal, la PP en el área bonaerense es en definitiva una medida recurrente.

Segunda: Para llevar adelante nuestros propósitos utilizamos y complementamos otros enfoques con los que usualmente se han abordado el problema de la PP. Hicimos referencia a una serie de contribuciones que se refieren a los efectos que genera la utilización de esta medida cautelar en términos negativos, enfatizando a menudo los agravios que el encierro preventivo ocasiona.

Tercera: La primer perspectiva que presentamos sobre la problemática de la PP fue la del enfoque dogmático, el cual se concentra en dar cuenta de que no pasa aquello que debería pasar según lo demandan las normas jurídicas, sin preocuparse centralmente por comprender por qué pasa lo que pasa respecto a la PP. Este enfoque presupone una coherencia interna del derecho que hay que salvaguardar y considera a la presunción de inocencia del imputado

como el sostén del edificio jurídico que la PP debilita. La prioridad aquí es señalar aquello que no se hace como se supone tendría que hacerse sin describir ni explicar por qué se hace lo que se hace y no lo que debería hacerse.

Cuarta: La segunda propuesta que situamos dentro de la —hipótesis represival del encarcelamiento cautelar es la de los distintos documentos e informes provenientes de diferentes contextos, los cuales revelan un conjunto de regularidades al analizar el problema del encarcelamiento preventivo. Más allá de sus variaciones en Europa, EE.UU., América Latina, Argentina, y en particular la PBA, se puede hablar de la PP como una medida cautelar poco peculiar. En este sentido, dichos documentos e informes denuncian que el uso indiscriminado la PP es el corolario de decisiones políticas irresponsables y efectistas con un objetivo electoral predominante, junto a una injerencia cada vez mayor de los medios de comunicación en las decisiones que toman los operadores jurídicos al respecto. Si bien esta segunda perspectiva se encarga de llevar adelante un importante trabajo de denuncia y visibilidad de las consecuencias del fenómeno, no tiene como objetivo distinguir el modo en que se configuran las asociaciones a las que da lugar la PP. O lo que es lo mismo, prescinde de explicitar cómo se generan la serie de relaciones que el uso del encierro preventivo produce a diario entre actores judiciales y extrajudiciales.

Quinta: Por último, mencionamos una tercera perspectiva que pretende estudiar la PP y su incremento en función de procesos más amplios. Esto quiere decir que la medida cautelar es apreciada como un instrumento de dinámicas sociales que se engendran en esferas alejadas de la institución judicial. Tanto quienes perciben a la PP como producto del fortalecimiento de racionalidades actuariales destinadas a la represión del delito o vinculada al ascenso de cierto populismo punitivo, como aquellos que la consideran un instrumento para neutralizar grupos riesgosos que se expanden a raíz de los cambios estructurales en el mercado laboral, terminan por mostrar a la PP y su incremento como un efecto de procesos exteriores al ámbito judicial. En consecuencia, desde este enfoque la PP no es tenida en cuenta en tanto objeto de estudio en sí mismo, sino como un fenómeno que emerge al calor de otros motivos —realesl, que son los motivos que le confieren su lugar en tanto herramienta de control.

Sexta: En conjunto, estas tres perspectivas sobre el encierro preventivo dieron como resultado trabajos que pasan de las teorizaciones que no tienen en cuenta los hechos a la presentación de hechos y datos sin recurrir a algún abordaje teórico, olvidando las asociaciones a las que da lugar la PP, es decir, omitiendo aquello que cotidianamente se produce entre actores judiciales y extrajudiciales a partir de su utilización. A raíz de nuestro interés en definir y evaluar a la PP principalmente por lo que genera, por lo que está en condiciones de articular, decidimos rastrear las tareas y las relaciones que esta medida cautelar motiva, por un lado, entre los mismos actores judiciales, y por el otro, entre los actores judiciales y determinados actores extrajudiciales. Una de las derivaciones más importantes del enfoque que propusimos es admitir que para que el encarcelamiento preventivo exista como existe se vuelve imprescindible que los actores hagan algo con él, que lo utilicen para justificar sus demandas, sus objeciones, sus promesas, sus resoluciones. Insinuamos entonces que la PP no es tanto una sustancia como un movimiento, puesto que sus cualidades son una consecuencia de los acuerdos activos a los que arriban JG, Fiscales y Defensores. En otras palabras, que la PP es el resultado de la acción colectiva dentro y fuera de la institución judicial.

Séptima: Teniendo en cuenta lo que acabamos de señalar, organizaremos las conclusiones a partir de la estructura que presentamos al comenzar esta tesis: un plano extrajudicial compuesto por actores que desde afuera de los tribunales aportan elementos al problema de la PP, pues son considerados importantes por los operadores jurídicos. Luego, un plano jurídico a partir del cual revisamos la regulación legal de esta medida cautelar en la PBA junto a las reformas más relevantes que atravesó dicha regulación. En tercer lugar, un plano judicial en el que describimos los modos de argumentación que los actores judiciales utilizan en la práctica, indagando las justificaciones y las críticas que ellos ofrecieron en los expedientes y las audiencias. Cuarto y último, un análisis sobre el uso de la PP que va desde las disposiciones que los actores han adquirido en el PJ hasta las competencias que despliegan en las situaciones concretas, rescatando para esto sus testimonios y prácticas.

1.1.8. Velarde, Hugo de Romaña en sus tesis “La causal de prolongación del proceso establecida en la Ley N° 30076 y su incidencia en el plazo razonable de la medida de prisión preventiva: su constitucionalidad. Módulo Penal de Camaná, 2014.” (2016), presentada ante

la Universidad Católica de Santa María, para obtener el grado académico de Doctorado en Derecho, llego a las siguientes conclusiones:

Primera: Del 100% de requerimientos de prolongación de prisión preventiva alegando la causal de “prolongación del proceso” en el Modulo Penal de Camaná en el año 2014, la totalidad de ellos son declarados fundados, ello sin realizarse el análisis de los parámetros del plazo razonable establecidos en por el Tribunal Constitucional (complejidad del asunto, conducta procesal de las partes, actuación de las actividades jurisdiccionales.) En dichos procesos, el plazo máximo de prisión preventiva debería ser 09 meses, incidiendo la causal de prolongación de proceso establecida en la Ley N° 30076 en la duración de prisión preventiva, pues en todos los casos el plazo ha superado el límite máximo ya mencionado.

Segunda: El enunciado “prolongación del proceso” establecido como causal de prolongación de prisión preventiva mediante Ley N° 30076, presenta un contenido disconforme o contrario con los derechos a la libertad y plazo razonable, integrantes del debido proceso, lo que hace que dicho enunciado resulta inconstitucional en forma parcial por la materia y el fondo. Además, dicho enunciado no supera test de proporcionalidad, por existir otros medios menos gravosos a la libertad personal y al derecho al plazo razonable que permiten satisfacer el interés de la norma (persecución penal), resultando la referida norma desproporcionada, y por ende inconstitucional.

1.2. Teoría de la Prisión Preventiva.-

1.2.1. Tesis Procesalista - La Prisión Preventiva como Medida Cautelar

Beccaria, Cesare (2001: 81)

“(…) La Cárcel es pues la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable; (….) El rigor de la cárcel es pues la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable; (….) El rigor de la cárcel deber ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”.

Leone, Giovanni (1963: 259)

“a) asegurar la persona del imputado para el proceso, b) asegurar la disponibilidad del imputado como fuente de prueba, c) impedir que el imputado pueda influir sobre la genuina de las pruebas, d) garantizar el resultado del proceso, e) defensa social proporcionada a la gravedad del delito y a la peligrosidad del imputado, f) prevención general, en el sentido de impedir que la víctima (o las personas allegadas a la víctima) de un grave delito pase a actos de venganza, g) medio de instrucción, h) sanción procesal determinada por la intolerancia del imputado al peso del proceso, i) deber del imputado de ponerse a disposición de la colectividad para contribuir eficientemente a la actuación de la potestad de justicia.”

Badeni, Gregorio (2006: 11-12)

“(…) sólo se justifica cuando la gravedad de los hechos delictivos atribuidos al imputado permitan afirmar que su libertad pondrá en grave peligro a la seguridad pública (...). Si, cualquiera que sea el delito que se le imputa a una persona, el juez considera que su libertad ambulatoria no configura un riesgo para la seguridad pública (...) corresponde disponer su libertad”

Vélez Mariconde, Alfredo (1986: 479)

“(…) se justifica como un medio indispensable para la defensa del derecho esto es, como una medida imprescindible para asegurar el imperio de la ley penal (...)”

Faustin Helie, M. (1853: 748):

“La privación preventiva de la libertad de los inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado como tal en juicio”

Rodríguez Manzanera, Luis (1998: 24):

“La prisión preventiva es una medida cautelar, basándose en una presunta peligrosidad ante la sospecha de que el sujeto cometió un delito. Teniendo en cuenta que los fines de la medida cautelar son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.”

Asencio Mellado, José María (2004, Página 204)

“Sí los fines que se asignan a una medida cautelar exceden de los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el sistema democrático.”

Sánchez Velarde, Pablo (2006: 201)

“Asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la efectividad de la sentencia, tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio”

Reátegui Sánchez, James (2006: 84)

“La Prisión preventiva no puede desaparecer porque es muy importante que la ley penal pueda aplicarse y la prisión preventiva lo que procura es lograrlo. Si no aplicamos la prisión preventiva cuando se necesite aplicar, el poder punitivo estatal, expresado en la vigencia y respeto de la ley penal como en la averiguación de la verdad, resultaría una mera y simple utopía. Concebiríamos una sociedad en la que reinara el caos y la ausencia de orden jurídico”

1.2.2. Tesis Sustancialista - La Prisión Preventiva como pena.

Vitale, Gustavo L. (2005: 95)

“Todo encarcelamiento tiene, ópticamente, naturaleza punitiva, importando (en todos los casos) un trato como culpable”, incompatible ciertamente con la presunción de inocencia”

Bovino, Alberto (2005: 115)

“Es este principio el que impide que a una persona inocente se le impongan restricciones a sus derechos cualitativa o cuantitativamente similares a las que se pueden imponer a una persona declarada culpable luego de un procedimiento regular ante los tribunales competentes, independientes e imparciales”

Manzini, Vincenzo (1952: 250)

“Nada es más burdamente paradójico e irracional que en proceso penal valga a favor del imputado una presunción de inocencia mientras no media sentencia condenatoria. Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable, y por lo tanto se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta (...) El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia”

Silva Sánchez, Jesús (2007: 79-80)

“Cualquier proceso, aun antes de la determinación de la culpabilidad, tiene un efecto punitivo precisamente porque la presunción de inocencia es graduable. No se puede decir desde un punto de vista realista que el sujeto imputado mantiene la presunción de inocencia incólume hasta la condena (...) La imputación y la posterior acusación ya pone en tela de juicio parcialmente la presunción de inocencia”

Barreiro, Alberto Jorge (2004: 37)

“Operar realmente en la práctica como el cumplimiento anticipado de una pena privativa de libertad de efectos irreversibles, sin que haya sido sometido a juicio el imputado ni declarada su culpabilidad, dificultándose sobremanera la legitimación de esta medida cautelar”

Antecedentes en Perú

El antecedente legislativo inmediato de la medida de coerción personal de prisión preventiva establecida en el artículo 268 del Código procesal penal de 2004 es el mandato de detención judicial que se encontraba regulado en el artículo 135 del Código procesal penal de 1991, sin embargo, el Código de procedimientos penales de 1940 también regulaba en su artículo 79 la posibilidad de ordenar la detención provisional del inculcado con la finalidad de que rinda su declaración instructiva, luego de la cual era puesto en libertad, salvo existieran motivos fundados para suponerlo responsable del delito, cambiándose la misma a orden de detención definitiva, la cual duraba todo el proceso, salvo el caso de libertad provisional.

El Código procesal penal de 1991 trajo consigo el cambio del sistema procesal penal, pues se pasó de un modelo de corte mixto (inquisitivo-acusatorio) a uno puramente acusatorio (moderno y garantista), no obstante, de esta norma procesal tan sólo entraron en vigencia 22 artículos, entre los cuales estuvieron los artículos 135, 136, 137 y 138 que establecían los requisitos, duración y medio de impugnación relacionados a la medida de coerción personal de mandato de detención judicial.

Así, entre los requisitos materiales que se establecían para poder imponer esta medida de coerción personal el artículo 135 señalaba los siguientes:

“El Juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad;

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida.”

Se puede apreciar cierta similitud con los requisitos o presupuestos materiales establecidos en el artículo 268 del Código procesal penal de 2004, sin embargo, la diferencia más notable es que esta medida era impuesta de oficio por el juez penal, es decir, no se necesitaba un requerimiento fiscal de prisión preventiva, y tampoco se realizaba una audiencia para debatir de manera oral y contradictoria la concurrencia o no de cada uno de los requisitos materiales para la imposición de esta medida de coerción personal, su proporcionalidad y plazo de duración.

Además, el artículo 136 señalaba que: “El mandato de detención será motivado, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que los sustenten (...)”. Y, respecto a la duración el artículo 137 establecía que:

“La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculcado, debiendo el Juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual.

Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual. La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculcado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas (...).”

Finalmente, el artículo 138 prescribía que:

“Si el juez omite fundamentar el mandato de detención, el inculcado podrá interponer recurso de queja, a cuyo efecto solicitará al Juez eleve el cuaderno correspondiente dentro de las 24 horas de presentada la impugnación, bajo responsabilidad. La Sala se pronunciará en el mismo término sin necesidad de vista fiscal. Si se declara fundada se ordenará que el conocimiento de la causa se remita a otro Juez, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar. El Juez que reciba el cuaderno, en igual término, deberá dictar el mandato que corresponda con arreglo a lo prescrito en el artículo 136.

Contra el mandato de detención procede recurso de apelación, que será concedido en un sólo efecto y seguirá el mismo trámite que el señalado para la queja”.

1.3. Antecedentes en Colombia

La detención preventiva o procesal en Colombia ha sido a lo largo de décadas objeto de preocupación por parte de la academia, las ONG, los organismos internacionales de justicia y la sociedad civil en general. Esto ha conducido a que se produzca una ingente cantidad de material bibliográfico en el cual se aborda la problemática de la presunción de inocencia y la

detención preventiva, especialmente desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales.

La producción bibliográfica en torno a esta materia crecerá casi que de manera exponencial una vez la Corte Constitucional acuda a la figura del “estado de cosas inconstitucional” para hacer referencia a la compleja situación de hacinamiento que se vive en las cárceles del país. Se habla de un “estado de cosas inconstitucional” cuando se presenta una violación masiva o generalizada de derechos constitucionales y el estado no actúa, o lo hace de manera ineficaz para intentar poner fin a tal vulneración.

En la sentencia T-153/1998 la Corte Constitucional declara el estado de cosas inconstitucional en relación con la situación de hacinamiento carcelario que se vivía –y se vive aún– en las prisiones colombianas: situación que causaba una violación generalizada de los derechos fundamentales de los reclusos, sin que el Estado tomara medidas concretas que permitieran implementar un plan de contingencia destinado a poner fin a la problemática en forma definitiva.

La relación existente entre el hacinamiento carcelario y la detención preventiva es simple y no requiere de mayores explicaciones: de cada tres personas con detención intramuros una es sindicado, quiere esto decir que no ha sido condenado, sobre el recae aún la presunción de inocencia, y se encuentra detenido en razón de la figura de la detención preventiva. En otros términos, aproximadamente el 30% de la población reclusa del país obedece a la figura de la detención procesal o preventiva.

La sentencia T-153//1998 fue clara al establecer que la falta de planificación (imprevisión) de la infraestructura carcelaria sumada al mal manejo administrativo de los recursos, habían conducido a niveles de hacinamiento (sobrepoblación) que no solo impedían que los reclusos gozaran de las mínimas condiciones que exige una vida digna, sino que además se hacía inviable cualquier posibilidad de resocialización; poniendo así en entredicho los fines esenciales de la pena.

Fueron palabras textuales de la Corte Constitucional las siguientes:

“Las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgüeño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

El aparte transcrito no contiene la totalidad de los aspectos que suscitan la preocupación de la Corte Constitucional, ya que existe otra circunstancia a la que considera de “muchísima gravedad”, se trata de una de las consecuencias nefastas del hacinamiento: este impide que se pueda separar a los reclusos sindicados de los condenados, a los reincidentes de los que delinquen por primera vez, a los militares y a los delincuentes comunes, etc.

Quiere decir lo anterior que, el hacinamiento obliga a que los reclusos que por ley debieran estar separados (sindicados/condenados) compartan un espacio común. Las palabras textuales de la Corte en torno a esta preocupación son las siguientes:

“Con todo, la Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, cual es la de que la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías. En efecto, la ley ordena que los sindicados estén separados de los condenados; que los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, los funcionarios públicos y los indígenas de los demás reclusos, etc.” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Para lo que aquí nos interesa, se debe destacar la apreciación efectuada por la Corte Constitucional en relación con la necesidad de mantener separados a los reclusos que ya han sido condenados y aquellos que apenas se encuentran sindicados, pero que se hallan en detención intramuros en razón de la prisión preventiva. La exigencia de separar a los

sindicados y a los condenados, tal como señala la Corte, es una exigencia de orden legal cuyo cumplimiento se hace imposible en razón de la compleja situación de hacinamiento que se vive al interior de los establecimientos carcelarios del país.

La sentencia T-153/1998 marca así, un antes y un después en lo que tiene que ver con los lineamientos que ha de adoptar el gobierno nacional sobre las condiciones de vida y los derechos fundamentales de los reclusos, incluidos, por supuesto, aquellos que se encuentran detenidos en razón de la detención preventiva. Por lo tanto, esta sentencia marca un hito y tiene la gran utilidad de servir como criba que permite catalogar la bibliografía existente en torno a la prisión preventiva bajo dos únicas categorías:

a) Textos en los cuales la crítica a la prisión preventiva se presenta como una simple acotación marginal a las ideas expuestas por organismos internacionales o la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Estos textos parten de un cuestionamiento radical a la detención preventiva desde la perspectiva de los derechos humanos.

b) Textos que desde diferentes paradigmas teóricos como el garantismo judicial, la sociología jurídica, el abolicionismo radical o la política criminal, efectúan una fuerte crítica de la detención preventiva. En estas teorías, el cuestionamiento no recae únicamente sobre la detención preventiva, sino que el cuestionamiento abarca el sistema jurídico sobre el cual se sostiene dicha figura. Es, en este sentido, una crítica radical que incorpora profundas replicas a la composición estructural de la política criminal.

En cuanto a las cifras actualizadas de la población carcelaria en Colombia se debe iniciar por indicar que, según datos de la defensoría del pueblo, en Colombia existen 138 centros penitenciarios, estos centros penitenciarios tienen capacidad para albergar a 76.553 internos, sin embargo, en la actualidad estos centros de reclusión albergan un total de 117.018 internos, lo que indica que existen 40.465 internos que sobrepasan la capacidad logística institucional. Esta equivale a un 53% de hacinamiento. Los datos del instituto nacional penitenciario y carcelario de Colombia (INPEC), actualizados al año 2018, por su parte, indican que se reporta un hacinamiento carcelario es del 45.6 %.

En síntesis podríamos decir que en Colombia uno de cada tres presos es un sindicado no condenado.

Las anteriores cifras conducen de manera necesaria a la formulación de una pregunta: ¿cómo la prisión preventiva, que era excepcional, terminó por convertirse en regla? la respuesta a este interrogante se enlaza necesariamente con ciertas decisiones legislativas, vinculadas tanto al populismo judicial como a la ausencia inexplicable e imperdonable de una política criminal clara y definida que propenda por materializar los estándares internacionales.

Ejemplo de lo anterior es la Ley 1142/2007, por medio de la cual se “adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y la seguridad ciudadana”. Esta norma, en su artículo 24 modificatorio del artículo 310 de la ley 906 de 2004, dispone que la libertad del imputado supone un peligro para la comunidad de acuerdo a la gravedad y modalidad de la presunta conducta punible que está siendo objeto de averiguación penal. Por esta vía, se constituyó un paradigma de peligrosidad como criterio suficiente de privación de la libertad mediante la aplicación de una medida cautelar de naturaleza personal, en evidente perjuicio de la presunción de inocencia.

Hartman Arboleda *et. al.* (2009) demuestra como a partir de la entrada en vigencia de esta norma las detenciones preventivas aumentaron en forma considerable, transcurridos siete meses de entrada en vigencia de la Ley 1142/2007 las detenciones preventivas pasaron del 4.74 % al 38.65 %. Ante tan compleja problemática, desde la doctrina jurídica se han presentado una serie de soluciones que, por lo general, son recurrentes en la mayor parte de autores, quienes se muestran proclives por la atenuación o eliminación de la prisión preventiva. Entre estas medidas destacan:

- a) Abolir definitivamente la figura de la prisión preventiva.
- b) Implantar un sistema de fianzas similar al existente en los estados Unidos de Norteamérica, donde existe la caución o fianza de origen pecuniario (*bail*).
- c) Excarcelación de personas enfermas o en delicado estado de salud (Cfr. Hartman Arboleda *et. al.*, 2009).

Otro aspecto que llama la atención en la investigación realizada por Hartman Arboleda *et. al.* (2009) se vincula con el hallazgo según el cual, la mayor parte de las personas sobre las que se aplica la detención preventiva pertenecen a los sectores marginados de la sociedad y, en

consecuencia, carecen de los medios económicos que les permitan pagar una defensa técnica que les posibilite un mayor margen de probabilidad para obtener el beneficio de la detención domiciliaria o preventiva. Frente a ello, debe considerarse también que aun contando con la posibilidad de cubrir los emolumentos económicos derivados de una defensa técnica adecuada, los términos procesales establecidos en la normativa procesal penal colombiana limitan de manera importante las posibilidades de consecución de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que conduzcan a enervar la solicitud de la fiscalía general de la nación, en relación con la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario o de reclusión.

Tal como se ha indicado *ut supra*, la bibliografía existente en torno a la detención preventiva se ha dividido en dos categorías generales:

- a) Textos en los cuales la crítica a la visión preventiva se presenta como una simple acotación marginal a las ideas expuestas por las cortes internacionales y la Corte Constitucional en su jurisprudencia
- b) Textos que desde la teoría y la sociología jurídica critican tanto la prisión preventiva como las normas en que esta figura se fundamenta (crítica radical).

Punto en el cual se debe considerar que, son los textos de la primera categoría los que más abundan. Esto puede explicarse cuando se considera nuestra marcada reverencialidad a la ley y la jurisprudencia, ya que estos textos operan como simples escolios o acotaciones marginales a las mismas (ley y jurisprudencia); mientras que los textos pertenecientes al segundo *ítem* funcionan como una crítica al sentido mismo de la ley, lo que en muchos escenarios –incluidos los escenarios académicos y judiciales– resulta simplemente inaceptable.

Tenemos entonces entre los textos que se han ocupado de la temática de la prisión preventiva o procesal en Colombia, los siguientes:

El texto titulado “Estudio empírico del funcionamiento del sistema acusatorio”, escrito por Mildred Hartman Arboleda, Carlos Andrés Gómez Gonzales y Camilo Alberto Ortiz Jaramillo.

En este texto se identifican los aspectos más relevantes del sistema acusatorio en Colombia, incluyendo tanto los aspectos positivos como los negativos. Dentro de los aspectos negativos el libro ofrece a partir de la página 79 y ss. una serie de opiniones y datos (cifras) que permiten evidenciar como la presentación del sistema acusatorio como un sistema garantista, no se cumple en el caso colombiano. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que mediante la combinación entre el sistema acusatorio y la ley 1142 /2007 se da un incremento exponencial de la detención preventiva, que como ya hemos indicado pasa en un término de siete meses del 4.74 % al 38.65 %.

Se suma como dato relevante de este estudio, la caracterización de la población sobre la cual recae la medida de la detención preventiva, que es, por lo general, la población marginada y de escasos recursos. Si bien, los autores no lo señalan abiertamente, buena parte de este argumento se inscribe dentro de la teoría expuesta por el sociólogo Loic Wacquant (2009), según la cual, mediante la encarcelación de los pobres se pretenden paliar los desajustes de un sistema social que se caracteriza por desigualdades, injusticias o inequidades que están más allá de lo tolerable. Adicionalmente, se genera un modelo de “impunidad selectiva”, pues si bien el sistema penal se muestra expedito y severo para sancionar delitos que tienen un alto impacto social pero una baja lesividad, también se muestra parsimonioso e inoperante para juzgar delitos contra la administración pública, los cuales poseen un alto impacto social y una alta lesividad. Con lo cual se establece un doble racero que resulta simplemente inadmisibile.

Tenemos, además, el artículo de investigación titulado “Presunción de inocencia: principio constitucional absoluto”, autoría de Juan Sebastián Tisnès Palacios, que, si bien, reúne una serie de argumentos que se harán recurrentes entre los autores que abordan esta temática desde la perspectiva de los derechos humanos, no se queda en los lugares comunes. Nuestra Corte Constitucional –señala el autor–, desde sus inicios, que se remontan al año de 1991, ha venido sosteniendo la tesis según la cual no existen derechos humanos absolutos y, en consecuencia, los mismos deben ser armonizados para lograr su concreción y coexistencia. Así, por ejemplo, la libertad de expresión no se constituye en un derecho absoluto, pues debe armonizarse con el derecho a la honra y el buen nombre.

Bajo esta perspectiva tenemos que, si la detención preventiva existe, es debido a que los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia no son derechos absolutos. La prisión preventiva se presenta, así, como el mecanismo de armonización entre, por un lado, los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, y por otro, el criterio preventivo de protección a la sociedad y las finalidades superiores que se concretan en el procedimiento penal.

Marchando en contravía de esta tesis que, reiteramos, es defendida por nuestra Corte Constitucional, Tisnès Palacios (2012) lanza la hipótesis, según la cual, la presunción de inocencia es un derecho absoluto que, en consecuencia, no admite excepciones. Lejos de ser una afirmación especulativa, Tisnès Palacios (2012) fundamenta su argumentación en las decisiones emanadas del propio Tribunal Constitucional, específicamente hace referencia constante a la sentencia C-744/2001, en la cual la Corte Constitucional indica que, la presunción de inocencia es un derecho absoluto que, por lo tanto, no admite excepciones.

Sin embargo, a pesar de la existencia de este pronunciamiento jurisprudencial, la Corte Constitucional, determinara con posterioridad, la constitucionalidad de la Ley 1142/2007, que, como ya hemos indicado, convierte la presunción de inocencia en un derecho relativo. Estas contradicciones en la jurisprudencia vienen a dejar en evidencia la incapacidad de la Corte Constitucional a la hora de encontrar un criterio claro y coherente que permita hacer frente a la problemática. Criterio que, no sobra recordarlo, ya existe en los estándares internacionales.

Apuntalando aún más este denso y complejo debate encontramos el artículo de investigación titulado “Peligro para la comunidad no es criterio objetivo para imponer prisión preventiva”, escrito por Luis Arturo Salas Portilla y Hugo Andrés Sanz Morales (2011). La importancia de este artículo radica en que entra en un abierto dialogo con los demás artículos y textos ya referenciados.

Necesario es entonces precisar que, la Ley 1142 /2007 es una norma que acude al criterio del *peligro de repetición de la conducta* para hacer extensiva la prisión preventiva al mayor número de casos posible (conductas típicas). Sin embargo, se aprecia un complejo vacío legal

que se suma a la ambigüedad y vacilación de la jurisprudencia, tema que el autor expresa en los siguientes términos:

“La imposición de prisión preventiva por el peligro para la comunidad, con base en el criterio de peligro de repetición de la conducta, no tiene bases objetivas, por lo tanto, no debería aplicarse. A pesar que la Corte Constitucional ha determinado que el estudio de la gravedad y la modalidad del delito son insuficientes para establecer la peligrosidad social del imputado, la disposición legal que permite privar de la libertad en tales circunstancias sigue pugnando con el principio de presunción de inocencia, pues la norma está siendo imprecisa, carente de elementos puntuales que sustraigan al operador judicial del arbitrio subjetivo para definir los casos en que existe peligrosidad para la sociedad ” (Salas Portilla y Sanz Morales, 2011, p.1).

Otro antecedente relevante para nuestra investigación es el texto titulado “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú”, texto institucional editado por la Due Process of Law Foundation – DPLF, y publicado en el año 2013. Se centra este estudio en indagar cómo los movimientos punitivistas, propios del populismo judicial, que son promovidos con insistencia desde los entes gubernamentales y desde los medios de comunicación masiva, se convierten en obstáculos que coartan la libertad de decisión tanto de jueces como de fiscales al momento de tomar medidas en torno a la prisión preventiva.

Se señala, además, que la generalización de la prisión preventiva opera como una especie de política pública no escrita que es promovida desde el gobierno e impuesta a los jueces y fiscales por medio de canales no oficiales que incluyen las amenazas en torno a la posibilidad de ser sancionados o incluso despedidos por bajo rendimiento en sus funciones (Salas Portilla y Sanz Morales, 2011, p.1).

Adicionalmente, este texto resulta relevante en cuanto plantea con datos del periodo 2005-2012, que durante este lapso la prisión preventiva no fue la regla, puesto que de cada diez casos tan solo se solicitaba dicha medida en tres de ellos (3/10). Interpretación que consideramos desacertada, puesto que, como bien se ha indicado líneas atrás, uno de cada tres detenidos con prisión intramuros corresponde a prisión preventiva. Lo que quiere decir

que aproximadamente un 30 % de la población carcelaria se encuentra en esta condición en razón de la detención preventiva. Luego, si bien, la aplicación de la detención preventiva no es universal –aplicada al 100 % de los casos– si se ha convertido en una medida amplia e indiscriminada, especialmente para los sectores más marginados de la sociedad.

Se debe rescatar, sin embargo, de este texto, su hipótesis del doble discurso: por un lado, los Estados manejan un discurso pro-libertad, en el cual abogan por la presunción de inocencia, el derecho a la libertad y la necesidad excepcional de la prisión preventiva; sin embargo, en la práctica promueven una política pública no escrita que obedece a criterios de populismo judicial en los cuales la “defensa” de la sociedad viene a justificar el uso y abuso de la detención preventiva. Recordemos que el discurso sobre la defensa de la sociedad va siempre aparejado sobre otro discurso relacionado con la construcción del enemigo interno (Cfr. Foucault, 2014).

El anterior argumento nos debe conducir entonces, necesariamente, a intentar determinar qué tan serio es el compromiso del estado colombiano con la necesidad de hacer de la detención preventiva una verdadera excepción y no la regla. En esta dirección resulta de bastante utilidad un texto como el publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, bajo el título de “Medidas para reducir la prisión preventiva” (2017), pues a partir de este documento y las medidas que en él se exponen, resulta posible establecer el grado de coherencia de las políticas públicas y medidas que se plantean desde los entes gubernamentales para reducir la prisión preventiva y las actuaciones que en la práctica se llevan a cabo, así, por ejemplo, se puede preguntar sobre cuál debe ser la duración máxima de la prisión preventiva o por qué no existen centros de detención diferentes a las prisiones para quienes se encuentran sindicados y cobijados por la presunción de inocencia. A estas preguntas también intentaremos ofrecer una respuesta en la presente investigación.

Los textos hasta aquí enunciados constituyen la bibliografía principal, sin embargo, no son la única fuente documental que acompaña el desarrollo de la presente investigación, que se encuentra integrada por una amplia serie de textos doctrinales pertenecientes a la teoría y a la sociología jurídica, y entre los cuales se deben destacar los siguientes:

“Democracia y garantismo” (2008), obra ya clásica del profesor de origen italiano y nacionalizado francés, Luigi Ferrajoli. El garantismo, recordemos, parte de la idea del derecho penal mínimo, quiere esto decir que, el derecho penal debe reducirse a su mínima expresión para evitar las injerencias arbitrarias e innecesarias –como la detención preventiva– en la vida de los asociados.

El otro gran axioma del garantismo se vincula con la idea de que no existen “poderes buenos”, por lo cual resulta posible pensar en un Estado ambivalente que mientras dice una cosa (no a la detención preventiva) hace otra totalmente distinta (persigue generalizar la detención preventiva). Como quiera que no resulta entonces plausible esperar soluciones desde el Estado, estas deben ser exigidas y conquistadas desde la Academia, la sociedad civil o acudiendo a los organismos internacionales de justicia.

Acudiremos, igualmente, a un autor ya clásico en lo que tiene que ver con los límites del castigo, Nils Christie, quien en la obra titulada “Una sensata cantidad de delito” (2004), propone una interesante reflexión sobre lo que él denomina “el delito como valor de uso”, por medio de la cual se propone establecer la relación de dependencia que existe entre la política y la necesidad del castigo como un mecanismo para conservar el orden social, sin importar que los derechos de algunos se vean menoscabados. Desde esta visión, la detención preventiva aparece como un correlato necesario del discurso político que promete defender la sociedad y mediante este mismo discurso hace emerger al enemigo interno que terminara por convertirse en el objeto de la expiación.

Por último, emplearemos en la presente investigación la obra titulada “La prisión procesal” (2007), autoría del tratadista argentino Gabriel Nardiello. Se centra esta obra en establecer las “consecuencias negativas que acarrea la negación de la libertad durante la sustanciación de un proceso penal”, medida que se convierte en un castigo anticipado y en una clara violación de los derechos humanos por parte de algunos Estados. Al respecto, el tratadista en mención, señala:

“Algunos Estados modernos se han guardado para si algunos preceptos legales que les otorgan un aumento en su poder punitivo, siendo algunos de ellos netas violaciones a los derechos humanos. Uno de esos preceptos es la prisión procesal o

preventiva, instituto por el cual un ciudadano que no ha sido juzgado ni condenado se hace merecedor de una restricción a su libertad ambulatoria como anticipo de su pena” (p. 23).

1.4. Definiciones Conceptuales.

Arraigo

A decir de Villegas Paiva, Elky (2013: 148)

“Uno de los criterios fundamentales para determinar el peligro de fuga es la existencia del peligro de fuga es la existencia del peligro de fuga es el arraigo del imputado en el país, entendido como establecimiento permanente en el lugar, vinculándose a las personas y cosas, manteniendo relaciones de una intensidad determinada con el medio en donde se desenvuelve. Jurídicamente el concepto de arraigo está determinado, en principio, por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia, de sus negocios o trabajo del imputado y de las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”.

A decir de Gutiérrez de Cabiedes, P. (2004: 83)

“El arraigo laboral o profesional se constituye porque el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo que desarrolla en el país. También es un criterio a tener en cuenta el hecho que necesite permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral”.

Debida motivación

Villegas Paiva, Elky (2010: 282) “La motivación de las resoluciones judiciales se refiere a la justificación razonada que hace jurídicamente aceptable una decisión judicial”

Detención domiciliaria

A decir de Cáceres, R. (2014: 238) “Se trata de una medida cautelar que afecta la libertad personal del individuo, impidiendo al imputado auto determinarse por su propia voluntad mediante la limitación del espacio físico en que puede transitar, de modo que se encuentre circunscrito a residir dentro de la localidad en que ejerce competencia el juzgado o la sala que impone la detención domiciliaria.”

Detención policial

A decir de Cáceres, R. (2014: 152) “La detención policial de oficio, detención policial imputativa o aprehensión se trata de una medida precautelar que se ejecuta sin requerir mandato judicial en el marco de una investigación pre-procesal en la que se presenta la flagrancia delictiva acreditada basada en indicios o elementos probatorios”

Fumus delicti comissi

A decir de Villegas Paiva, Elky (2010: 285) “Este presupuesto consta de dos reglas: la primera, referida a la constancia de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a su aspecto objetivo, que debe ser evidenciada por los actos de investigación, y que deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud – o alto grado de probabilidad – acerca de su intervención en el delito”

A decir de San Martín Castro, Cesar (2004: 628) “La intervención indiciaria, traducida para la prisión preventiva en el fumus delicti comissi, no equivale a una declaración de culpabilidad; es claro que en tanto no haya una sentencia firme condenatoria existe una presunción de inocencia, la cual no admite limitaciones ni graduaciones: se es inocente mientras no se demuestre lo contrario en el juicio oral y se haya proferido sentencia firme condenatoria el acusado”

Fundados y graves elementos de convicción

A decir de Cáceres, R. (2014: 308) “Una vez determinados los presupuestos constitutivos del tipo penal invocado corresponde analizar la existencia de indicios razonables y objetivos sobre la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo, en alguno de los grados de participación criminal establecidos por la ley penal sustantiva; o lo que es lo mismo debe de apreciarse indicios racionales sobre su participación en el hecho que se imputa”.

Gravedad de la Pena

A decir de San Martín Castro, César (2014: 1014) “Este criterio fue asumido sobre la base de que hasta los 4 años de pena privativa de libertad es posible imponer una pena de ejecución suspendida condicionalmente. A partir de esa premisa se estimó que los encarcelamientos preventivos disminuirían considerablemente; sin embargo, no se advirtió que los jueces interpretarían este requisito como definitorio para dictar prisión y que la implementación de una política criminal sobre criminalizadora tuvo como uno de sus ejes centrales aumentar considerablemente las penas con el propósito deliberado de punir desde el proceso penal, es decir, de estructura enjuiciamiento con reos en la cárcel y delitos inexcarcelables”.

Impedimento de salida del País

A decir de Cáceres, R. (2014: 220) “Este mandato cautelar tiene la finalidad de asegurar la comparecencia del imputado en el proceso, por lo que el órgano jurisdiccional solo puede adoptar esta medida cautelar a pedido del fiscal, siempre que existían elementos de juicio suficientes que permitan razonablemente inferir que el inculcado se sustraerá del proceso penal cuando la situación en el proceso le sea desfavorable.”

Medidas Cautelares

A decir de Gómez Orbaneja, Emilio (1974: 17) la define como aquellas que están “encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte”

A decir de Asencio, citado en Del Rio (2016: 36) “Las medidas cautelares personales del proceso penal se definen como aquellas resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales y en el curso de un proceso penal, se limita un derecho fundamental del imputado, con la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso y eventualmente, la sentencia que un día se pronuncie”

Peligro en la demora

A decir de Cáceres, R. (2014: 324) “Se trata de la expectativa de que se produzca un daño jurídico para la continuación del proceso, el cual se pretende contrarrestar con la tutela declarativa; este peligro de ulterior daño “marginal”, cuya consecuencia en caso de efectivizarse derivaría cuando menos en un retraso en la conclusión del proceso.”

Peligro Procesal

A decir Escobar Cotera, Mirko citando a Pujadas Tortosa (2011: 43) “El peligro procesal es aquella aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal”.

Peligro de fuga

A decir Cáceres, R. (2014: 333) “La dimensión o ámbito que se pretenda proteger es la cautela final, ante el riesgo de fuga que podría generar en el procesado el miedo real a una previsible condena, dicho juicios se formula sobre la base de un conjunto de circunstancias concurrentes en la etapa procesal intermedia, en cuya ponderación se debe considerar la falta de arraigo, la proximidad del juicio oral, la conformación o firmeza del procesamiento, naturaleza del delito y la pena solicitada por la acusación, entre otras razones objetivas de las que se puede deducir fundadamente la posible.”

Peligro de obstaculización

A decir de Pujadas, citado por Cáceres, R. (2014:) “La peligrosidad es un estado subjetivo, referido a un objeto sí, pero indicativo de una determinada tendencia o intensión personal. En mi opinión, apreciar la peligrosidad procesal exige atender a una especie de disposición anímica o predisposición para materializar el riesgo de frustración”

Principio de inocencia

Villegas Paiva, Elky (2010: 273) “Según el cual toda persona imputada por un delito debe ser considerada inocente mientras no se demuestre su culpabilidad en un proceso con todas las garantías, y no haya sido declarada su responsabilidad mediante sentencia firme”.

Principio de Legalidad

Villegas Paiva, Elky (2010: 274) “Solo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley, en la forma y por el tiempo señalado en ella”

Principio de Jurisdiccionalidad

San Martin Castro, Cesar citado por Villegas Paiva, Elky (2010: 275) “Solo el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado para imponer la prisión preventiva, que es la lógica consecuencia de su posición instrumental respecto del proceso, así como de su naturaleza aflictiva de derechos fundamentales”.

Principio de Proporcionalidad

Pujadas Tortosa, Virginia (2008: 150) “La proporcionalidad strictu sensu es una regla valorativa, ponderativa y material, cuya virtualidad se fija genéricamente en la prohibición de exceso y, concretamente en la interdicción de vaciar el contenido esencial del derecho objeto de limitación”

Villegas Paiva, Elky (2010: 276) “Por el principio de proporcionalidad se busca una equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal”

Prisión Preventiva

A decir de Vélez Mariconde, Alfredo (1968: 217-218). La definió como “(...) el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad a fin de asegurar la actuación de la ley penal”

A decir de Quiroz, W. (2014: 126) “La prisión preventiva es una medida coercitiva personal de naturaleza provisional. Se trata de la privación de la libertad que formalmente decide el Juez de investigación preparatoria, dentro de un proceso penal, con el fin de cerciorarse que el procesado este sometido al proceso y no eluda la acción de la justicia o no la perturbe en su actividad probatoria.”

A decir de Del Rio, G. (2016: 145) “La prisión preventiva es una medida cautelar, dispuesta por una resolución jurisdiccional en un proceso penal que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena, mediante la evitación de los riesgos de huida y la obstaculización de la actividad probatoria.”

A decir de Gimeno, citado por Del Rio, G. (2016: 145) “La aplicación de la prisión preventiva es, sin duda la más grave y polémica de las decisiones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal, porque mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad en un prematuro estadio procesal en el que por haber sido todavía condenado, se presume su inocencia.”

A decir de Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2002: 343) “Es una medida cautelar personal, que consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona mediante su ingreso a un centro carcelario, durante la sustanciación de un proceso penal y de asegurar los fines del procedimiento. Se trata de una medida cautelar personal de carácter

excepciones, que sólo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fueron insuficientes para asegurar el procedimiento”.

A decir de Cubas Villanueva (2005: 5) es “La medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza en el NCPP, establece en virtud de la cual se restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal; agrega, que este mandato está limitado a los supuestos que la ley prevé”

CAPÍTULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Diseño de la investigación

Tipo

La investigación realizada es de tipo analítico ya que contrastó las normatividades de la prisión preventiva de Perú y Colombia y de éstas con el estándar interamericano, postulando al mismo tiempo la base científica criminológica que sustenta dichas regulaciones y aquella que la cuestiona.

Asimismo, la investigación es de tipo aplicada porque utilizó los conocimientos obtenidos en la práctica para cuestionarlos en procura de lograr una mejor aplicación, más restrictiva y excepcional, de la prisión preventiva, para beneficio de la sociedad.

También la investigación es de tipo cualitativo porque implicó un conocimiento profundo del comportamiento humano y del uso del poder, que se vislumbran en el empleo de la prisión preventiva para mantener un orden injusto y desigual a través del sistema penal, así como de las razones científicas de dicho comportamiento.

Nivel

El nivel de la investigación es descriptivo, explicativo y correlacional, pues ella se basó en documentos que fueron seleccionados y analizados para describir una realidad, en este caso tan lacerante, como la de la prisión preventiva, intentando postular las causas de la problemática que encierra el uso selectivo y discriminador de dicha medida procesal penal, relacionándola con la realidad colombiana sobre el mismo particular.

Método

La investigación desarrollada utilizaró el método lógico deductivo porque aplicó los principios y valores democráticos liberales y los postulados científicos de la criminología contemporánea al problema de la investigación.

Diseño

El diseño de la investigación es no experimental porque se analizó el fenómeno de la prisión preventiva en Perú y Colombia por separado y conjuntamente de cara al estándar interamericano.

2.2. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos

La investigación se realizó haciendo uso de las técnicas del análisis de contenido de los documentos fuente de la información que se seleccionó previamente.

Los instrumentos que se utilizaron en la investigación fueron documentos bibliográficos, hemerográficos y electrónicos, consistentes en doctrina penal, procesal penal, criminológica y de política criminológica, así como estadísticas oficiales.

2.3. Validez y confiabilidad de los instrumentos

Los instrumentos que se utilizaron en la investigación fueron seleccionados personalmente por los equipos de investigación, por lo que se consideran válidos y confiables para proporcionar la información necesaria.

2.4. Técnicas para el procesamiento y análisis de los datos

Se utilizaron los métodos analítico, deductivo y comparativo, diferenciando los elementos del problema de investigación, estudiándolos y explorándolos por separado, aplicando criterios y postulados científicos, comprendiendo la fenomenología que encierra la problemática y demostrando finalmente el cuestionamiento que se le hace al estado de la cuestión.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ

3.1. La existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo

El artículo 268 del Código Procesal Penal peruano establece los presupuestos materiales que deben concurrir para que un Juez pueda dictar mandato de prisión preventiva contra de una persona procesada penalmente. Por ello, a continuación, analizaremos si dichos presupuestos exigibles para la imposición de la prisión preventiva son coherentes con un sistema procesal que garantiza los derechos fundamentales de las personas, o revelan la existencia de un derecho penal de autor y un derecho penal del enemigo.

Lo primero que debemos de subrayar es que la existencia de estos presupuestos materiales se acreditan usualmente con elementos de convicción recaudados durante los primeros actos de investigación, resultando paradójico que la privación de un derecho fundamental tan importante como la libertad se solicite frecuentemente en un estadio procesal aun prematuro

para poder conocer suficientemente si el procesado es responsable de la conducta delictiva que se le imputa.

Creemos que el presupuesto material referido a la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo resulta la piedra angular sobre la cual descansa la posible imposición de la medida coercitiva más grave establecida en nuestro ordenamiento jurídico procesal, es decir, la prisión preventiva.

Y es que para privar de la libertad a una persona inocente deben de existir necesariamente suficientes elementos de convicción que demuestren su responsabilidad penal; aunque se indique teóricamente que esta privación de libertad es preventiva, la realidad nos revela que las condiciones en donde se cumple dicha medida son las mismas en las cuales se cumple una pena privativa de libertad definitiva, lo cual significa que las consecuencias de su imposición son semejantes, vale decir, se trata como un culpable a un inocente sometiénolo a los mismos efectos criminógenos de la prisión. Por tanto, resulta necesario precisar que denota la frase “que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo”.

En reiterada jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que, mientras que en un proceso penal se esté investigando la posible responsabilidad penal de una persona, la regla general debe ser la libertad del procesado⁵, pues éste debe recibir del Estado un trato acorde a su condición de inocente. Dicha Corte ha precisado en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, supra, párr. 101, y en el Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 241, párr. 106, que: “para restringir el derecho a la libertad personal a través de

⁵ Entre otros, Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, supra, párr. 196; Caso López Álvarez Vs. Honduras, supra, párr. 67, y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 67.

medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga”.

En este mismo sentido, la Sala Permanente de la Corte Suprema de la República mediante Casación N° 626-2013- Moquegua ha establecido que para imponer la medida coercitiva de prisión preventiva “Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta”, agrega:

Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Además, la Corte Suprema de la República ha precisado:

Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco.

En esa misma línea, el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República expidió el 11 de octubre de 2017 la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017 ha establecido como doctrina legal que, para la

imposición de prisión preventiva se demanda “sospecha grave” –la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia–.

La mencionada sentencia citando a Claus Roxin (2000) refiere:

La sospecha grave, propia para dictar mandato de prisión preventiva –el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro Código Procesal Penal, que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento–, requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) (p.259).

Agrega, esta vez citando a Jordi Ferrer Beltrán (2017):

Ésta es una *conditio sine qua non* de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal. El elemento de convicción ha de ser corroborado por otros elementos de convicción o cuando por sí mismo es portador de una alta fiabilidad de sus resultados, y además ha de tener un alto poder incriminatorio, esto es, vincular al imputado con el hecho punible. Esta exigencia probatoria, sin duda, será superior que la prevista para inicio de actuaciones penales pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena: descarte de duda razonable (p. 128 y 130).

Finalmente, citando a Odone Sanguiné (2003:471) señala: “La expresión “sospecha grave” debe ser interpretada en sentido cuantitativo, es decir, denotando un grado de intensidad mayor que la precedente, que permitan ya sostener desde un principio, aunque provisionalmente, que la persona inculpada es responsable del delito.”

En consecuencia, resulta evidente que el estándar de convicción que debe alcanzarse para la imposición de la prisión preventiva es mayor al requerido para que el Fiscal pueda formular

acusación y el Juez pueda expedir el auto de enjuiciamiento. Ello además revela que el estándar de convicción “sospecha grave” es previo al estándar de prueba necesario para dictar una sentencia condenatoria, demostrando que la privación de libertad de un procesado inocente merece satisfacer rigurosamente un estado de convicción grave en el juzgador, pues importa la afectación de un derecho fundamental de primer orden como la libertad personal.

Es así que, la medida de coerción prisión preventiva requiere un alto grado de probabilidad de responsabilidad penal del procesado, en palabra del profesor argentino Julio Maier (2004):

La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad (p. 843 a 847).

Por ende, somos de la opinión que solo resultaría aplicable imponer la medida coercitiva de prisión preventiva si se cuentan con los elementos de convicción necesarios para acusar al procesado, pues no bastan simples indicios pobremente contrastados, sospechas genéricas o conjeturas, se debe exigir elementos de convicción plurales, convergentes, unívocos y contingentes, los cuales difícilmente existen en los momentos iniciales del proceso; razón por la cual en la actualidad la mayoría de resoluciones judiciales que declaran fundados los requerimientos de prisión preventiva de los fiscales adolecen de la concurrencia de este presupuesto material, y se basan en elementos de convicción que no justifican un juicio de probabilidad razonable de responsabilidad penal del procesado privado preventivamente de su libertad, al no estar fundados en criterios objetivos suficientes.

3.2. Prognosis de la pena

Por otro lado, el segundo presupuesto material de la prisión preventiva se encuentra referido a que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, lo que en la doctrina se le conoce como “prognosis de la pena”, lo cual implica que el juzgador realice un pronóstico de la pena que le impondrá al procesado si eventualmente es condenado.

Debido al hiper punitivismo que actualmente impera en la política criminal de nuestro país resulta sencillo que la pena abstracta establecida en la mayoría de delitos satisfagan fácilmente este presupuesto material, por tanto, lejos de ser un requisito que torne en excepcional la imposición de esta medida coercitiva es muy fácil su cumplimiento.

De esta manera, creemos que de lege ferenda resulta necesario que se establezca un mayor quantum mínimo de pena privativa de la libertad para la imposición de la prisión preventiva, con la finalidad de que dicho presupuesto material contribuya a la excepcionalidad de una medida tan grave como la prisión preventiva.

3.3. Peligro procesal de fuga

Finalmente, tenemos al presupuesto material del peligro procesal en sus dos modalidades: peligro de fuga, o peligro de obstaculización. El primero de ellos se configura, según la ley procesal, cuando en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular se pueda colegir razonablemente que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia; y el segundo, cuando trate de obstaculizar la averiguación de la verdad.

Nuestro Código Procesal Penal, con la finalidad de reconocer la concurrencia del presupuesto material peligro de fuga, establece ciertos criterios que todo juez penal debe calificar para comprobar la existencia de dicho presupuesto, los cuales son:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Respecto al arraigo se puede apreciar la exigencia de vinculación del imputado con el lugar en donde se encuentra, estableciéndose situaciones de las cuales se debe deducir su presencia. No obstante, la Corte Suprema de la República ha señalado mediante la Casación N° 626-2013- Moquegua que:

Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

Sin embargo, lo dicho por la Corte Suprema de la República en cierta forma se contrapone con lo señalado mediante la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ de la Presidencia del Poder Judicial de fecha 13 de septiembre de 2011, la cual indica que no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

De esta manera, resulta ambigua la finalidad concreta de este criterio al momento de relacionarlo con el eventual peligro de fuga del imputado, pues su inexistencia no genera la

imposición de la prisión preventiva pero tampoco su presencia descarta la utilización de la misma, es decir, si existe o no arraigo no resulta suficiente para establecer la concurrencia de peligro de fuga del procesado. En consecuencia, estamos ante un criterio que poco ayuda al Juez al momento de evaluar la existencia de peligro procesal, pues su concurrencia o no, no resulta determinante para determinar categóricamente un eventual peligro de fuga del imputado.

Por otro lado, respecto al criterio de la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento debemos señalar que el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 señalaba en su numeral 3 que: “No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.” Por tanto, es evidente que lo regulado ahora por el Código Procesal Penal de 2004 se contrapone manifiestamente con lo señalado por su antecesor, lo cual, desde nuestro entender es un retroceso en la legislación procesal, pues el criterio de la gravedad de la pena no es un dato que evalúe el comportamiento del imputado de intentar fugarse de la justicia sino es una presunción (legal) que sugiere que al ser grave la pena todo procesado va querer sustraerse de la acción de la justicia, por tanto, es un criterio arbitrario que se contrapone directamente con la necesidad de que todo presupuesto para imponer una prisión preventiva deba extraerse del comportamiento objetivo y demostrable del imputado, y no de meras suposiciones legales.

Otro criterio para determinar el peligro de fuga, desde nuestra opinión incorrecto, es el concerniente a la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. En primer lugar la referencia a la magnitud del daño causado es sumamente imprecisa pues no se puede saber con exactitud a qué se refiere la frase “magnitud del daño”. Una primera interpretación nos sugeriría entenderla con relación a la manera de realización del delito, es decir, a una especial gravedad con la que se ha cometido el hecho punible, lo que nos llevaría a suponer que la prisión preventiva podría tener como finalidad evitar la reiteración delictiva, lo que resultaría inaceptable, pues no estamos ante una pena sino ante una medida coercitiva. Otra interpretación sería concebirla en alusión a la reparación civil, pues la “magnitud del daño causado” se podría relacionar con la pretensión

civil de resarcimiento, la cual parece ser la intención del legislador al establecer este criterio pues a renglón seguido se señala “y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo”, lo cual revela que estamos ante un criterio inaceptable de reparación civil.

El pago de la reparación civil no tiene una conexión jurídica válida con el peligro de fuga. Peor aún resulta obligar al imputado a reparar “voluntariamente” el daño causado cuando todavía está siendo procesado penalmente y es considerado inocente, lo contrario sería exigir al procesado a aceptar su responsabilidad reparando voluntariamente el daño causado para evitar que se piense que va eludir la acción de la justicia. Es más, a lo expuesto podríamos agregar que se está ignorando el literal c numeral 24 del artículo 2 de nuestra Constitución Política que señala claramente que: “No hay prisión por deudas”.

Tal vez, el criterio más importante para evaluar el peligro de fuga es el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, ya que es el único que realmente permitiría demostrar objetivamente la probabilidad de fuga del imputado en base sus conductas, tales como, su concurrencia a las diligencias programadas, el cumplimiento de las reglas de conducta en una comparecencia con restricciones, actitudes procesales dilatorias, etc. No obstante, hay que tener cuidado con confundir actitudes procesales legítimas del imputado, por ejemplo, abstenerse de declarar, interpretándolas como comportamientos contrarios al sometimiento de la persecución penal.

Igualmente, respecto a comportamientos del imputado en procedimientos anteriores se debe actuar con cautela para no caer en un derecho penal de autor; dichos comportamientos deben ser compulsados con el comportamiento actual del procesado para evitar incurrir en estigmatizaciones y/o etiquetamientos.

Finalmente, tenemos el criterio de pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas. Creemos que este criterio tampoco es totalmente objetivo pues se basa en una presunción (legal) de que el hecho de pertenecer o reintegrarse a una organización criminal implica una gran posibilidad de fugarse. Ello se evidencia por la forma

de redacción de este criterio, en él no se ha consignado la necesidad de contar con algún indicio (dato cierto) que demuestre un acto de facilitación o favorecimiento a la fuga por parte de la organización criminal, sino tan sólo basta que el imputado pertenezca o se reintegre a ella. Por tanto, se trata de un criterio tendencioso que debe ser evaluado cuidadosamente por el Juez para evitar caer en arbitrariedades.

3.4. Peligro procesal de obstaculización de la actividad probatoria

Ahora bien, ya hemos analizado los criterios legales con los que cuenta el juez para calificar el peligro de fuga, por tanto, ahora nos corresponde examinar los criterios para evaluar el peligro de obstaculización establecidos en el artículo 270 del Código Procesal Penal. Así, la ley procesal señala que para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el “riesgo razonable” de que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o, 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

De la norma citada resulta importante esclarecer el significado de la frase “riesgo razonable”. Riesgo es la posibilidad de que se produzca una contingencia, por su parte, razonable es aquello compatible o adecuado con la razón, es decir, algo proporcionado y lógico, no exagerado. De esta manera, un “riesgo razonable” debe ser entendido como la posibilidad lógica de que algo suceda, concretamente ese algo es: 1. Destruir, modificar ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; 2. Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o, 3. Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

Sin embargo, creemos que no el término “riesgo razonable” no es el correcto, pues la posibilidad lógica de que estas conductas sucedan siempre está latente en todo imputado. Aquí, resulta preciso aclarar la diferencia entre “posibilidad” y “probabilidad”. La “posibilidad” es la aptitud o facultad para hacer o no hacer algo, mientras que la

“probabilidad” es la cualidad de probable (que se puede probar, es decir, que hay buenas razones para creer que sucederá pues se funda en pruebas).

De esta manera, “posibilidad” es entonces una circunstancia u ocasión de que una cosa exista, ocurra o pueda realizarse y por tanto, lo posible es aquello que puede ser o existir. De allí se deduce pues, que lo posible es todo suceso que puede darse y está basado en hipótesis o suposiciones que se pueden dar o no en una situación o caso, pero que no necesariamente es probable, por ello, para que algo sea posible no tiene que ser probable.

Mientras que “probabilidad” es una situación que puede suceder o que hay mayor factibilidad de que suceda, basado en pruebas o razones que la sustenten. De lo dicho anteriormente se deduce que, la probabilidad se basa en pruebas, las cuales dan sustento a que suceda la situación, por ello, la posibilidad de que suceda el hecho es mayor. Lo probable se refiere entonces, a un suceso contingente sobre el que hay buenas razones para pensar que sucederá.

Por tanto, en lugar de “riesgo razonable” lo correcto es que se deba exigir “probabilidad razonable” de que el imputado realice las conductas antes descritas, pues no es suficiente una “posibilidad” sino es necesario demostrar con elementos de convicción que las situaciones detalladas pueden suceder.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA

4.1. Desarrollo legislativo de la detención preventiva en Colombia

Borrero Brochero (2010) señala que en Colombia las medidas de aseguramiento privativas de la libertad han atravesado por tres etapas:

- a) Primera etapa, anterior a la Constitución Política de 1991.

- b) Segunda etapa, posterior a la Constitución Política de 1991, pero anterior a la Ley 906 de 2004.
- c) Tercera etapa, que surge con la Ley 906/2004 y se extiende hasta la actualidad. Esta última etapa se caracteriza por la adopción de cambios significativos relacionados con la denominada constitucionalización del derecho penal (Cfr. Borrero Brochero, 2010, pp. 50-58).

Ubicándonos en la primera etapa tenemos que, el Código Penal vigente para el año de 1938, en su artículo 379, contemplaba la posibilidad de retener de manera preventiva a los indiciados cuando dentro del proceso obraran declaraciones testimoniales con alto grado de credibilidad. Se aceptaba, igualmente, la posibilidad de aplicar detención preventiva si existían indicios graves sobre la responsabilidad penal del presunto autor o partícipe del hecho investigado.

Posteriormente, el Decreto 409/1971 estableció los requisitos que deberían cumplirse para imponer la medida de prisión preventiva. Requisitos que fueron redactados en los siguientes términos:

“Cuando la infracción por la que se proceda tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 226 de este código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga” (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 409/1971).

Se debe mencionar que, en su momento, esta norma fue objeto de fuertes cuestionamientos, pues resultaba arbitrario y desproporcionado admitir la detención preventiva para delitos frente a los cuales se encontraba prevista la pena de arresto. Esta medida constituía un verdadero retroceso en relación con la normatividad precedente, la cual resultaba más garantista.

Este choque inicial entre el Código Penal del año 1938 y el Decreto 409/1971 es ya un pequeño bosquejo de la totalidad de la historia de la prisión preventiva en Colombia, que ha sido una historia de oscilaciones, de avances y retrocesos, pues pareciera que frente a cada norma que busca racionalizar el uso de la detención preventiva, con posterioridad se le opone otra norma por medio de la cual se busca su ampliación o generalización.

Podría afirmarse entonces que, la historia de la prisión preventiva en Colombia ha sido la sucesión constante de normas con una finalidad claramente garantistas y normas de naturaleza populista o peligrosista; las primeras propendiendo por la disminución o racionalización en el uso de la detención preventiva, mientras que las segundas propenden por la masificación o ampliación, a todos los casos posibles, de la prisión preventiva.

Asistimos a un complejo fenómeno de desnaturalización del Derecho Penal y de la Política Criminal. Los fines del derecho penal y la naturaleza esencial de la política criminal se desnaturalizan con el claro objetivo de lograr adhesión política en los procesos electorales. Las promesas de incrementar las penas, de agitar una mano fuerte o de aplicar sanciones ejemplarizantes son siempre de buen recibo entre el electorado. Esto permitiría explicar ese interesante fenómeno de oscilación legislativa (entre el garantismo y el abuso) que ha sufrido a lo largo de todo el siglo XX la detención preventiva en Colombia.

Sin embargo, no se trataría de un fenómeno estrictamente local, ya que parece estar presente en varias latitudes, así, por ejemplo, para el caso español tenemos que el código penal de 1995 ha sido objeto de múltiples reformas que, incluso lo han llevado a ser más “punitivo que el código vigente en los últimos años del franquismo” (González Sánchez, 2011, p. 11) y como lógica consecuencia ha traído un aumento significativo en el número de personas reclusas en establecimientos carcelarios. Tenemos entonces que “... las políticas penales (y, sobre todo los mensajes que se lanzan sobre ellas) han demostrado ser una herramienta eficaz de cara a la gobernanza y muy eficaz aportando beneficios electorales” (González Sánchez, 2011, p. 12).

Posteriormente, el artículo 324 del Código Penal de 1981 contempla como medidas de aseguramiento la conminación, la caución y la privación de la libertad. En el artículo 333 indica cuando proceden dichas medidas, esto es, una vez el presunto infractor haya sido

vinculado en calidad de procesado, siempre que existan al interior del proceso pruebas que permita inferir, razonablemente, que participó en la comisión de los hechos materia de investigación.

En el año de 1984 se expide la ley 02, en la cual se regulan la detención preventiva y la excarcelación. La importancia de esta norma radica en el hecho de haber sido la primera en realizar mención expresa de la presunción de inocencia y, como lógica consecuencia, establecer que la excarcelación es la regla de aplicación general, mientras que la detención debe operar tan solo como excepción.

Buscando convertir la detención preventiva en verdadera excepción, se expide el decreto 050/1987, en cuyo artículo 414 se indicaba que la detención podía ser sustituida por la caución o la conminación. Además, se condicionaba su aplicación a la existencia de, al menos, un indicio grave de responsabilidad. Exigencia que se mantendrá en el artículo 388 del Decreto 2700/1991:

“Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso (...)”.

Ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, la Ley 600/2000 hace referencia a la primacía de la libertad e indica los fines constitucionales que fundamentan la aplicación de la detención preventiva (artículos 3, 355 y 356). Sobre esta norma y, específicamente sobre la exequibilidad del numeral 2.º del artículo 356 de la Ley 600/2000, se pronunciará la Corte Constitucional indicando la relación necesaria que debe existir entre la detención preventiva y los derechos a la presunción de inocencia, debido proceso y contradicción. Es bajo este entendido que la Corte condicionará

“... la constitucionalidad del inciso 2.º del artículo 356 del nuevo Código de Procedimiento Penal, bajo el entendido que, para la práctica de la detención preventiva, es necesario, el cabal cumplimiento de los requisitos formales señalados

(los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida), en armonía, con el requisito sustancial consiste en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil).

En el aparte transcrito vemos como el proceso de constitucionalización de la detención preventiva se muestra abiertamente garantista de los derechos fundamentales de los asociados, específicamente, de aquellos que se ven envueltos en un proceso penal en calidad de sindicados.

Bajo la égida del garantismo se buscaba ofrecer una protección más rigurosa a los individuos objeto de un proceso penal. En otros términos, proteger a los sindicados del basto entramado punitivo del Estado. Con este fin la sentencia precitada parte del articulado constitucional (artículos 28 y 29) para indicar que lo establecido en la codificación penal ha de tener, obligatoriamente, sustento en la Carta Política de 1991.

Posteriormente, con el acto legislativo 03/2002 se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 con la finalidad de implementar el sistema penal acusatorio en Colombia, lo que se hace a través de la ley 906/2004, que hace referencia a las medidas de aseguramiento en los artículos 2, 306, 307, 308, 309, 320, 311, 312 y 313.

Fiel a la idea del garantismo, la ley 906/2004 establece un nutrido catálogo de exigencias que los jueces deben acatar al imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Sin embargo, al interior de ese movimiento oscilatorio entre el garantismo y el abuso de la prisión procesal, la Ley 906/2004 no obtiene un avance significativo en pro del garantismo, pues según Borrero Brochero (2010) con esta norma no se consigue ofrecerles mayores garantías a los ciudadanos:

“Con el Acto Legislativo 03 de 2002 que introdujo la reforma constitucional al proceso penal y que le dio desarrollo legal con la Ley 906 de 2004 se retoman las orientaciones y criterios establecidos en el Decreto 181 de 1981, es decir, evaluación

de presupuestos mínimos probatorios que permitan inferir razonadamente autoría o participación del imputado en los hechos, lo que a nuestro juicio su regulación actual es menos garantista, sobre todo agravándose la situación con la reforma de la Ley 1453 de 2011 que provoca la prolongación de la privación de la libertad” (Borrero Brochero, *Op. Cit.*, p. 56).

4.1.1. La prisión preventiva en la Ley 1142/2007

La Ley 906/2004 parecía encaminada a promover un proceso judicial más garantista e incrementar los requisitos necesarios para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Lo cierto es que esto no ocurrió y, por el contrario, se promovió el abuso de la prisión preventiva. Granados Peña (s.f.) ha indicado sobre este punto, lo siguiente:

“En efecto, a pesar de que el objetivo central de la reforma que introdujo el sistema acusatorio era, entre otras, garantizar la aplicación excepcional de la detención preventiva, se empezó a construir una idea equivocada en la opinión pública de que el sistema acusatorio no era efectivo porque la mayoría de los “delincuentes” quedaban en libertad, asociando erradamente la concepción de libertad con impunidad” (Granados Peña, s.m.d.).

Mediante la Ley 1142/2007 “se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana” y se modifican los artículos 310 al 314 de la Ley 906/2004. El objetivo de estas modificaciones no es otro que el de ampliar la aplicación de la detención preventiva y restringir la aplicación de la detención domiciliaria y preventiva.

La Ley 1142/2007 modifica los criterios que deben emplearse para aplicar la detención preventiva. En esta norma se acogió el criterio de la “gravedad y modalidad de la conducta”, el cual comprende tanto el peligro para la comunidad como el riesgo de no comparecencia. Quiere esto decir que, la gravedad y modalidad de la conducta implica o comprende el riesgo para la comunidad y la posibilidad misma de fuga. Criterio bastante alejado del garantismo y que solo puede ser calificado de excesivamente amplio y ambiguo.

Tampoco se justifica bajo los mismos parámetros, limitar la aplicación de la detención preventiva en el domicilio solamente por la naturaleza del delito, pues al no tratarse de una pena y tener finalidades distintas, no se entiende como un ciudadano, no pueda enfrentar el proceso privado de la libertad en su domicilio, bajo la única consideración de que el delito por el cual está siendo investigado no lo permite, cuando en realidad dicha restricción a la libertad cumple las mismas finalidades de la medida intramuros, pero el legislador y los medios de comunicación hacen creer erróneamente a la comunidad que quien esta restringido de la libertad en su domicilio está siendo premiado. Confundiendo la finalidad de las medidas de aseguramiento, que en ningún sentido es enviar mensajes a la comunidad, ni transmitir sentimientos de justicia o de impunidad.

El efecto de la ley en comento solo podía ser el incremento exponencial (acelerado en el tiempo) en el porcentaje de personas a las cuales se impuso prisión preventiva, y que paso de 4,74 % a 38,65 % (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2009, p. 249).

Frente a esta nefasta reforma se pronunció Granados Peña (s.f.) en los siguientes términos que, en lo esencial, consideramos acertados:

“Sin duda alguna, con esta reforma se asestó un golpe bien importante a la estructura del régimen de libertad consagrado en el Código de Procedimiento Penal, toda vez que si bien se seguía reconociendo el principio de la excepcionalidad de la detención preventiva, en la práctica al flexibilizarse los criterios de necesidad tal principio pierde su real alcance si una de cada tres personas procesadas es sometida a prisión preventiva” (Granados Peña. *Op. Cit.*, p. 18.).

La Ley 1142/2007 fue, además de un claro retroceso, una traición a los postulados garantistas contenidos en la Constitución Política de 1991, y que fueron remarcados en la providencia ya citada, C-774/2001.

En la sentencia C-1198/2004 la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del artículo 24 de la Ley 1142/2007. Artículo en el cual se indicaba que, para estimar si la libertad del imputado resultaba peligrosa para la seguridad de la comunidad, el juez debía revisar la gravedad y modalidad de la conducta punible y, adicionalmente, si lo consideraba necesario, podía valorar las demás circunstancias. En su decisión la Corte Constitucional determinó que dicha norma desconocía los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento:

“Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuáles son realmente las conductas graves. (...) A la par, se desconoce que en ejercicio de la libertad de configuración que posee el legislador para determinar los eventos en los cuales es procedente privar de manera preventiva a una persona de su libertad, se ha indicado que para la solicitud de la misma también se debe sustentar su urgencia y que toda disposición contenida en el Código de Procedimiento Penal que permita esa clase de privaciones deben ser interpretadas restrictivamente (arts. 306 y 295 de la Ley 906 de 2004, respectivamente). (...) Empero, razón la asiste al Ministerio Público cuando señala que de ser suprimidas, por efectos de la declaratoria de inexecutable, las expresiones “suficiente, sin embargo y podrá”, del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, se presentaría una ambigüedad en su lectura e interpretación. Por ende, serán declaradas exequibles, en procura de la protección del derecho a la libertad y los principios que delimitan los eventos para su restricción, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los

requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 ibídem. (...) Igual contrariedad con la Constitución y los principios arriba referidos, se presenta al evaluar la expresión “en especial” contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, según la cual la modalidad y la gravedad de la conducta y de la pena a imponer serán los factores a los cuales el funcionario judicial le dará preponderancia para determinar la eventual no comparecencia del imputado al proceso” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1198/2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

A pesar de que el artículo demandado desconocía los principios de necesidad y proporcionalidad de la detención preventiva, la Corte Constitucional no lo declaró inexecutable en su totalidad, tal como correspondía, sino que optó por declararlo executable condicionalmente. En consecuencia, para determinar el peligro que el imputado representa para la sociedad, los jueces no deberían considerar únicamente de la gravedad y modalidad de la conducta punible, sino que además deberían entrar a valorar el cumplimiento de los fines constitucionales de la detención preventiva (308 y 310 del CPP). Fines constitucionales que, no sobra decirlo, son de textura argumentativa abierta y, por lo tanto, gozan de un amplísimo margen de interpretación y que no en pocos casos, obedecen a argumentos tautológicos que invitan al fallador a excusarse de nuevo en la gravedad y modalidad de la conducta, pero usando otras palabras.

La normatividad sobre la prisión preventiva empieza así a convertirse, paulatinamente, en una colcha de retazos tejida a partir de la normatividad positiva, la interpretación ambigua que la Corte Constitucional hace de la misma y el criterio de los jueces penales que deberán aplicarla a cada caso concreto.

En torno a este fenómeno se debe indicar lo siguiente:

a) La postura ambigua de la Corte Constitucional al no declarar la inexecutableidad de una norma que vulneraba principios constitucionales (necesidad y proporcionalidad de la detención preventiva) obedece a su interés por no chocar con los intereses del poder

legislativo y el gobierno, quienes promovían normas con una clara tendencia populista y peligrosista. Esto deja en evidencia la falta de independencia de los jueces, incluidos los de las altas cortes, además de dejar al descubierto el mal funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos como criterio fundante de la teoría constitucional en materia de composición del estado moderno.

b) Se traslada la problemática de aplicar una normatividad ambigua a los jueces penales, quienes en aras de evitar eventuales acciones disciplinarias en su contra, optan por la interpretación restrictiva, esto es, imponer prisión preventiva al mayor número de casos posible. En consecuencia, lo que debiera ser autonomía judicial se convierte en su antítesis.

4.1.2. Ley 1453/2011

La Ley 1453/2011 tenía como principal finalidad fortalecer la *seguridad ciudadana*, con este objetivo se modificó, una vez más, el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, que vino a quedar en los siguientes términos:

“Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito. 7.

Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.

Sobre la norma transcrita Granados Peña (s.f.) expresa una opinión que compartimos sin restricciones: la modificación que la Ley 1453/2011 realiza al artículo 310 del Código de Procedimiento Penal desconoce la providencia emitida por la Corte Constitucional (C-1198/2008), pues incorporar una expresión que ya había sido declarada condicionalmente exequible, “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible”.

Tal como queda el texto del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal tras ser modificado por la Ley 1453/2011 genera un amplio margen de ambigüedad que traslapa la idea de que se deben considerar, en primer lugar, las conductas objetivas para dejar en un segundo plano –en segundo lugar– los fines constitucionales de la detención preventiva. “Con esto, lo que se percibe es que con base en dichos criterios objetivos se amplía, injustificadamente, el concepto de peligro para la comunidad, obligando prácticamente a los jueces a ordenar la detención preventiva al advertirse alguna de esas circunstancias” (Granados Peña, *Óp. Cit.*, p. 21).

La conclusión que se impone es relativamente sencilla de extraer: tanto la Ley 1142/2007 como la Ley 1453/2011 resultaban contrarias a principios constitucionales como la presunción de inocencia, el debido proceso o la libertad de los sindicatos. Sin embargo, nunca se declaró su inconstitucionalidad.

Fieles a nuestra hipótesis de trabajo, postulamos que la historia legislativa de la prisión preventiva en Colombia es una historia de avances y retrocesos. Las dos últimas décadas han supuesto involución, un verdadero retroceso. Esto se hace evidente al revisar la normatividad internacional que persigue la desaparición de la prisión preventiva, tal como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“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. 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” (Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006).

4.1.3. Ley 1760/2015 (modificada por la Ley 1786 /2016)

La ley 1760/2015 introduce una serie de cambios sustanciales en relación con la detención preventiva. En términos generales puede afirmarse que estos cambios propenden por la racionalización en el uso de dicha figura y, en consecuencia, constituyen una tentativa del gobierno colombiano por dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el sistema interamericano de derechos humanos y ordenadas por la Corte Constitucional

Mediante el artículo 1º esta norma –ley 1760/2015– se adicionan dos párrafos al artículo 307 de la ley 906 de 2004. El primer párrafo racionaliza el término de duración de la prisión preventiva:

“... el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la ley 1474 de 2011, dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el juez de control de garantías, a petición de la fiscalía o del apoderado de la víctima, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento de que trata el presente artículo”.

El segundo párrafo, por su parte, señala: “Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento”.

En lo esencial, esta norma indica que, sin importar el tipo de delito de que se trate, el juez de control de garantías tiene la plena libertad de detener preventivamente o imponer una medida de aseguramiento distinta a la detención: puede, además, el juez, ejercer control sobre la calificación jurídica provisional y “valorar de manera suficiente si en el futuro” impondrá la medida en razón de alguna de las finalidades de la restricción de la libertad: 1) Evitar la obstrucción de la justicia, 2) Proteger a la comunidad o a las víctimas y 3) Asegurar la comparecencia del imputado al proceso o para el cumplimiento de la pena.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos saludó esta norma como un avance:

“Por su parte, la Comisión saluda los avances legislativos contemplados en la Ley No. 1760 de 2015 del Estado colombiano, mediante la cual se elimina la posibilidad de determinar la prisión preventiva con base en la pena en expectativa del delito que se imputa. En particular, de acuerdo con el artículo 2 que modifica el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, la conducta punible no resulta per se determinante para decidir sobre la aplicación de la prisión preventiva, sino que la autoridad judicial debe de “valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 67).

Sin embargo, las buenas intenciones de esta norma, fueron rápidamente cobijadas con una modificación inmediata, la Ley 1786 de 2016, que aumentó términos de privación de la libertad en algunos punibles, posición que es más acorde con la tendencia de doble discurso del legislador, pues mientras en el título de una Ley se pretende desarrollar una garantía, en su desarrollo simplemente se limita o se anula, o si en efecto se desarrolló dicha garantía, la modificación está a la orden del día.

4.2. Evolución jurisprudencial de la detención preventiva en Colombia

La Corte Constitucional ha abordado en múltiples ocasiones la temática de la detención preventiva y ha generado un cúmulo significativo de jurisprudencia que, en términos

generales, puede ser calificada como uniforme y garantista, especialmente porque se ha indicado, hasta la saciedad, que la prisión preventiva es el último recurso.

En consecuencia, su aplicación no debe obedecer en forma exclusiva a la gravedad y modalidad de la conducta, dado que esta interpretación va en contravía de la carta política de 1991 que consagra como derechos fundamentales la presunción de inocencia, el debido proceso y la libertad.

La sentencia C-774/2001 que, si bien, es anterior a la Ley 906 de 2004, contiene un interesante análisis sobre la colisión que se presenta entre la detención preventiva y la presunción de inocencia. El problema jurídico que aquí se analiza es, en términos generales, el siguiente:

“Considera el demandante que sí es necesaria la determinación de culpabilidad por parte de una autoridad judicial competente, a través de una sentencia condenatoria en firme, mientras esto no suceda se presume su inocencia, y por lo mismo, no puede ser detenida ni siquiera preventivamente, porque de hacerlo se estaría vulnerado la consagración de su inocencia y su libertad personal” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-774/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Frente a este cuestionamiento se pronuncia la Corte Constitucional indicando que, en nuestro país la presunción de inocencia posee rango constitucional (es un derecho constitucional) y, por ello, en los procesos judiciales de naturaleza penal, se exige que el estado demuestre de forma fehaciente la culpabilidad del indiciado. Quiere esto decir que, debe existir certeza sobre los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Planteamiento que se encuentra en consonancia con la normatividad internacional sobre la materia.⁶

Surge entonces el interrogante en torno a cómo justificar la existencia de la detención preventiva cuando el derecho a la libertad ostenta el rango de fundamental. Punto en el cual la corte acudirá

⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11°.: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado mediante la Ley 16/1974, artículo 8°.: “Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

a la teoría jurídica constitucional para plantear la tesis sobre la inexistencia de los derechos absolutos.

Al interior de la Corte Constitucional la teoría sobre la inexistencia de los derechos absolutos se remonta a un fallo proferido en el año de 1995, en el cual se indica lo siguiente:

“Los derechos fundamentales, no obstante, su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-578/1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Prueba de que el derecho a libertad no es absoluto se encuentra en el mismo artículo 28 superior, en el cual se establecen excepciones, entre ellas, el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, expedido con la observancia de las formalidades legales y con fundamento en motivos previamente definidos en la ley.

Quiere esto decir que, la privación de la libertad opera siempre y cuando se cumplan ciertos criterios que han sido establecidos por el legislador. Criterios que, en consideración de la Corte Constitucional, deben, adicionalmente, contemplar los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida de restricción de la libertad.

En consecuencia, atendiendo a los artículos 28 y 29 constitucionales, señalará la Corte Constitucional que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben cumplir con unas exigencias formales y sustanciales:

- a) Exigencias formales: existencia de una providencia interlocutoria en la cual figuren los hechos investigados, la calificación jurídica y el material de prueba que permite fundamentar la medida.
- b) Exigencias sustanciales: existencia de indicios graves de responsabilidad, los cuales deben derivarse de las pruebas existentes al interior del proceso.

En conclusión, la detención preventiva no sería incompatible con la Constitución Política de 1991. Lo que si resulta incompatible con la carta política es que se pretenda convertir la detención preventiva en una medida “general y automática”, y para evitar que esto suceda es que se han exigido unos requisitos materiales y otros sustanciales, a los cuales han de sumarse exigencias de rango constitucional como la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida:

“... aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo ” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-634/2000. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

La Corte Constitucional continuara desarrollando la teoría sobre los fines constitucionalmente admisibles de las medidas de aseguramiento en la sentencia C-805/2002, providencia en la cual se indica que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad han de cumplir con fines constitucionalmente admisibles:

- a) Asegurar la comparecencia de los indiciados,
- b) Impedirle la fuga, la continuación actividades delictivas o actos tendientes a ocultar, destruir o alterar elementos probatorios y
- c) Impedir la continuación de la actividad delictual en aras de proteger a la víctima y a la comunidad.

Ahora bien, la correcta aplicación de esos fines constitucionalmente admisibles no se corrobora mediante un proceso mecánico de subsunción, sino que su aplicación exige de un ejercicio hermenéutico complejo, capaz de salvaguardar un amplio catálogo de exigencias constitucionales, y entre ellas las siguientes:

- a) La medida de aseguramiento debe ser *necesaria*, quiere esto decir que no obedece a razones arbitrarias,

- b) La medida de aseguramiento debe ser proporcional, esto es, necesaria para garantizar los fines que la misma persigue y
- c) La medida de aseguramiento privativa de la libertad solo debe ser impuesta cuando existe un alto grado de convicción sobre el autor de la conducta.

4.2.1. Fines constitucionales de la detención preventiva

En la sentencia C-1198/2008 la Corte Constitucional conoce de una demanda de inconstitucionalidad que se dirige, entre otros, contra el artículo 24 de la ley 1142/2007, el cual modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004: “para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias”.

El demandante parte de considerar que este artículo vulnera el preámbulo y los artículos 28, 29, 228 y 250 de la Constitución Política. Además, desconoce el artículo 9.º del pacto internacional de derechos civiles y políticos y el artículo 7.º de la convención americana de derechos humanos.

Para resolver esta demanda de inconstitucionalidad, la corte parte de considerar que la detención preventiva no es inconstitucional *per se*. Sin embargo, como la detención de una persona posee un carácter excepcional, la modalidad y la gravedad de las conductas no pueden ser los criterios de mayor relevancia para la imposición de medidas restrictivas de la libertad.

En consecuencia, señala la corte, el artículo 24 de la ley 1142/2007 va en contravía de la jurisprudencia que venía manejando esa corporación y, especialmente, en contravía de lo que ya se había señalado en la sentencia C-774/2001, donde puede leerse:

“... no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.

Termina la corte efectuando un fuerte cuestionamiento del contenido del artículo 24 de la Ley 1142/2007, e indicando que la posibilidad de establecer la gravedad y modalidad de la conducta punible como criterios principales para la aplicación de la detención preventiva desconoce los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta para imponer la detención preventiva se desconocen dichos criterios (necesidad y proporcionalidad).

Cabría esperar entonces que la corte declarase la inconstitucionalidad del artículo analizado, lo cual no ocurre, pues en su lugar opta por: “**Cuarto. - DECLARAR EXEQUIBLE** el aparte “*será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:*”, contenido en el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que para determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y la modalidad de la conducta punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004”.

Por otra parte, llama la atención que en esta sentencia la corte no entra a efectuar un detallado análisis de la necesidad y la proporcionalidad, pues si bien remite a otras decisiones proferidas por la corporación, no existe mucha claridad sobre el significado preciso de estos términos, ni sobre la manera precisa en que deben ser considerados al imponer la detención preventiva o negar su imposición.

Tal como lo indicamos desde el principio de esta investigación, algunos conceptos constitucionales gozan de un grado de abstracción muy alto, lo que dificulta su aplicación o materialización en casos concretos.

En relación con la proporcionalidad, por ejemplo, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“... la medida debe ser proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, resultaría desproporcionado que a pesar de que la medida no sea necesaria para garantizar la

integridad de las pruebas, o la comparecencia del sindicado a la justicia, se ordenara la detención preventiva” (...) El legislador también puede indicar diversos criterios para apreciar dicha proporcionalidad, entre los que se encuentran la situación del procesado, las características del interés a proteger y la gravedad de la conducta punible investigada. En todo caso, la Constitución exige que se introduzcan criterios de necesidad y proporcionalidad, al momento de definir los presupuestos de la detención preventiva” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-805/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett).

La primera parte del concepto, tal como es expuesto por la Corte Constitucional corresponde a un ejemplo. No se trata de una definición ni de una explicación. Adicionalmente, se sigue que la medida resulta desproporcionada cuando no es “necesaria” para garantizar finalidades como la integridad de las pruebas o la comparecencia del sindicado al proceso –finalidades de naturaleza procesal–.

La segunda parte de la cita señala, sin embargo, que al legislador le asiste la libertad para establecer los criterios por medio de los cuales se ha de interpretar la proporcionalidad. Quiere esto decir que, lejos de ser la proporcionalidad un criterio de interpretación, es ella misma algo que debe ser interpretado. Y es aquí donde se abre, de nuevo, una puerta para introducir la teoría de la peligrosidad, puesto que la gravedad de la conducta punible es uno de esos criterios que el legislador puede imponer y que van a determinar cómo debe interpretarse la proporcionalidad de la detención preventiva. Lo que termina por convertir a la proporcionalidad en un elemento sin verdadera aplicación práctica.

Lo mismo sucede con la necesidad, pues también se admite la posibilidad de que el legislador establezca diferentes criterios de necesidad:

“Esta necesidad no es política ni estratégica sino jurídica, es decir, relativa al logro de los objetivos del proceso penal en general y a los fines de cada medida cautelar en especial. Es necesaria la medida cuando ésta es indispensable para alcanzar tales objetivos generales y fines específicos, a los cuales ya se ha referido esta

Corporación. El legislador puede establecer diferentes criterios de necesidad puesto que la Constitución no fija un parámetro único y puede modificar dichos criterios para atender cambios en la política criminal, siempre que respete la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia y no admita que la medida puede ser dictada por capricho o simple conveniencia. Así, por ejemplo, el criterio de necesidad, a la luz de la política criminal, puede ser más o menos exigente según la gravedad del delito y la importancia de los valores constitucionales involucrados” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-805/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett).

Lo que puede sacarse en limpio de esta definición, más allá de la libertad de que goza el legislador, es lo siguiente:

- a) La necesidad tiene finalidad general, el logro de los objetivos del proceso penal.
- b) La necesidad tiene una finalidad especial, materializar los fines constitucionalmente admisibles de la medida cautelar.
- c) La medida resulta necesaria cuando es indispensable (falacia de argumentación circular y petición de principio) para alcanzar los objetivos generales y específicos.
- d) El legislador puede variar los criterios de necesidad de acuerdo a las exigencias de la política criminal, respetando siempre la constitución y los tratados internacionales.
- e) No se admite la arbitrariedad, esto es, que la medida se dicte por una finalidad caprichosa o que responda a intereses espurios.

Por lo tanto, la política criminal puede incluir como criterio de necesidad la peligrosidad de la conducta, tal como se desprende del ejemplo que se cita al final del aparte transcrito: Verbigracia, el criterio de necesidad, a la luz de la política criminal, puede ser más o menos exigente según la gravedad del delito y la importancia de los valores constitucionales involucrados” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-805/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett).

En consecuencia, ni el criterio de proporcionalidad, ni el de necesidad sirven como contención para evitar el surgimiento de la teoría de la peligrosidad, pues siempre cabe la

posibilidad, atendiendo al amplio margen de configuración normativa que le asiste al legislador, de que se establezca la gravedad del delito como un criterio de interpretación de la necesidad y la proporcionalidad.

4.2.2. La jurisprudencia colombiana y los estándares internacionales

El pronunciamiento más completo e interesante sobre la relación entre la normatividad colombiana relacionada con la detención preventiva y los estándares internacionales se encuentra en el salvamento de voto que el magistrado Alberto Rojas Ríos presentara ante la decisión mayoritaria adoptada al interior de la sentencia C-469/2016.

El desacuerdo del magistrado Rojas Ríos radica en que, según su criterio, se debió declarar la inexequibilidad de la expresión “de la sociedad o” contenida en el numeral 2.º del artículo 308 de la Ley 906/2004 y el artículo 310 de la misma norma. Textos que para su cabal comprensión transcribimos:

“Ley 906/2004. Artículo 308”. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: (...) 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”.

“Ley 906/2004. Artículo 310. Modificado por el artículo 3º. de la Ley 1760/2015. El nuevo texto es el siguiente. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales, 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos, 3. El hecho de estar disfrutando un

mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional, 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional, 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas, 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años, 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.

La opinión de Rojas Ríos, según la cual se debió declarar la inexecutable de los artículos precitados se fundamenta en los estándares internacionales, los cuales se han consolidado a partir de la jurisprudencia elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A partir del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 8.2. de la Convención Americana sobre derechos Humanos, donde se indica que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, surge una obligación para el Estado, “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva” (Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*).

Así mismo, el principio de presunción de inocencia se ve conculcado cuando se hace un uso arbitrario (caprichoso) de la detención preventiva o cuando se aplica por causales que guardan relación con:

“... el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está en gran medida aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso mismo, entre otras razones porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de

libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia” (CIDH, Informe sobre el uso de detención preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 diciembre 2013).

Luego, si no se pueden establecer causales de aplicación de la detención preventiva relacionadas con los hechos o circunstancias que se acaban de indicar, surge la pregunta sobre cuáles son los fundamentos legítimos que autorizan su procedencia. A este interrogante da respuesta la Corte Interamericana en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (2013), documento en el cual se indica:

“... la Corte Interamericana ha establecido **consistentemente** que de las disposiciones de la Convención Americana –y a juicio de la Comisión también de las normas de la Declaración Americana– “se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva” (p. 61).

La conclusión se impone por sí misma. La prisión preventiva únicamente deberá emplearse cuando atiende a finalidades de naturaleza procesal. Por esto, en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (2013), indica:

“lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación *pro homine*, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho. No sólo por las razones expuestas, sino porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva” (pp. 61-62).

El magistrado Rojas Ríos explica, en forma clara y coherente, que tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado, de manera reiterada, que la detención preventiva únicamente procede frente a causales procesales relacionadas con el riesgo de fuga o la obstaculización de la justicia.

Es este el punto exacto en el cual la normatividad colombiana se aparta de los estándares internacionales. En nuestro sistema jurídico continua vigente la causal de “protección de la comunidad” como criterio de imposición de la detención preventiva. Causal que, a todas luces, se puede afirmar, no goza de naturaleza procesal.

Con el objetivo de reforzar su argumentación, el magistrado Rojas Ríos remite a la providencia C-1154/2005, en la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre la “protección a la comunidad” en los siguientes términos:

“... Igualmente, la **protección de la comunidad** en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1º de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en “la prevalencia del interés general”, cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado, “asegurar la convivencia pacífica” de la comunidad, no” obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana, y por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del sindicado, el ejercicio de esta atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1154/2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

CAPÍTULO V

ENFOQUE CRIMINOLÓGICO Y POLÍTICO CRIMINOLÓGICO

5.1. Perspectiva criminológica

La criminología estudia el crimen, al infractor, la víctima y el control social, con fines de suministrar información científica, contrastable y útil para el diseño de una política criminológica eficaz de prevención, reducción, control y sanción del crimen, con intervenciones positivas en el infractor, a fin de no afectar la dignidad humana ni el compromiso axiológico que la sociedad y el estado tienen con la persona humana, el cual entraña un *thelos* compatible con un estado social, democrático y de derecho.

En ese sentido, el *ethos* criminológico es meridianamente patente: el ejercicio del *ius puniendi* estatal no debe tener al ser humano como un medio para alcanzar fines subordinados, como la seguridad y el orden, los cuales son alcanzables democráticamente, sin recurrir al fácil expediente de privar de la libertad a un imputado o acusado. Más aún, si la criminología cuestiona asazmente la institución de la cárcel, como espacio de encierro y cumplimiento de la pena privativa de la libertad, por su carácter contradictorio con la finalidad resocializadora de la pena, con más razón critica el uso de la prisión preventiva para los imputados, pues en tal caso los efectos nocivos de la prisión como pena privativa de libertad se anticipan con grave afectación del derecho a la presunción de inocencia, cuya jerarquía constitucional lo extiende hasta que se alcance la declaración judicial de su responsabilidad y, peor aún, con los peligrosos y nocivos efectos etiquetadores y estigmatizadores de la prisión, que causan serios daños psicológicos y de auto estima en las personas.

La criminología no puede estar de acuerdo con el encierro de una persona humana ni antes de ser condenada ni después, en las condiciones de hacinamiento, turgurización y abandono que se encuentran en los países periféricos latinoamericanos, pues ello representa una praxis de ejercicio del poder de dominación en la criminalización de la persona, que generalmente pertenece a las clases sociales más carenciadas, vulnerables y marginales de la sociedad. Desde la criminología contemporánea no se puede estar contestes con dicha afectación de la dignidad humana, debido a que el proceso de criminalización es conducido por el grupo dominante, práctica en la cual el crimen deviene un constructo social atribuible a

determinados individuos, cuya conducta no es patológica ni anormal, sino una reacción esperada frente a unas estructuras injustas, desiguales y excluyentes.

Recuérdese que la prisión surge en un momento como una forma de retener al imputado mientras esperaba el juicio o al condenado en tanto se le eliminaba o ejecutaba. Más tarde, se convertiría en un medio de ejecución de penas cortas de privación de la libertad, antes de ser reemplazadas por las penitenciarías. Evidentemente, ante la crueldad del denominado Antiguo Régimen, con sus penas corporales, como la tortura, la horca, la hoguera y el tormento, entre otros, que no eran lógicamente apropiadas para redimir o resocializar al condenado ni para infundir miedo en la población con semejante espectáculo que a fuerza de repetición se había convertido en un acto ordinario; la prisión fue un lenitivo frente a la barbarie de entonces, pero después comenzó ella misma a estar reñida con el programa del derecho penal liberal, pletórico de principios como los de proporcionalidad, humanidad y no trascendencia de las penas, que hoy en día -lamentablemente- son cosa del pasado en nuestros ordenamientos penales, como se puede constatar de una breve revisión de las innumerables modificaciones normativas de orden penal, procesal y de ejecución penal, inspiradas por el expansionismo, la sobre criminalización, el hiper punitivismo y el populismo penal.

De hecho, la prisión preventiva como medida cautelar personal constituye una grave restricción a la libertad, y su aplicación excesiva es, sin lugar a dudas, un atentado sin precedentes contra la dignidad humana en nuestros países actualmente. Según el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario del Perú al mes de junio de 2018 (p. 6), existen 34,739 de 88,423 personas internadas en los centros penitenciarios del Perú que no están sentenciadas, esto es, casi el 40%. Otro tanto ocurre en Colombia, lo cual revela la magnitud del problema de la prisionización, producto de la sobrecriminalización, el hiperpunitivismo, el populismo punitivo y la mediatización del conflicto penal, pues los magistrados disponen el ingreso al centro penitenciario de un imputado al aplicar extensivamente -y no restrictivamente como debería ser tratándose de una norma que restringe derechos- la norma que establece determinados presupuestos para la prisión preventiva, la cual se encuentra hipertrofiada debido a que la mayoría de delitos está penado con una pena privativa de libertad superior a cuatro años, al preferir no oponerse al accionar

de los *mass media* cuyo principal ingreso económico está condicionado por las ventas y éstas son mayores en función de la presencia de elementos como la violencia y el sensacionalismo, que excitan el morbo de la opinión pública, porque ello les significaría verse expuestos al juicio ligero de la sociedad teledirigida.

La situación reflejada en las estadísticas anteriores, pone de manifiesto un uso excesivo y desmedido de la prisión preventiva en nuestras sociedades. Cuando este problema se presenta la realidad es grave legal y políticamente, pues está de por medio el derecho fundamental a la libertad y la presunción de inocencia, por lo que desde la universidad resulta imprescindible analizar críticamente la situación con la objetividad que exige la ciencia, para poder conocer si se trata de una coyuntura debido a la intemperante actitud persecutoria de ciertos magistrados o de una secuela estructural del sistema penal peruano y colombiano; y si existe congruencia en la aplicación exagerada de la prisión preventiva con la filosofía antropocéntrica de la Constitución Política de nuestros países.

Desde que la prisión preventiva se usa inmoderadamente, se advierte detrás de ella una idea de emplearla como pena adelantada, lo cual corresponde a la raigambre cultural del castigo como “un conjunto complejo de procesos e instituciones interrelacionadas, más que como un objeto o un hecho uniforme”, según apreciación de Garland, D. (1999:32), es decir, constituye una práctica cultural de respuesta estatal y social, por ello, un estudio analítico individualizado de las normas sobre los derechos al debido proceso, la presunción de inocencia y la persecución penal, deviene exiguo para explicar este uso descomedido de la prisión preventiva, ya que se debe necesariamente recurrir a la criminología para comprender las razones políticas y culturales que justifican esta forma de ver al *otro*, que pese a no estar condenado, es decir, a no haberse declarado judicialmente su responsabilidad, ya se le encarcela preventivamente y hasta preliminarmente, etiquetándolo y estigmatizándolo como criminal.

La criminología contemporánea viene criticando asazmente al *ius puniendi* y al sistema penal, desde la teoría de la reacción social primero y luego con la criminología crítica y el abolicionismo, sin embargo, gracias al nuevo orden mundial, escoltado por la globalización y la tecnología, el ejercicio del *ius puniendi* retoma con fuerza su cariz persecutorio, retributivo y vindicativo, ajeno a los derechos humanos, al extremo que su expansionismo

lo ha vuelto un sistema puramente simbólico, en el que lo que interesa al Estado ya no es la primacía del derecho como conjunto de garantías del imputado y la víctima, sino la supremacía del castigo como pena o como prisión preventiva, lo cual desnaturaliza la función del derecho penal y la relación entre el crimen y el castigo, haciendo que la pena no dependa del delito sino de la conducta procesal del imputado.

En la sociedad post moderna, el ejercicio del *ius puniendi* implacable es clamado y aclamado por la sociedad, previamente inducida por los *mass media* para reclamar a la autoridad un tratamiento sumamente duro, de enemigo, al criminal, aun durante el proceso, con lo cual el empleo como *prima ratio* de la prisión preventiva se asume como algo esperado por la sociedad, para defender a ésta de los presuntos delincuentes, pese a que todavía gozan técnicamente del derecho a la presunción de inocencia. Es como si se hubiera invertido la presunción y el Estado asumiera una presunción de culpabilidad, por eso encierra a los imputados, por encima y en lugar de la presunción de inocencia.

Lo que ha venido en justificar esta práctica extendida como regla general de la prisión preventiva es la errónea idea de que el *ius puniendi* no solo debe castigar sino comunicar confianza en la seguridad y educar a la sociedad. Así, la vieja función preventiva general y especial que como sedante aplacaba las conductas anormales y desviadas de los criminales, según la criminología positivista, tranquilizando a la población porque el enemigo era encerrado, pero que nunca dio resultado porque la criminalidad nunca disminuyó pese a la elevada prisionización, revela que la concepción del crimen, del criminal y del ejercicio del *ius puniendi*, se han quedado detenidas en la pre historia criminológica y en una época pre moderna del derecho penal

Asimismo, la nueva función pedagógica del derecho penal, como lo sostiene Stortoni, L. (2003) confunde las funciones del derecho y la moral, de donde resulta que el derecho penal gira 180° hacia el despotismo, la arbitrariedad y el autoritarismo, toda vez que siendo su esencia coercitiva por antonomasia, es imposible pretender que cumpla una finalidad y gestión formativa, pues ésta implica actuar *ex ante* y no *ex post facto* como actúa el sistema de control penal formal, cuya naturaleza y lógica no puede ser

comprensiva ni democrática, de ahí que el castigo haya pasado a formar parte importante del nuevo orden político que delinea la actuación del *ius puniendi*.

Así, con Aponte, A. (2006) consideramos que el sistema penal ha dejado de ser en nuestros días un medio protector de la libertad y se ha transformado en un medio utilitario e instrumental en función del interés político dominante.

Esta renovada creencia mítica en la eficacia del sistema penal, denominada optimismo punitivo, no solo ha sido negada por la historia, sino también por la criminología contemporánea, cuyos postulados permiten determinar que las causas de la criminalidad no están en el individuo sino en el proceso de criminalización, esto es, en el poder de definición, de asignación y de ejecución, que hacen al ejercicio del *ius puniendi*.

Desde el siglo XIII, en que el Estado monopoliza el conflicto y le da un tratamiento penal neutralizando a la víctima y castigando al infractor con la denominada reina de las penas, como se llama a la cárcel, dejando intacto y sin resolver el conflicto que todo crimen supone, la idea de castigo sustituye a la de restitución, reparación y restauración, esto es, el Estado castiga no por el daño infligido a la víctima, sino porque el infractor ha desobedecido la norma estatal, de ahí que poco o nada le interese al Estado el resarcimiento victimal sino únicamente le importa imponer castigo, cuanto más duro mejor y cuanto más previamente se imponga dolor y sufrimiento también mejor.

En la actualidad se ha venido en agregar una supuesta legitimación a dicha práctica estatal, que subyace en la idea del populismo punitivo, el cual consiste como asevera Larrauri, E. (2006) en el uso del derecho penal bajo la idea de que penas más graves reducen la criminalidad; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay rédito electoral por el uso del *ius puniendi* que hace el aparato político.

Este optimismo punitivo que ha engendrado el populismo punitivo, se asienta en la idea de que siendo la cuestión criminal un problema social, lo que es verdad, el sentido común debe proporcionar lo necesario para resolver dicho problema, lo cual excluye la participación de expertos, que en el caso de la cuestión criminal son los criminólogos. Por eso el poder prefiere utilizar a la opinión pública que emplear la criminología, pues

ésta demuestra la falsedad del discurso punitivo, la inutilidad de la cárcel como pena y prisión preventiva.

El actual criterio eficientista de la administración de justicia supone conceder suma importancia a las consecuencias inmediatas, como hitos visibles de gestión en capturas, detenciones y condenas, lo cual obliga a considerar el mismo derecho de defensa como una dificultad inconveniente para una administración célere y obtención de resultados categóricos. En esa línea, hay una marcada tendencia a que la cantidad de denunciados, detenidos y condenados, se incremente exponencialmente, lo que lleva al gobierno a proclamar que se está combatiendo el crimen y encerrando a los enemigos de la sociedad, lo cual no pasa de ser una visión punitivista que la criminología contemporánea recusa.

Así, en medio de este *pseudo* eficientismo penal la emergencia se crea; el enemigo se construye; el proceso es ya la pena porque a través del mismo se degrada y separa a la persona humana del seno social; y la libertad se restringe y devalúa. En efecto, el proceso surte los efectos de un rito de oprobio e ignominia mediáticamente sobre expuesto que antes o al término coloca al procesado en un lugar de encierro, para que sea visto como un ser inferior y culpable de los males de la sociedad.

5.2. Visión político criminológica

De acuerdo con lo descrito precedentemente, el garantismo penal es una genuina quimera, pues la principal garantía que es el resguardo de la libertad, es inocuizada con la aplicación maximalizada del *ius puniendi*, con el pretexto de avalar la seguridad ciudadana como el derecho más superlativo, en lugar de apoyar la seguridad integral, es decir, el goce real y efectivo de todos los derechos fundamentales.

La prisión preventiva, como se viene aplicando en la actualidad, atenta gravemente con principios cardinales de un Estado social, democrático y de Derecho, tales como la presunción de inocencia, el debido proceso, a la libertad, entre otros, y no por la decisión abusiva e irresponsable de algún magistrado indolente y razonable, sino porque el uso excesivo y colosal del *ius puniendi*, del cual la prisión preventiva es una expresión, está

inscrito en un paradigma cultural y político que relega los derechos fundamentales y los subordina al cumplimiento de otros fines utilitarios, pragmáticos y efectistas, que producen inmediatos beneficios políticos en el ámbito de la opinión pública.

El uso arbitrario de la prisión preventiva corresponde a una política punitiva, no a una política criminológica, que es la respuesta que diseña el Estado para hacer frente a la cuestión criminal, en orden a la prevención del crimen, para controlar y superar las causas de la criminalidad que determina la criminología diseñada; también para sancionar los crímenes más graves pero interviniendo positivamente en el infractor, respetando su dignidad y derechos humanos, posibilitando su reeducación y reintegración a la sociedad, sin haberlo desarraigado personal, familiar, social y laboralmente mediante la cárcel; pero sobre todo para ejercer un control social formal de una manera diferente, redimensionando el sistema penal e invirtiendo los bienes e intereses jurídicos que debe proteger prioritariamente, que son los que vulneran los crímenes más graves, esto es, los que implican la defensa de intereses difusos y colectivos, como los crímenes económicos, medio ambientales, políticos, de cuello blanco, entre otros.

El uso extremo de la prisión preventiva es la expresión político criminológica del derecho penal del enemigo, el cual se identifica, de acuerdo con Gomes y Bianchini (2006) cuando se flexibiliza el principio de legalidad y se comienzan a tipificar vaga abierta o ampliamente los delitos y las penas; se dejan de cumplir los principios penales liberales como el de ofensividad, exteriorización del hecho y la imputación objetiva; se aumenta desproporcionadamente las penas; se crean artificialmente nuevos delitos sin bienes jurídicos; se endurece sin causa la ejecución penal; se anticipa demasiado la tutela penal; se flexibiliza la prisión provisional; se abusa de medidas preventivas y cautelares, y se dictan medidas penales contra quienes ejercen actividades lícitas, entre otras características. Como se puede apreciar, el abuso de la prisión preventiva es una manifestación del derecho penal del enemigo.

Al reflexionar sobre las circunstancias que nos han inducido a expandir ilimitadamente el sistema penal, sobre criminalizar las actividades de las personas y encarcelar por regla

general y no como excepción, identificamos que el haber consentido que hacer justicia es castigar y no discernir la verdad, nos ha acostumbrado a la violencia que la orden de detención implica y al morbo de la lucha desigual entre el Estado y el infractor, que culmina con la inexorable derrota de éste, al que se le impone una pena perdida, en el sentido que el Estado desaprovecha una oportunidad para recuperar a la persona.

¿Por qué nuestras sociedades se han acostumbrado a castigar al delincuente en vez de administrar justicia? ¿Por qué castigamos con la prisión preventiva antes de condenarlos? Hay una determinada forma de colaboración y de estructura cultural y social que produce criminalización, que consiste en que el sistema penal construye o reconstruye la realidad de una delimitada manera. Apunta hacia un incidente, precisado en tiempo y espacio, y solidifica la acción allí, con relación a una persona, a quien la causalidad y la responsabilidad le atribuyen el delito. Después de esa operación, la persona en cuestión es aislada de los hechos, de su entorno, de sus relaciones y de su familia, así como de las propias víctimas, las que también son separadas de los hechos. Al segregarlos, las personas reales se convierten en personajes irreales.

Desde una perspectiva social, el castigo al infractor es desalentador y decepcionante, por cuanto sus fines nunca se cumplen. Desde un enfoque político, genera conmoción y alteraciones apremiantes y discrepancias insolubles. Por tanto, el castigo complica la vida social porque el conflicto a raíz del cual se sanciona al trasgresor, queda intacto como problema social.

Desde el pensamiento de Foucault, citado por Garland, D. (1999) se ha constatado que la incapacidad del aparato penal es, *ab initio*, permanente, aseveración con la que coincide Lawrence Stone, uno de los mayores críticos de Foucault, citado por el mismo Garland, quien admite que la prisión del siglo xx es una institución rudimentaria, inútil para la conservación del sistema; sin embargo, la prisión preventiva o definitiva subsiste porque la cultura da forma al castigo y viceversa, también genera sus propios significados, valores y pasiones locales.

La prisión en general y la prisión preventiva en particular, como formas de castigo penal y de pena adelantada, respectivamente, tienen una colosal fuerza simbólica en la sociedad derivada de su *status* como espacio de tracción y conflicto social entre la ley penal y la desviación, que pretende ocultar o disimular hondos problemas humanos morales, tales como la desigualdad, la exclusión, la ajenidad, la conflictividad y violencia en las relaciones sociales, proveniente todo ello de las estructuras económicas, políticas y culturales.

Por ello, el castigar a los trasgresores es un acto pleno de significado simbólico social, que trasciende la idea de castigar para separar a unos de otros, a los buenos de los malos, quizás por eso no le interese al estado resocializar al infractor, tan solo imponer vengativamente su poder por haber desobedecido sus normas y alterado el orden social, sin preguntarse siquiera si ese orden social es justo o requiere revisión y transformación. Para Garland, D. (1999) el castigo sirve como lugar estratégico desde donde se expresa el poder, se crean las identidades, se forman las relaciones sociales y se toman decisiones de vida o muerte. En tal razón, atraen la atención de las personas según sea su ubicación privilegiada en la sociedad y son, en verdad, un simple entretenimiento.

En definitiva, como sugiere Garland, D. (1999) el simbolismo de la prisión no se agota en las señales de amenaza e intimidación que emite, sino también se orienta a crear subjetividades, formas de autoridad y relaciones sociales. En palabras de Foucault, citado por Garland, D. (1999) el castigo no sólo confina y disciplina a la sociedad, también contribuye a recrearla. Y el uso exagerado de la prisión preventiva trágicamente coadyuva a ello. Queda así comprobado que el uso de la prisión preventiva en Perú y Colombia, así como en los demás países periféricos latinoamericanos es expresión del mero simbolismo penal y un instrumento del derecho penal del enemigo, en suma, es la negación de la justicia penal garantista plena de principios penales liberales y negación de una política criminológica eficaz, siendo únicamente instrumento de una política penal de castigo adelantado a quienes el Estado y la sociedad consideran los enemigos, los otros, los chivos expiatorios de todos los males sociales, cuando en verdad el crimen es un doloroso problema comunitario.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

Primera: El desarrollo histórico de la detención preventiva en Colombia no ha sido progresivo, sino que se encuentra plagado de una serie de normas por medio de las cuales se ha intentado retornar a teorías ya superadas, tal como sucede con las tesis penales sobre la peligrosidad. Prueba de esta afirmación son las Leyes 1142/2007 y 1453/2011, por medio de las cuales se intentó establecer la gravedad de la conducta como criterio objetivo para la aplicación de la detención preventiva.

La propuesta legislativa contenida en las Leyes 1142/2007 y 1453/2011 fue justificada por el gobierno acudiendo al discurso sobre la necesidad de defender a la sociedad. Discurso que como indicamos en el desarrollo de la presente investigación, tiene como correlato la necesidad de crear un enemigo interno.

Segunda: Colombia es, en la región, uno de los países donde más se aplica la detención preventiva. En Colombia por cada 100 personas privadas de la libertad, 30 son presos preventivos, quiere esto decir que sobre ellos no recae ninguna condena judicial y aún se presume su inocencia.

Llamamos la atención sobre el hecho de que en los países de la región donde más se abusa de la detención preventiva, se continúan utilizando los criterios de riesgo para la sociedad o para la víctima a la hora de aplicar la detención preventiva (Asociación por los Derechos Civiles – ADC *et. al.*, 2012, p. 5).

Tercera: para el caso de Colombia, la detención preventiva termina por afectar especialmente a los más desfavorecidos y marginados en la escala social, quienes carecen de los medios económicos que les permitan pagar una defensa técnica que les posibilite un mayor margen de probabilidad para obtener el beneficio de la detención domiciliaria o preventiva (Cfr. Hartman Arboleda *et. al.*, 2009).

Esta situación encaja perfectamente con la teoría del sociólogo Loic Wacquant (2009), según la cual, mediante la encarcelación de los pobres se pretenden paliar los desajustes de un sistema social que se caracteriza por desigualdades, injusticias o inequidades que están más allá de lo tolerable. Adicionalmente, se genera un modelo de “impunidad selectiva”, pues si bien el sistema penal se muestra expedito y severo para sancionar delitos que tienen un alto impacto social pero una baja lesividad, también se muestra parsimonioso e inoperante para juzgar delitos contra la Administración pública, los cuales poseen un alto impacto social.

Cuarta: Según los datos suministrados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia (INPEC) el hacinamiento carcelario paso de 52.29 % en el 2016 al 45.6 % en el 2018, cifra que se explica en función de diferentes factores y, entre ellos la excarcelación de quienes se han sometido a procesos de justicia transicional o la excarcelación de quienes han quedado libres en razón de la Ley 1760/2015 que propende por la racionalización en el uso de la detención preventiva. Pese a la disminución en el porcentaje del hacinamiento carcelario, la cifra total de personas que continúan recluidas en razón de la detención preventiva continúa siendo alta, 35.000.

Quinta: La Ley 1760/2015 permite alcanzar uno de los objetivos que Colombia tenía pendiente por cumplir en relación con los estándares internacionales, ya que por medio de esta ley se coloca un límite temporal a la detención preventiva, “... el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial”.

Sin embargo su implementación inmediatamente modificada por la Ley 1786 de 2016 y los pronunciamientos del gobierno y del legislativo hacen ver que la duración de sus efectos será corta, las modificaciones inminentes y el retroceso en garantías asegurado, pues ese límite temporal tantas veces ampliado aún resulta muy poco para adelantar un proceso en un sistema para el cual la única ratio es llevar todos los procesos a juicio.

Sexta: El abuso de la detención preventiva trae como consecuencia el aumento en las cifras de hacinamiento carcelario, lo que impide que se puedan cumplir los fines de resocialización estatuidos para la pena. En este punto se debe considerar que, quienes están en detención preventiva, comparten los mismos espacios con quienes ya han recibido condena.

Séptima: Las constantes modificaciones en la legislación sobre detención preventiva se encuentran motivadas por intereses electorales, puesto que las promesas de incrementar las penas y aplicar sanciones ejemplarizantes son siempre de buen recibo entre el electorado.

Octava: La normatividad (legislación y jurisprudencia) actualmente existente en Colombia sobre la detención preventiva es bastante confusa, además de contradictoria y poco coherente.

Novena: La Corte Constitucional no ha cumplido a cabalidad su papel como guardiana de la constitución política al permitir que subsistan en el ordenamiento normas que atentan contra derechos como la libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia y ha desconocido abiertamente y haciendo un esfuerzo argumentativo la clara posición del sistema interamericano

Decima: La implementación de un sistema penal de corte acusatorio no representó un avance en materia de detención preventiva. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que mediante la combinación entre el sistema acusatorio y la Ley 1142 /2007 se da un incremento exponencial de la detención preventiva, que pasa en un término de siete meses del 4.74 % al 38.65 %.

Décimo primera: Para la Corte Constitucional la detención preventiva no resulta inconstitucional *per se*, lo inconstitucional sería el abuso de dicha figura. En consecuencia,

la teoría radical sobre la necesidad de abolir de manera definitiva la detención preventiva no es de recibo en nuestro medio.

Décimo segunda: Los criterios de proporcionalidad y necesidad de la detención preventiva no operan como principios. En consecuencia, resultan insuficientes para hacer frente a causales que buscan imponer la detención preventiva teniendo como único criterio la gravedad o la peligrosidad de la conducta, soportada en argumentos legales tautológicos que llevan a hacer el mismo análisis.

Décimo tercera: El garantismo judicial se presenta como una teoría útil para intentar encontrar una solución a la problemática del abuso de la prisión preventiva en Colombia. Esto es posible gracias a que esta teoría propone acudir a estamentos internacionales para conseguir que se respeten los derechos fundamentales que el Estado no está en capacidad de garantizar o no está interesado en garantizar.

Décimo cuarta: Para determinados casos nuestra legislación, limita la medida privativa de la libertad a la reclusión en establecimiento carcelario, tal como sucede en los delitos en que las víctimas son menores, lo que es incompatible con la naturaleza de la figura.

Décimo quinta: La autonomía de los jueces se encuentra coartada por una ley no escrita que es promovida desde el gobierno e impuesta a los jueces y fiscales por medio de canales no oficiales que incluyen las amenazas en torno a la posibilidad de ser sancionados o incluso despedidos por bajo rendimiento en sus funciones (Salas Portilla y Sanz Morales, 2011, p.1).

Décimo sexta: El abuso de la detención preventiva en nuestro país viene a dejar en evidencia que no existe un sistema de pesos y contrapesos eficiente entre las ramas del poder público.

Décimo séptima: Tanto el gobierno como el legislador se burlan de los estándares internacionales e intentan disfrazar los cambios legislativos con un toque de garantismo que solo es aparente. Teoría del doble discurso: se afirma una cosa, pero se hace otra, pues mientras por un lado y ante la comunidad internacional se enarbola el ideal de los derechos humanos, incluido, por supuesto, el ideal contenido en el estándar interamericano de derechos

humanos, por otro se expiden, en la legislación interna, normas por medio de las cuales se aspira a masificar la prisión preventiva y se busca el retorno a tesis propias de la teoría de la peligrosidad.

Décimo octava: Tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado, de manera reiterada, que la detención preventiva únicamente procede frente a causales procesales relacionadas con el riesgo de fuga o la obstaculización de la justicia. En consecuencia, la normatividad colombiana se aparta de los estándares internacionales, ya que en nuestro sistema jurídico continua vigente la causal de “protección de la comunidad” como criterio de imposición de la detención preventiva. Causal que, a todas luces, se puede afirmar, no goza de naturaleza procesal.

Décimo novena: Según el Instituto Nacional Penitenciario del Perú en su Informe Estadístico Penitenciario del mes de julio de 2018, la población penitenciaria asciende a 107,948 personas, de los cuales 88,423 se encuentran reclusas en un penal, de los cuales 53,684 internos están condenados y 34,739 están siendo procesados penalmente, lo cual revela que el 39.29% de la población penitenciaria se encuentra interno en un penal debido a la imposición de la medida coercitiva personal de prisión preventiva; el porcentaje de internos primarios y reingresantes asciende a 74% y 26% respectivamente; y la sobrepoblación y/o hacinamiento es de 49,267 internos que representa el 126% de la capacidad de albergue a nivel nacional.

Vigésima: La prisión preventiva en el Perú y Colombia, no se aplica como una medida excepcional y no cumple con el estándar internacional establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; las características del derecho penal de autor y del derecho penal del enemigo se revela en los presupuestos procesales exigibles para la prisión preventiva en el Perú y Colombia, ya que la sanción a imponerse es superior a cuatro años de pena privativa de libertad, y la inferencia del peligro de fuga y de obstaculización de la verdad está en razón de los antecedentes personales del imputado.

Vigésimo primera: La prisión preventiva en el Perú y Colombia es un instrumento penal simbólico y sin efectos preventivos general y especial, que distorsiona el sistema procesal

penal garantista y afecta los derechos fundamentales por su carácter selectivo, discriminador y arbitrario en perjuicio de los ciudadanos pertenecientes a las clases sociales más carenciadas y desfavorecidas; y está basada en una criminología positivista y una política criminológica de defensa social.

Vigésimo segunda: El ejercicio del *ius puniendi* estatal no se condice con el *ethos* criminológico, porque tiene al ser humano como un medio para alcanzar fines subordinados, como la seguridad y el orden, los cuales son alcanzables democráticamente, sin recurrir al fácil expediente de privar de la libertad a un imputado o acusado. En tal sentido, la prisión preventiva como medida cautelar personal constituye una grave restricción a la libertad, y su aplicación excesiva es, sin lugar a dudas, un atentado sin precedentes contra la dignidad humana en nuestros países actualmente.

Vigésimo tercera: La prisión preventiva se usa inmoderadamente, lo cual permite advertir una idea de emplearla como pena adelantada, lo que corresponde a la raigambre cultural del castigo como una práctica cultural de respuesta estatal y social, por ello, un estudio analítico individualizado de las normas sobre los derechos al debido proceso, la presunción de inocencia y la persecución penal, deviene exiguo para explicar este uso descomedido de la prisión preventiva, debiendo necesariamente recurrirse a la criminología para comprender las razones políticas y culturales que justifican esta forma de ver al *otro*, que pese a no estar condenado, es decir, a no haberse declarado judicialmente su responsabilidad, ya se le encarcela preventivamente y hasta preliminarmente, etiquetándolo y estigmatizándolo como criminal.

Vigésimo cuarta: El ejercicio del *ius puniendi* es persecutorio, retributivo y vindicativo, ajeno a los derechos humanos, al extremo que su expansionismo lo ha convertido en puramente simbólico, interesando al Estado no la primacía del derecho como conjunto de garantías del imputado y la víctima, sino la supremacía del castigo como pena o como prisión preventiva, lo cual desnaturaliza la función del derecho penal y la relación entre el crimen y el castigo, haciendo que la pena no dependa del delito sino de la conducta procesal del imputado, invirtiendo la presunción de inocencia por la de culpabilidad.

Vigésimo quinta: El actual criterio eficientista de la administración de justicia concede suma importancia a las consecuencias inmediatas en capturas, detenciones y condenas, con lo cual existe una marcada tendencia a que la cantidad de denunciados, detenidos y condenados, se incremente exponencialmente, lo que lleva al gobierno a proclamar que se está combatiendo el crimen y encerrando a los enemigos de la sociedad, lo cual no pasa de ser una visión punitivista que la criminología contemporánea recusa. Por ello, el eficientismo penal crea la emergencia; construye el enemigo; y coloca al procesado en un lugar de encierro, para que sea visto como un ser inferior y culpable de los males de la sociedad.

Vigésimo sexta: La prisión en general y la prisión preventiva en particular, como formas de castigo penal y de pena adelantada, respectivamente, tienen una colosal fuerza simbólica en la sociedad derivada de su *status* como espacio de tracción y conflicto social entre la ley penal y la desviación, que pretende ocultar o disimular hondos problemas humanos morales, tales como la desigualdad, la exclusión, la ajenidad, la conflictividad y violencia en las relaciones sociales, proveniente todo ello de las estructuras económicas, políticas y culturales. Se castiga para separar a unos de otros, a los buenos de los malos, sin que interese al Estado resocializar al infractor, tan solo imponer vengativamente su poder por haber desobedecido sus normas y alterado el orden social, sin preguntarse siquiera si ese orden social es justo o requiere revisión y transformación.

6.2. Recomendaciones

La universidad y las organizaciones de la sociedad civil deben difundir la cantidad de población penitenciaria, la de los reingresantes y la de presos sin condena, con la finalidad de concienciar a la población y las autoridades para el empleo de la criminología contemporánea como ciencia capaz de estudiar la cuestión criminal y determinar las causas del crimen, para que la criminalidad sea entendida como un problema comunitario y no del agresor y la víctima únicamente.

De esa manera, se priorizará la prevención antes que el castigo; y cuando éste deba aplicarse no será expresión autoritaria de poder sino manifestación de un reproche social, prevaleciendo la dignidad humana y, en lo posible, la libertad, en vez del encierro durante o después del proceso, que etiqueta y estigmatiza de manera indeleble.

Los medios de comunicación social deben cumplir con el deber de contribuir a la formación cívica y cultural de la sociedad, lo que en atención al problema materia de estudio, significa informar sin sensacionalismo ni violencia, dejando de excitar el morbo de las gentes con la cobertura privilegiada que recibe la criminalidad violenta, y priorizando otra clase de información más constructiva y positiva, con lo cual se abandonaría el círculo vicioso conformado por el efectismo noticioso y la conducta criminal. Difundiendo más tiempo y de manera ampulosa, grandilocuente y altisonante de noticias criminales no contribuye a su reducción, por el contrario, estimula su incremento y agrava el proceso de formación del *enemigo* y del *otro* como responsables de los males sociales, cuyo origen en realidad corresponde a todos en general y a los grupos dominantes en particular.

Las autoridades políticas deben reflexionar en el hecho de que el populismo punitivo basado en la inducción tendenciosa e interesada de la población para una utilización más expansiva e intensiva del sistema penal, que engendra la sobre criminalización, el hiper punitivismo, la prisionización, la mediatización y normalización de la violencia, el quiebre de los principios penales liberales, el uso del *ius puniendi* como *prima ratio*, no como *última ratio*, la preeminencia del derecho penal del enemigo, el simbolismo penal, la selectividad y discriminación del sistema penal, la exacerbación del pánico moral y la banalización de la cuestión criminal, lo que implica una gobernanza a través del crimen; no significa un efficientismo punitivo, dado que implica demasiados recursos para mantener el fin de infundir miedo; y tampoco es eficaz, pues el poder y el sistema penal no deben ser usados para ello porque su *thelos* y *ethos* obligan a que se respete la dignidad humana.

Debemos todos reflexionar en que si desde hace dos siglos somos estados independientes inspirados en el pensamiento liberal que consagra la libertad, la igualdad y los derechos humanos, la conclusión obligada es que con el empleo del punitivismo que crea más criminalidad y la prisionización que construye más criminales, la acción política no permite

la plena y real vigencia de los derechos fundamentales, que al fin de cuentas en eso consiste la seguridad, como sostuvieron los propios pensadores de los liberales que inspiraron la revolución francesa.

El cambio de estrategia es indispensable para que la acción política recurra al empleo de la criminología a fin de responder a la conflictividad, violencia, criminalidad e inseguridad que azota a los países latinoamericanos. Debemos esforzarnos por entender la cuestión criminal desde una dimensión extra penal. Considerar que la reacción social produce desviación y no al revés. Tener en cuenta que unas estructuras sociales indebidas por la inicuidad, desigualdad y exclusión que manifiestan son las que forman personas conflictivas y no que éstas construyen una sociedad desviada.

El deficiente cumplimiento de los fines del estado, expresado en una situación contraria al bienestar general caracterizada por penurias, privaciones y estrecheces de la mayoría, así como condiciones generalizadas de inseguridad, es público y notorio, además de estar avalado en estadísticas oficiales. Ante ello la respuesta del estado es meramente penal. No se aplica la criminología contemporánea para determinar las causas de la criminalidad y diseñar una política criminológica eficaz de prevención, reducción, control y sanción, que redundará precisamente en una situación de bienestar general y seguridad integral.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Abril, Ernesto. (1998). *Las limitaciones del soberano*. Ediciones Fontamara, México. F.
- Ahumada, Alejandra; Farren, Diego y Williamson, Bernardita. (2015). *Los cotos de la prisión preventiva en Chile*. En: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/737.pdf> consultado por última vez el 15 de agosto de 2018.
- Aponte Cardona, Alejandro David. (2006) *La Detención Preventiva en la nueva legislación procesal penal: Hacia una prevalencia del principio de libertad*. Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá.
- Aponte Cardona, Alejandro David. (2006). *Captura y medidas de aseguramiento: El Régimen de Libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Consejo

- Superior de la Judicatura-Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá.
- Aponte, Alejandro David. (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Ibáñez. Bogotá.
- Badeni, Gregorio. (2006). Presunción de inocencia, excarcelación y caución”, Publicado en Revista *La Ley*, Miércoles 1 de marzo, páginas 11 y 12.
- Barreira, Alberto Jorge. (2004). La reforma de la prisión provisional (Leyes orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional. En *Jueces para la Democracia, información y Debate*, Número 51, Madrid.
- Barrita López, Fernando. (1990). *Prisión Preventiva y Ciencia Penales*. Editorial Porrúa, México, D. F.
- Beccaria, Cesare. (2001). *De los delitos y las penas*. Ediciones Folio.
- Benavides Morales, David. *La protección de la comunidad como fin de la detención preventiva*. En; Moreno Rivera, Luis Gustavo (Coordinador), (2014). *Temas Actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.
- Bernal Pulido, Carlos. (2005). *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bolvino, Alberto. (2005). *Contra la inocencia, Justicia Penal y Derechos Humanos*. Editores del Puerto: Buenos Aires.
- Borrero Brochero, Francisco. *Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia*. Publicado en la Revista Justicia No. 18 de la Universidad Simón Bolívar, diciembre de 2010, Barranquilla, pp. 50-58.
- Cáceres, R y Luna, L. (2014). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Jurista Editores EIRL: Lima.
- Campos Sánchez, Manuel. (1996). *La reforma de la Prisión Preventiva. (Selección de Jurisprudencia)*. Editorial DM, Murcia.
- Carrió, Alejandro D. (1986). *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional: Una relación cambiante y difícil*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina*, abril de 2009.

Chacón Rojas, Oswaldo y Natarén Nandayapa, Carlos Faustino. (2014). *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*. Editado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación Para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México, D. F.

Christie, Nils. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Claus, R. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto: Buenos Aires.

Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1142 de 2007 (junio 28), “*Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana*”.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-425/1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1024/2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-106/1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1198/2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-135/1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-301/1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-327/1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-578/1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-634/2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-689/1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-730/2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-774/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Corte Interamericana de derechos Humanos – CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. Informe No. 2 de 1997 sobre la prisión preventiva en América Latina.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006.
- Cubas Villanueva, V. (2005). Las Medidas de Coerción. En *Nuevo Código Procesal Común. Diplomado Internacional en Derecho Penal y Análisis del NCPP*. APECC: Lima.
- Del Rio, G. (2016). *Prisión Preventiva. Medidas Alternativas*. Pacifico Editores S.A.C.: Lima.
- Embris Vásquez, José Luis. (2011). *Medidas cautelares su transición al sistema acusatorio*, México, Porrúa.
- Escobar Cotera, Mirko Rodney. (2011). La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal: Análisis normativo, legislativo, jurisprudencial y práctico. En *Gaceta Jurídica*, Tomo 25, Julio. Editorial Gaceta Jurídica: Lima.
- Ferrajoli, Luigi. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J, (2017). *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. En: AA.VV, Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba. Editorial Ideas: Lima.
- Foucault, Michel. (2014). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica: México.
- Garland, David (1999) *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Siglo XXI editores. México.
- Gomes, Luis Flavio y Alice Bianchini. (2006). Derecho penal del enemigo y los enemigos del derecho penal. En: *Derecho penal del enemigo. El derecho penal de la exclusión*. Cancio, Meliá y Gómez Jara Díez (coordinadores). Buenos Aires: Edisofer-BdeF.
- Gómez Orbaneja Emilio. (1974) *Funciones y Conceptos Formales de Derecho*. ISSN.0026.959x N.- 128.
- Granados Peña, Jaime. *El principio de la Excepcionalidad de la prisión Preventiva y su aplicación práctica en Colombia*. En; <http://jaimegranados.com.co/articulos/1/10-el->

[principio-de-la-excepcionalidad-de-la-prision-preventiva-y-su-aplicacion-practica-en-colombia](#)

- Gutiérrez de Cabiedes, P. (2004). *La Prisión Provisional*. Thomson Aranzadi: Navarra.
- Hartman Arboleda, Mildred; Gómez González, Carlos Andrés y Ortiz Jaramillo, Camilo Alberto. (2009). *Estudio empírico del funcionamiento del sistema acusatorio*. Bogotá: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA y Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Helie Faustin, M. (1853) *Traite de l'instruction criminelle ou theme du Code*.
- Horvitz Lennon, María y López Massle, Julian. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario (2018). Perú. Disponible en <https://www.inpe.gob.pe/revistas/estadistica/2018/junio/mobile/index.html#p=8>
Consulta hecha el 2 de octubre de 2018.
- Larrauri, Elena. (2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Jueces para la Democracia*, N° 55, Madrid, marzo de 2006.
- Leone, Giovanni. (1963), *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EJE.A.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I. Editores del Puerto: Buenos Aires.
- Manzini, Vicenzo. (1952). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ed. E.J.E.A.: Buenos Aires.
- Muñoz Neira, Orlando. (2006). *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*. 1.^a ed., Editorial Legis, Bogotá.
- Nardiello, Gabriel. (2007). *La prisión procesal*. Buenos Aires, Madrid y México: Hispania Libros y Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura.
- Odone Sanguiné. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch: Valencia.
- Perú. Corte Suprema (2016). Casación N° 626-2013-Moquegua
- Perú. Corte Suprema (2017). I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433.

- Prieto Vera, José Alberto. *Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004)*. Editado por la Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2006.
- Pujadas Tortosa, Virginia (2008). *Teoría General de medidas cautelares penales*. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Quiroz, W. y Araya, A. (2014). *La prisión preventiva: desde la perspectiva Constitucional, dogmática y del control de convencionalidad*: Ideas: Lima.
- Reátegui Sánchez, James. (2006). *En busca de la prisión preventiva*. Jurista Editores: Lima.
- Rodríguez Manzanera, Luis. (1998). *Crisis Penal y Sustitutivos penales*. Editorial Porrúa: México.
- San Martín Castro, Cesar. (2004). La privación de la libertad personal en el proceso penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 2004*. Tomo II, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo.
- San Martín Castro, Cesar. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Editorial Grijley: Limal.
- Sánchez Velarde, Pablo. (2006). *Introducción al nuevo proceso penal*. Idemsa: Lima.
- Santoyo Ávila, Jaime Humberto. (2014). *Certeza para condenar en el sistema acusatorio*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá.
- Sergi, Natalia. (2005). Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo”. En *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto: Buenos Aires.
- Silva Sánchez, Jesús. (2007). Función de la pena, prevención y reducción de la violencia en la sociedad. En *Segunda clase magistral, Congreso Internacional: Violencia, Delincuencia y Política Criminal*. Ed. Unidad de comunicaciones del Ministerio de Justicia: Santiago de Chile.
- Stortini, Luigi (2003). Presentación. En: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha.
- Suarez-Rodríguez, José Julián. *El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista*. En: *Revista Civilizar* 12 (22): 57-76, enero junio de 2012. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

- Tisnès Palacios, Juan Sebastián. “Presunción de inocencia: principio constitucional absoluto”. En Revista *Ratio Juris* Vol. 7 N° 14 (enero-junio 2012) pp. 53-71.
- Vélez Mariconde, Alfredo. (1968). *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. (2° ed.). Ediciones Lemer: Buenos Aires.
- Vélez Mariconde, Alfredo. (1986). *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Tercera edición, Marcos Lerner.
- Villegas Paiva, Elky (2010). Principios y presupuestos de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 18, primera edición, diciembre. Gaceta Jurídica: Lima.
- Villegas Paiva, Elky Alexander. (2013). Detención y Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. En *Gaceta Jurídica*, Octubre. Editorial Gaceta Jurídica: Lima.
- Vitale, Gustavo L. (2005). Hacia la eliminación de la cárcel de los presuntos inocentes (A propósito de los casos “Barbara” y “Macchieraldo”). En *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni Editores: Buenos Aires.
- Wacquant, Loic. (2009). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.